

O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade

*José Eduardo Marcondes Machado*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: O direito ao esquecimento tem origem ligada ao Direito Penal, mais precisamente à possibilidade de reabilitação que se confere àquele que, tendo cumprido a sanção penal que lhe fora imposta pelo Estado, apague o antecedente criminal de seus registros pessoais, como forma de permitir sua completa reinserção social. Esse o ponto de partida para a pretensão, muitas vezes aceitável, do cidadão que almeja eliminar o acesso a fatos que lhe causam incômodo e podem afetar direitos típicos da personalidade. Esse direito colide, no entanto, muitas vezes, com o direito coletivo que garante a informação plena, tudo potencializado pelas ferramentas de busca e o acesso *on-line* a todo tipo de arquivo digital. O impasse ganhou relevância, atormenta os profissionais do Direito e, como era previsível, desaguou no judiciário, que ainda oscila e busca uma solução que não elimine por completo nenhum dos direitos envolvidos. O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a dirimir a controvérsia e em breve trará balizas mais seguras sobre o tema. A monografia visa abordar o direito ao esquecimento sob o prisma dos direitos da personalidade, o choque entre os princípios e direitos envolvidos, e as possíveis soluções que se apresentam.

Palavras-chave: esquecimento; direitos da personalidade; colisão entre direitos da personalidade.

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica dos direitos da personalidade. 2. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. 3. Aspectos constitucionais e civis dos direitos da personalidade. 4. Direito ao esquecimento: Surgimento e evolução. 5. Conflitos envolvendo o direito ao esquecimento e outros direitos. 5.1. Direito à privacidade e à intimidade. 5.2. Direito à imagem e à honra. 5.3.

¹ Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Vice-Diretor da Faculdade de Direito de Sorocaba.

Direito à informação e à manifestação de pensamento. 6. Direito ao esquecimento e desindexação de informações. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Diz-se que todo aquele que nasce com vida adquire a personalidade civil, resguardando a lei, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme preceitua o artigo 2º do Código Civil.

É por meio dessa qualificação atribuída ao ser humano que decorre a possibilidade de alguém integrar uma relação jurídica, figurando a personalidade como uma espécie de aptidão, que possibilita o exercício de direitos e a aquisição de obrigações.

A personalidade não é, em si, um direito, mas encontra apoio nos direitos e deveres que dela irradiam.² Assim, embora o sujeito de direito seja entendido, em última análise, como a personalidade em si, são as qualidades e expressões decorrentes dela, particularizadas, que consideramos como bens jurídicos. Portanto, o objeto dos direitos de personalidade são algumas das qualidades, expressões ou projeções que dela irradiam.³

Recebem essa denominação por serem atributos da pessoa humana considerados como prerrogativas individuais não destacáveis⁴, reconhecidos gradativamente ao longo do tempo.⁵ Frisa-se, ainda, que o termo “pessoa” corresponde a um aspecto característico do ser humano, figurando como designação do homem como ser social, que se proclama e se relaciona através de um vínculo ético jurídico⁶ – um ente suscetível de direitos e obrigações, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo ou condição social.

Com os direitos da personalidade protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, à intimidade, à privacidade, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, entre outros.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 130.

³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7. p. 38.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Parte geral, p.184.

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 231.

Todos esses direitos são expressões da pessoa humana em si considerada⁷, o que pode ser melhor compreendido através da concepção de De Cupis:

[...] existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto: direitos sem os quais, todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.⁸

O entendimento acerca da origem dos direitos da personalidade, relaciona-se, em certa medida, com a corrente doutrinária adotada por cada jurista.

Para alguns jusnaturalistas, os direitos da personalidade são naturais porque estabelecidos por uma vontade divina revelada aos homens, cabendo a eles reconhecê-la e organizar a sociedade de acordo com o modelo revelado. Já para outros, assemelham-se aos direitos naturais porque derivam de uma ordem natural ou lei proveniente da natureza e, sendo o homem parte desta, deve, em igual medida, submeter-se à lei natural. Existem, ainda, jusnaturalistas que concebem os direitos da personalidade como derivados da razão, que, por sua vez, é inerente aos seres humanos.

Dentre os positivistas – que contemplam o direito como algo inserido em um momento histórico – há aqueles que tratam os direitos da personalidade enquanto norma derivada de lei *lato sensu*, outorgada à sociedade por intermédio do Estado, o que acaba por reduzir-lhe ao fenômeno estatal legislativo. Um segundo grupo entende os direitos da personalidade como positivo por crer que estes emanam da sociedade em dado momento histórico. De acordo com essa concepção, e mesmo diante da não positivação estatal, existem direitos da personalidade que surgem de certa conjuntura social, política, econômica, cultural, merecedores de proteção e reconhecimento, sobretudo pelo poder judiciário, ainda que não inseridos em lei *stricto sensu*. Por fim, uma terceira classe entende que, se da sociedade decorre certa concepção

⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 24.

a respeito dos direitos da personalidade, esta prevalece mesmo diante de lei stricto sensu a estabelecer o contrario.⁹

Independentemente disso, foram necessárias grandes transformações para que os direitos da personalidade adquirissem a importância que têm hoje. A atual acepção da palavra personalidade, e os direitos a ela vinculados, foram edificados ao longo de inúmeras transformações pelas quais passou e passa a humanidade.¹⁰

Sobre tal aspecto, escreve Norberto Bobbio:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.¹¹

Os avanços científicos e tecnológicos conquistados lançam novos e importantes desafios sobre o direito em geral. Assim, estruturas que por décadas – e até mesmo séculos – pareciam consolidadas, sofreram abalos e precisaram ser repensadas. Aspectos como a autonomia sobre o próprio corpo, a privacidade, integridade física, a constituição familiar e do parentesco, e a própria vida – tudo acaba por ser reavaliado e reconstruído pela sociedade, sobre novas bases, de tempos em tempos.

⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...*, cit., p. 22-23.

¹⁰ SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Os direitos da personalidade no Código Civil: o conceito de vida e suas implicações ambientais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 11, p. 52-74, p. 53, fev. 2013.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 8.

O direito ao esquecimento tem origem ligada ao Direito Penal, decorrendo do direito que o ex-presidiário possui, já tendo cumprido sua pena perante o Estado, de não mais ser rotulado como criminoso – o que, a prevalecer, sabidamente traz dificuldade para a obtenção de emprego e, de modo mais geral, sua reinserção na sociedade –, posteriormente aproximou-se do Direito Civil, mais especificamente dos direitos da personalidade.

No passado, o transcurso do tempo encarregava-se de distinguir acontecimentos triviais, restritos a pequenos grupos e carentes de maior interesse, daqueles revestidos de valor histórico e social. Mas, a sofisticação dos meios de comunicação abalou convicções sedimentadas e trouxe situações de impasse para os profissionais do Direito. Ferramentas de busca e o acesso *on-line* a todo tipo de arquivo digital mudaram o cenário, a ponto de que mesmo pequenos deslizes ficam para sempre na memória coletiva virtual. Um comentário infeliz feito na juventude, registrado em rede social, pode custar um emprego uma década depois. A vítima de um crime será permanentemente assombrada pelo passado. Não há como não se solidarizar com situações dessa espécie.

Conceder, no entanto, a cada cidadão ou empresa, a prerrogativa de decidir o que pode ou não ser dito a seu respeito, potencialmente viola o direito coletivo à informação. Num exemplo, um artista teria a oportunidade de tirar de seus registros as críticas negativas feitas a seu trabalho. E em grau de maior risco à sociedade, agentes públicos e pessoas notórias poderiam apagar todas as referências a seus atos ilícitos ou desairosos à sua imagem. Dá-se, aqui, mais uma vez, o embate entre princípios e valores constitucionalmente protegidos, a exigir exercícios interpretativos.

O Direito não tem respostas prontas a tais questões.

Dois casos foram cercados de especial interesse. Primeiramente, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, no caso conhecido como “Chacina da Candelária”, em que se reconheceu a existência do direito ao esquecimento. Pende de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral já reconhecida, o denominado “Caso Aída”, em que familiares dela, assassinada em 1958 e cujos fatos foram retratados em programa veiculado pela Rede Globo, se insurgiram contra a divulgação de seu nome em textos e reportagens.

Doutrina e jurisprudência ainda buscam chegar a um equilíbrio que não sacrifique de forma absoluta e pré-constituída nenhum dos interesses em jogo, e o assunto ganhou singular importância e notoriedade com a recente audiência pública (12.6.2017) realizada pelo

Supremo Tribunal Federal, como preparação ao julgamento do “Caso Aída”, que decerto definirá balizas mais concretas de enfrentamento da controvérsia.

1. Origem histórica dos direitos da personalidade

A preocupação com os direitos humanos remete à Antiguidade¹², mas a noção de que a personalidade é inerente a ele, e o reconhecimento de que isso o torna único, certamente não se fazia presente nesse período.

No mundo antigo, os alicerces do Estado estavam edificados sobre a religião, que desempenhava importante papel na vida pública e privada de seus cidadãos. A liberdade individual não era reconhecida, perentendo a alma, o corpo e os bens materiais do indivíduo ao Estado.¹³

Nesse contexto, para que um sujeito fosse considerado cidadão, precisaria seguir a religião da cidade, honrando os deuses adotados por ela. Apenas por intermédio dessa participação é que sobreviviam todos os direitos civis e políticos, e renunciar ao culto significaria abdicar destes últimos¹⁴.

Henrique Geaquinto Herkenhoff faz uma interessante reflexão sobre a época:

Não se pode dizer que a antiguidade clássica jamais conheceu algo parecido com a dignidade, mas esta qualidade era muito incerta e desprotegida, admitindo-se universalmente que poderia ser reneçada em maior ou menor grau e mesmo negada a certas castas, ou aos estrangeiros, aos que professavam outra religião, às mulheres, às crianças, aos loucos, aos fracos, aos pobres, enfim, a qualquer pessoa que se pudesse considerar como outro, como diferente. Dignidade humana até havia, mas quem quisesse ver a sua respeitada deveria carregar um saco de moedas ou uma boa espada, talvez as duas coisas.¹⁵

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, cit., p. 132.

¹³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as Instituições da Grécia e Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Curitiba: Hemus, 2002. p. 304.

¹⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 155.

¹⁵ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 11.

Os estrangeiros, como a própria etimologia da palavra sugere, eram vistos como estranhos; alheios à sociedade. Não possuíam acesso aos cultos, templos e cerimônias de sacrifício, algo que os tornava desprotegidos pelos deuses da cidade, e os impossibilitava de serem reconhecidos como cidadãos.¹⁶

Para os romanos, estrangeiros e escravos possuíam condições semelhantes em muitos aspectos, vez que a qualidade de sujeito de direitos era negada a ambos. Observa-se, portanto, que os direitos de cidadania vinculados à religião não favoreciam indivíduos sob tais condições.

Os escravos eram vistos como coisas, objetos de direito, e não como titulares dele¹⁷. Tanto o status de cidadão quanto a liberdade e, conseqüentemente, a condição de sujeitos de direito e a personalidade, eram-lhes negados.¹⁸

A extinção da escravidão por dívida, proposta em Atenas por Sólon, possibilitou aos gregos institucionalizarem normas pioneiras, que impuseram respeito aos estrangeiros, e atribuíram direitos a escravos, vedando-lhes os maus-tratos, e reconsiderando a insignificância a incidir sobre eles, o que veio a influenciar positivamente a sociedade e o direito romano.¹⁹

As transformações pelas quais passaram os direitos da personalidade durante toda a Antiguidade foram imprescindíveis em alguns aspectos – como a mudança de concepção exercida sobre estrangeiros e escravos –, mas insuficientes, na medida em que os indivíduos ainda precisavam da proteção de seus grupos para que tivessem seus interesses assegurados.

Com o advento do Cristianismo, e o reconhecimento da existência de um elo entre o homem e Deus, surgiu, concebido em uma atmosfera sacra, aquilo que se identifica como o embrião do conceito de dignidade humana.²⁰

Em igual período, houve a desvinculação definitiva entre Deus e o Estado, possibilitando ao homem sujeitar-se à sociedade no que diz respeito ao seu corpo e interesses materiais, tornando-se livre e capaz de separar suas virtudes públicas das privadas, não se limitando mais a viver e morrer pela cidade a qual pertencia. Resguardou-se, contudo, a alma humana a Deus.²¹

¹⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 156.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 97.

¹⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 47.

¹⁹ CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: WVC, 2004. p. 96.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

²¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 307-308.

A maior contribuição do Cristianismo, nesse aspecto, foi ter possibilitado ao Direito desvincular-se consideravelmente da religião, e buscar seus fundamentos na natureza, na consciência humana, e nos ideais de justiça.²²

Durante a Idade Média, a sociedade era dividida em grupos, compostos por guildas, mercadores, corporações de ofício, nobreza, vassalos e igreja. Somente aos grupos era conferida consideração, o que significa dizer que, fora deles o indivíduo ainda não tinha grande importância.

R. C. van Caenegem coloca em destaque as disparidades existentes à época ao dizer: “havia desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos ‘Estados’ com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público.”²³

Individualidade, autoestima e razão, fatores secularmente reprimidos, afloraram junto ao Humanismo e Renascimento. Paulatinamente, os ideais dos direitos da personalidade passaram a ser edificados.²⁴

Na Inglaterra, o crescimento do Liberalismo, a partir do século XIV, contribuiu para o reconhecimento, por parte do Estado, da proteção à pessoa humana.²⁵

Com o advento do Iluminismo, e as rupturas intelectuais e políticas havidas anteriormente, durante a Idade Média, o homem passou a invocar para si o papel que até então atribuía unicamente ao Criador, enxergando-se como peça central da sociedade; a defender o Antropocentrismo em detrimento do Teocentrismo.²⁶

Valores como liberdade, progresso e a racionalidade humana, despontaram como temas centrais desse movimento, a partir do século XVIII, possibilitando a tripartição dos poderes e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem²⁷, com influência direta nas revoluções pelas quais passaria a Europa Ocidental.²⁸

O advento da Revolução Francesa, em 1789, atuou como ponto de superação da política que dividia a sociedade em estratos, privilegiando certos grupos em detrimento de outros. Foi a reação da burguesia

²² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga...*, cit., p. 308.

²³ CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.162.

²⁴ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993. p. 78.

²⁵ CATÃO, Marconi de O. *Biodireito: transplante...*, cit., p. 98-99.

²⁶ HERKENHOFF, Henrique Geaquito. *Os direitos de personalidade...*, cit., p. 12.

²⁷ CATÃO, Marconi de O. *Biodireito: transplante...*, cit., p. 98-99.

²⁸ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993. p. 118-122.

para se evitar a perpetuação das condições medievais existentes, apresentando como conseqüências mais imediatas a garantia de igualdade de tratamento (“*égalité*”), e a remoção das restrições impostas aos cidadãos comuns (“*liberté*”), os dois primeiros clamores do lema que caracterizam o período.

Transformou-se, assim, o que seria uma simples exaltação dos Direitos Naturais em reivindicação de caráter político.²⁹

A liberdade para a realização dos assuntos econômicos da burguesia, conjuntamente à presunção de igualdade de condições, fez emergir a ideia transformadora da autonomia da vontade – da liberdade irrestrita dos indivíduos – para que se situassem como bem lhes fosse conveniente perante o mundo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, lançada em 26 de agosto de 1789, e aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa, lançou as bases para um novo regime, em que eram afirmados e reconhecidos universalmente as liberdades e direitos fundamentais do homem.³⁰

Certamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, quase dois séculos depois, em 1948, foi um dos seus maiores reflexos, estendendo ainda mais direitos como a proteção à vida, honra, liberdade, integridade física e intimidade aos indivíduos.

Interessante destacar que o período que sucede a Declaração de 1948 – intitulado por Norberto Bobbio como “A Era dos Direitos” – corresponde a um momento histórico de trégua após anos de atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, e reconhecido como o cerne dos direitos universais, indivisíveis e inter-relacionados.

A partir de então, surgiram documentos e tratados com vistas à afirmação dos direitos humanos e à proteção dos direitos fundamentais, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), o Pacto Internacional de Direitos Civis (1966) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), quadro que buscou consolidar a importância daqueles direitos e firmar bases normativas protetoras, além de sanções a violações.

²⁹ CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. *O direito à honra post mortem e sua tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 52.

³⁰ AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades...*, cit., p. 140-145.

2. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade

É necessário traçar, neste ponto, a distinção entre direitos da personalidade, direitos ditos fundamentais e os direitos humanos.

Para Antonio Carlos Morato³¹, o direito civil, por meio dos direitos da personalidade, trata da questão sob o âmbito privado, condicionando as relações entre os particulares, ao passo que o direito constitucional, fazendo uso dos direitos e garantias fundamentais, seria responsável por disciplinar as relações existentes entre as pessoas e o Estado, coibindo o abuso deste por meio de liberdades públicas. Por fim, caberia aos direitos humanos, como parte do direito internacional público, a manutenção do respeito aos direitos da pessoa humana, a ser tutelada e exigida reciprocamente pelos Estados.

Nessa linha, os direitos da personalidade protegem os direitos do ser humano por meio de uma tutela jurídica interdisciplinar, principalmente sobre o enfoque civil e penal. Já os direitos fundamentais são absolutos e predispõem uma relação de poder, tendo incidência pública imediata, além de corresponderem ao princípio da distribuição do estado de direito, encontrando sua base no direito constitucional.³²

Ainda, os direitos da personalidade apresentam-se em um âmbito mais reduzido do que os direitos humanos, por pertencerem ao direito privado e serem dotados de proteção civil, mas ambos convergem em vários aspectos, por serem considerados direitos naturais e encontram-se arraigados à própria condição do ser humano.³³

Portanto, o valor aqui tutelado é o mesmo, qual seja, a dignidade da pessoa humana, mas o enfoque a recair sobre ele é variado, atingindo mais de um ramo do direito.

As normas de direito privado – dispostas no Código Civil (norma geral), ou por meio das leis extravagantes específicas (normas especiais) – encontram alicerce na normatividade constitucional, ficando sujeitas aos valores disponíveis da Carta Constitucional. Por consequência, são fundamentadas em princípios como a dignidade, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade.

³¹ MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 106/107, p. 131, jan/dez. 2011/2012.

³² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV, p. 62.

³³ TOBENÁS, José Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992. p. 30.

Isso explica porque a existência de uma norma jurídica protetora de interesses específicos não exclui a incidência de outras, anteriores ou posteriores, e que se apresentem como mais favoráveis diante dos interesses tratados.³⁴ Dito de outro modo, a existência dos direitos fundamentais não elimina a importância e aplicação dos direitos da personalidade.

Conceitualmente, Eduardo Carlos Bianca Bittar define os direitos de personalidade da seguinte forma:

O conjunto dos direitos sobre bens imateriais internos que o ordenamento jurídico reconhece como indispensáveis para que qualquer ente humano possa identificar-se e ser identificado como tal entre os demais e possa afirmar sua individualidade no seio da própria comunidade, e que por isso mesmo são indistintamente reconhecidos a qualquer ente humano, sem nenhuma outra condição além desta, exatamente, a de ser humano.

Cumprido destacar que, de início, os direitos da personalidade, na qualidade de direitos naturais e inatos, foram denominados direitos humanos. Entretanto, alguns deles foram positivados em textos constitucionais e começaram a ser identificados como direitos fundamentais. Hoje, os direitos da personalidade integram uma categoria dentro dos direitos fundamentais, e distinguem-se por sua tutela privada e natureza de valores essenciais da personalidade, podendo ser considerados como direitos fundamentais, ainda que a recíproca não seja verdadeira.³⁵

3. Aspectos constitucionais e civis dos direitos da personalidade

Por sua natureza subjetiva, os direitos da personalidade são judicialmente tutelados por mais de um dispositivo normativo, entre os quais, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Contudo, o surgimento dos direitos da personalidade como ramo autônomo do direito brasileiro deu-se de maneira lenta.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 81.

³⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 291.

Doutrina e jurisprudência desempenharam importante papel na proteção de temas como o direito à intimidade, à imagem, ao corpo, entre outros, algo que contribuiu decisivamente para a elaboração de projetos de lei que culminaram na edição de um novo e importante Código Civil, vigente na atualidade.

Sobre isso, Gustavo Tepedino³⁶ faz a seguinte reflexão:

A consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988, atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil. Antes restrito ao tratamento das coisas, marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o direito civil brasileiro abriu, enfim, os seus olhos para as pessoas.

Não se perca de vista, porém, que o projeto do atual Código Civil foi elaborado em momento anterior à Constituição de 1988 e, apesar de ter sofrido emendas com vistas à sua adaptação ao texto constitucional, a parte voltada aos direitos da personalidade não foi modificada, mantendo-se a configuração de seu projeto original.

Importante dizer, a esse respeito, que o projeto do atual Código Civil, cuja gênese ocorreu cerca de trinta anos antes de sua vigência, representou considerável avanço para os padrões brasileiros da época, internalizando conceitos e proteções delineados na Europa do pós-guerra, prestando-se a inspirar alguns dos princípios que os constituintes de 1988 inseriram na Constituição em vigor.

E a base constitucional dos direitos da personalidade, sobretudo a dignidade humana, encontra atualmente tranquilo reconhecimento, como se vê exemplarmente, inclusive com vistas a dirimir eventuais conflitos, o Enunciado no 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, assim redigido:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

Imperioso destacar o progresso normativo que sobreveio em nosso ordenamento, como consequência das transformações históricas e sociais ocorridas entre os Códigos antecessores ao de 2002.

O Código Civil de 1916 não tratava expressamente sobre o tema dos direitos da personalidade, apesar de fazê-lo de forma implícita, ao proteger certos aspectos das pessoas.

Ainda que não tenha prosperado, o anteprojeto do Código Civil de 1963, redigido por Orlando Gomes³⁷, dedicou um capítulo inteiro ao assunto – reconhecendo de maneira explícita o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra e à imagem – e outro, para o direito ao nome, além de prever a tutela civil na hipótese de atentado ilícito à personalidade.³⁸

Influenciado pelos Códigos anteriores, o anteprojeto do Código Civil de 1975, que deu origem ao atual Código Civil brasileiro, também consagrou um de seus capítulos aos direitos da personalidade, o que, para Miguel Reale, mereceu elogios, por ser a pessoa considerada como um valor-fonte de todos os demais valores jurídicos.³⁹

Assim como as declarações de direitos humanos anteriormente mencionadas, que foram aprovadas após longo período de atrocidades cometidas contra a humanidade em geral, a Carta Magna de 1988 pôs fim a um longo e marcante período de privação de direitos, vivido durante a ditadura militar, em que direitos fundamentais e da personalidade foram amplamente cerceados.

Como primeira norma a tutelar civilmente e de maneira explícita os direitos da personalidade no Brasil, destaca-se o art. 5º, X, da Constituição, que garante serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em mesmo dispositivo, e de igual importância, o artigo art. 1, III, prevê:

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:

³⁷ FREITAS, Oswaldo. O anteprojeto do código civil. *Revista Jurídica*: doutrina, legislação, jurisprudência, Porto Alegre, n. 62, p. 5-20, abr./jun. 1953. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:revista:1953;000432005>>Revista jurídica. Acesso em 14 jun. 2017.

³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 1025.

³⁹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 42.

[...]
III - a dignidade da pessoa humana;
[...]

Isso nos permite inferir que os direitos da personalidade podem ser vistos como concretização da dignidade da pessoa humana, por terem ascendência na ideia de proteção das pessoas.

O respeito à dignidade humana está vinculado expressamente ao Estado Democrático de Direito, como valor reconhecido do indivíduo, dentro dos limites e fundamentos políticos da República, modelo que se mostrou viável após acontecimentos históricos de intensa opressão e violência, como a escravidão, a inquisição, o nazismo, ou diante dos grandes genocídios étnicos⁴⁰, políticos e culturais.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma:

Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.⁴¹

É no âmbito do Estado Democrático de Direito, portanto, que os direitos da personalidade encontram sua real dimensão, divisando-se, ainda, em grande parte dos posicionamentos doutrinários, uma relação entre estes e os direitos fundamentais.

De tal modo, os direitos da personalidade previstos na Constituição Federal possuem íntima conexão com a dignidade da pessoa humana.⁴²

Influenciado por essa conjuntura, o Código Civil de 2002 dedica um tópico, inserido em local de destaque sob o aspecto de sistematização, compreendido entre os artigos 11 a 21, aos direitos da personalidade.

Por ser a personalidade um atributo do ser humano, a ponto dos direitos que dela emanam nascerem com a pessoa e a acompanharem por toda sua existência, figuras como o nascituro, o indivíduo já falecido, e até mesmo a pessoa jurídica, são protegidos pelos direitos da personalidade.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 19.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 64.

Como resultado, há direitos da personalidade desde a concepção, podendo alguns, inclusive, ultrapassar a vida da pessoa natural, atingindo efeito póstumo, como o direito ao corpo, à imagem, à honra, e ao direito moral do autor, chamados direitos da personalidade *post mortem*.⁴³

Preceitua o art. 11 do Código de 2002: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis.”

O assunto é tratado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges⁴⁴:

Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem, ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

E pode ser complementado com as lúcidas ponderações de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald⁴⁵:

Em casos específicos (não em todos!), limitados pela afirmação da própria dignidade humana e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de alguns dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.

⁴³ AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

⁴⁴ BORGES, Rosana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade...*, cit., p. 120/121.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil...*, cit., p. 180.

Em relação à pessoa jurídica, a doutrina tem admitido à aplicação de alguns dos direitos da personalidade, no que couber, e como previsto no art. 52 do Código Civil.

Este é um dado importante, que implica na possibilidade de utilização do denominado direito ao esquecimento tanto em favor da pessoa física quanto jurídica.

Mas há quem enxergue a impossibilidade de estender às pessoas jurídicas todos os direitos da personalidade estabelecidos na parte geral. Sílvio de Salvo Venosa alerta que a equiparação feita pelo art. 52 do Código Civil deve ser analisada unicamente sob o prisma indenizatório, já que “a pureza dos direitos da personalidade não se adapta a quem não é pessoa natural”.⁴⁶

Observa-se, portanto, que a temática é complexa e exige cuidado.

O Código de 2002, apesar de suas inovações, não indicou com exatidão parâmetros utilizáveis diante das cada vez mais frequentes hipóteses de conflito entre os direitos da personalidade – a abrir espaço para que prevaleça a teoria da ponderação diante de tais ocorrências, como se verá mais adiante

Sua redação dá margem a conflitos entre os direitos da personalidade, especialmente entre os direitos morais da personalidade (privacidade, honra e imagem), o direito ao esquecimento, e à liberdade de expressão ou informação.⁴⁷

Todavia, como se viu, o delineamento do Código Civil vigente foi forjado na década de 1970, portanto anos antes da elaboração da atual Constituição Federal, o que justifica, em parte, tanto a carência desse tratamento sistemático mais detalhado no âmbito civil quanto os conflitos existentes entre os supracitados diplomas. O jurista Anderson Schreiber bem detalha esse aspecto:

Foi nesse auspicioso ambiente que veio à tona um novo Código Civil. Seu surgimento não teve, contudo, qualquer relação com as transformações recentes por que passava o direito civil brasileiro. Em vez de se elaborar um texto verdadeiramente novo, o Congresso nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24.

⁴⁷ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como direito da personalidade*. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 47.

1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil. O discreto processo de aprovação, conduzido ao longo do ano de 2001, prescindiu de uma efetiva discussão com a sociedade e com a comunidade jurídica acerca do conteúdo, da necessidade e do papel da nova codificação. O resultado, publicado no Diário Oficial, de 11 de janeiro de 2002, foi um Código Civil que de novo pouco tem.

A ausência de grandes inovações se explica, em parte, pela própria falta de atualidade do projeto original, elaborado mais de uma década antes da atual Constituição da República e, por isso, necessariamente indiferente às profundas transformações por ela provocadas no direito brasileiro.⁴⁸

A disciplina dos direitos da personalidade exige técnicas legislativas capazes de acompanhar a evolução tecnológica e científica, fundada em cláusulas gerais.

Deve-se, com isso, evitar normas muito rígidas e que privilegiem certos aspectos do direito da personalidade em detrimento de outros, mas é importante que se reconheça e exerça o conteúdo dialético trazido pelos direitos da personalidade.⁴⁹

Essas características acabam por confirmar a necessidade de compreender o ordenamento jurídico de forma acautelada,⁵⁰ mas a grande dificuldade reside na possibilidade de elaborar leis que consigam se adaptar às transformações cada vez mais intensas e rápidas pelas quais nossa sociedade passa, sem, contudo, perder a qualidade e o objetivo a que se destinam.

4. Direito ao esquecimento: surgimento e evolução

O direito ao esquecimento tem origem na expressão “*right to be forgotten*”⁵¹, inicialmente definida como o direito a não ser lembrado por atos vexatórios, decepcionantes e constrangedores, ocorridos no passado.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p.10-11.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28-29.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil...*, cit., p. 80.

⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Encontra apoio no processo de reabilitação criminal⁵² – que assegura ao infrator, e conseqüentemente aos demais envolvidos no episódio, o direito de ter os dados referentes ao delito apagados dos cadastros competentes, transcorridos dois anos de cumprimento da pena ou extinção da punibilidade.

O tema não é antigo entre nós, mas já foi objeto em vários julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPOR-
TAGENS PUBLICADAS EM JORNAL ENVOLVENDO EX-
-TRAFICANTE DE DROGAS EM LAVAGEM DE DINHEI-
RO, COM FOTOS BATIDAS SEIS ANOS ANTES, APÓS
O MESMO ENCONTRAR-SE COMPLETAMENTE RECU-
PERADO, CONVERTIDO À RELIGIÃO EVANGÉLICA, DA
QUAL SE TORNOU PASTOR, CASADO, COM FILHOS,
DANDO BONS EXEMPLOS À SOCIEDADE. É LIVRE A
LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DA EXPRESSÃO E DE
INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA, DIREITOS QUE DEVEM
SER EXERCIDOS COM RESPONSABILIDADE, SEM PRE-
OCUPAÇÃO FAZER SENSACIONALISMO, EVITANDO A
PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIAS LEVIANAS, QUE POSSAM
CAUSAR DANO À IMAGEM E À HONRA DAS PESSO-
AS. ART. 220 E § 1º DA CF. CONFIGURANDO O DANO
MORAL O SEU VALOR DEVE SER ARBITRADO COM
MODERAÇÃO E BOM SENSO, PROPORCIONALMENTE
À GRAVIDADE DOS FATOS E SUA REPERCUSSÃO. A
COMPETÊNCIA PARA DECIDIR SOBRE O DIREITO DA
RESPOSTA É DO JUIZ CRIMINAL ART. 32, § 1º DA LEI
5.250/67. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.⁵³
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE
IMPrensa E DE INFORMAÇÃO VERSUS DIREITOS
DA PERSONALIDADE. MATÉRIA PUBLICADA EM SITE
JORNALÍSTICO. INTERNET. NOTÍCIA DE PRISÃO EM
FLAGRANTE DE SUSPEITO DE CRIME. POSTERIOR AR-
QUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RESPECTIVO.

⁵² O art. 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”. Em combinação, o art. 748 do Código de Processo Penal, estabelece que, concedida a reabilitação: “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”.

⁵³ TJRJ, APL 2002.001.07149, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, 26.11.2002. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00032C639DB29C02C950E-329DF3639F6285FA964C3144C1D>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

DIREITO AO ESQUECIMENTO DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA PERMANÊNCIA DA NOTÍCIA. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DOS FATOS PASSADOS. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO MEDIANTE JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE A EXCLUSÃO DA NOTÍCIA IMPUGNADA DE SUA PÁGINA NA INTERNET. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.⁵⁴

Argumenta-se como pressuposto de sua utilização, o fato de que as pessoas, na qualidade de autor, vítima ou familiar, não devem arcar eternamente com os erros praticados, ou a que tenham sido submetidas preteritamente⁵⁵, pela dor, angústia ou transtorno vividos.

Sobre o assunto, discorreu o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em parecer apresentado em recurso especial:⁵⁶:

O denominado direito a esquecimento (ou “ao esquecimento” como alguns preferem) 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.

⁵⁴ TJSP, APL 00077661720118260650 SP 0007766-17.2011.8.26.0650, Rel. Des. Paulo Alcides, 15.05.2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120422391/apelacao-apl-77661720118260650-sp-0007766-1720118260650?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁵⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 478.

⁵⁶ MPF, REsp nº 833.248 - RJ: Proc. Geral da Rep. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. 11.07.2016. p. 14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017. Ementa: Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Tema 786. Direito a esquecimento. Aplicabilidade na esfera civil quando invocado pela vítima ou por seus familiares. Danos materiais e morais. Programa televisivo. Veiculação de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes nos anos 1950.

Interessantes também os argumentos trazidos pelo Ministro Luis Felipe Salomão⁵⁷:

A historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.

Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, pode ser ponderada caso a caso, devendo ser aferida também a possível artificialidade da história criada na época.

Dada sua competência constitucionalmente fixada, o Superior Tribunal de Justiça constituiu-se em natural palco de discussão do assunto. E rapidamente a Corte detectou a envergadura da controvérsia, levando a discussão para o terreno acadêmico vinculado à sua atuação, em evento que reconhecidamente se revela um norte para a comunidade jurídica, especialmente aquela voltada ao Direito Civil. Assim, o direito ao esquecimento é tratado no Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, que versa sobre o artigo 11 do Código Civil, e preceitua: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Como justificativa do verbete, o pronunciamento estabelece:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no

⁵⁷ STJ, REsp nº 1.335.153 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. p. 26. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento a ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A proteção, como se vê, não é limitada aos fatos sigilosos, abrangendo dados que ampliem a divulgação e o despertar da memória, de modo que, acontecimentos largamente divulgados no passado, e que se encontram adormecidos no presente, potencialmente podem ser tutelados pelo direito ao esquecimento.⁵⁸

Evita-se, com isso, a perpetuação de certas informações, mesmo aquelas verdadeiras e positivas, independentemente da notoriedade que possuam, caso seja essa a vontade de seu titular.⁵⁹

Existe uma inegável e importante relação entre o direito ao esquecimento e conceitos como a honra e reputação, que, por sinal, são comumente levantados para se invocar sua existência.

Mas a grande questão é: em quais situações o direito ao esquecimento pode ser aplicado? Noutras palavras: quando é necessário discutir de que forma (e como) os acontecimentos passados devem ser lembrados, ou esquecidos?

Em palestra recente realizada no fórum “Esquecimento x Memória - Reflexão sobre o direito ao esquecimento, o direito à informação e à proteção da memória”, a Ministra Carmen Lúcia – evidentemente sem adiantar o teor de seu voto, como, aliás, a sociedade e a lei esperam de um magistrado –,⁶⁰ fez ponderações sobre o “Caso Aída”, citado na apresentação desta monografia e objeto do Recurso Extraordinário 1.010.606, de repercussão geral já firmada, e que analisará a controvérsia envolvendo os princípios fundamentais da Constituição brasileira e o direito ao esquecimento.

⁵⁸ FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento...*, cit., p. 54.

⁵⁹ SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; SILVA, Ricardo da Silveira e. Direito ao esquecimento na era virtual: a difícil tarefa de preservação do passado. In: CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de (Org.). *Um olhar contemporâneo sobre os direitos da personalidade*. Birigui: Bo-real, 2015. p. 123.

⁶⁰ PALESTRA da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

De acordo com a Ministra, existe ali uma grande oportunidade de se debater “o que é a memória de alguém, que precisa ser resguardada e não pode ser discutida, e o que não pode ser guardado porque constitui não memória individual, mas memória coletiva”.

Ela ainda relata:

Eu acredito que nós encontraremos, com toda a certeza, o equilíbrio que é virtuoso para deixar que as liberdades garantam a dignidade, mas que a liberdade de um não se sobreponha à de todos os outros, de tal maneira que nós não tenhamos mais condições de saber qual é a nossa história, o nosso passado, para saber como queremos construir nosso futuro.

Como forma de analisar os pontos controvertidos envolvendo o RE 1.010.606, realizou-se em 12 de junho de 2017, no Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do relator Ministro Dias Toffoli, uma audiência pública⁶¹, que colheu a opinião de diversos especialistas no assunto.

Três posições destacaram-se no encontro⁶²:

1) Pró-Informação: defendida por entidades ligadas à comunicação, e para quem inexistente um direito ao esquecimento, por ser contrário à memória de um povo e a história da sociedade. Como base ao entendimento, invoca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre as biografias não autorizadas – (ADI 4.815);

2) Pró-Esquecimento: especialistas que confirmam a existência do direito ao esquecimento e dizem que ele deve preponderar, funcionando sempre como forma de expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade, direitos que prevaleceriam sobre a liberdade de informação envolvendo fatos pretéritos, evitando-se, com isto, a aplicação de penas entendidas como perpétuas, como a rotulação do indivíduo pela mídia e internet. Seus defensores amparam-se no Recurso Especial envolvendo o caso da Chacina da Candelária (REsp 1334.097/RJ), em que o Superior Tribunal de Justiça aplicou o direito ao esquecimento, que definiu como “direito de não ser lembrado contra sua vontade”;

⁶¹ ABERTA a audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346318>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁶² AS TRÊS correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

3) Intermediária: fundada na ideia de que a Constituição brasileira não permite a hierarquização entre direitos fundamentais como a liberdade de informação e a privacidade (que tem o direito ao esquecimento como um de seus desdobramentos). Diante disso, a técnica de ponderação de informações seria o método mais eficiente para obtenção do menor sacrifício possível frente a cada um dos interesses em colisão. Defensores desta última vertente, como o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), propuseram que, diante da hipótese de veiculação de programas de TV com relato ou encenação de crimes reais, envolvendo pessoas ainda vivas, deveriam ser adotados parâmetros como o da fama prévia, para distinção entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública, e aquelas que somente têm projeções públicas na qualidade de vítimas do delito praticado.

Na linha desta última posição, articula Capello de Souza⁶³ que para a solução de antinomias entre direitos da personalidade devem ser verificadas as circunstâncias e estabelecidos limites entre os direitos em conflito, com vistas a se alcançar o saldo mais favorável ao caso em discussão. Referida avaliação, entretanto, depende da situação vivenciada, e das circunstâncias factuais, objetivas e subjetivas juridicamente relevantes.

Entendimento semelhante é apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁶⁴:

II.1. Impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais.

Isso se deve, em primeiro lugar, à impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais em abstrato e de forma rígida. Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais. É certo que alguns autores têm reconhecido a existência de uma hierarquia axiológica ou material, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, possuindo um maior peso abstrato. No entanto, ainda que se reconheça uma tal hierarquia axiológica, a

⁶³ SOUZA, Rabindranath V. A. Capello de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 533-535.

⁶⁴ SFT, ADI nº 4.815 - DF, Rel. Min. Carmen Lúcia. 10.06.2015. p. 157/158. Disponível em: <<http://repositorio.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Constituição não admite que a lei possa estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito fundamental sobre outro. Nesses casos, a solução de episódios de conflito deverá ser sempre apurada diante do caso concreto e a partir do teste da proporcionalidade.

Ao relatar o Recurso Especial 1.335.153 - RJ⁶⁵, o Ministro Luiz Felipe Salomão fez uma interessante análise sobre os casos de repercussão geral envolvendo conflitos sobre os direitos da personalidade e a legislação infraconstitucional:

Com efeito, avulta a responsabilidade do Superior em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional.

[...]

Depois da publicização do direito privado, vive-se a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

A necessidade de se estabelecer parâmetros norteadores à resolução das divergências sobre o direito ao esquecimento é inconteste. Diante dos inúmeros os casos sobrestados, está cercada de especial expectativa o julgamento da decisão do caso paradigma, submetido, como já assinalado, à sistemática da repercussão geral – o já citado Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁶

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal reveste-se de maior importância em especial porque, sob a alegação da existência de

⁶⁵ STJ. REsp nº 1.335.153 - RJ: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. p. 6-7. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

⁶⁶ Sobre o tema, verificar informações trazidas às páginas 31 e 32 desta Monografia.

lacuna jurídica, o Deputado Federal Luiz Lauro Filho (PSB-SP) apresentou, em 31 de agosto de 2017, Projeto de Lei que objetiva conferir aos cidadãos “o direito de requerer a retirada de dados pessoais que sejam considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa”.⁶⁷

Segundo o projeto, qualquer pessoa poderá pleitear a desvinculação de informação que lhe diga respeito, caso entenda que sua propagação ofende a honra e intimidade. A solicitação poderia ser feita extrajudicialmente, devendo os veículos de comunicação emitir pronunciamento sobre o assunto arguido em 48 horas.

O projeto propõe a alteração do artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), que teria removido de seu preâmbulo os dizeres “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, passando a definir apenas a responsabilidade e tratamento que os provedores de aplicações na internet devem ter sobre os dados pessoais de seus clientes.

Nota-se, portanto, que é crescente a importância do tema, a provocar, inclusive, tentativa de normatização que significaria verdadeiro engessamento da matéria. Importante observar também que o projeto está em início de tramitação, portanto sujeito a emendas que podem comprometer ainda mais o adequado tratamento da matéria.

5. Os bens tutelados no direito ao esquecimento.

Direito à honra, imagem, privacidade, intimidade, informação e manifestação de pensamento

O direito ao esquecimento não é tratado expressamente pela Constituição Federal, mas o texto constitucional versa sobre outros direitos da personalidade de caráter moral, como privacidade, honra e imagem, conferindo-lhes um sistema de proteção própria, e *status* de direitos fundamentais.⁶⁸

Infere-se ainda do nosso sistema constitucional que a prevalência dos direitos e garantias disponíveis não exclui demais direitos constitucionalmente adotados, mesmo que estes não se encontrem vinculados de forma imperativa⁶⁹, como se extrai do art. 5º, § 2º:

⁶⁷ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-13/deputado-apresenta-projeto-criar-direito-esquecimento?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 13 set. de 2017.

⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38-39.

⁶⁹ DOTTEI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

O princípio da dignidade da pessoa humana promove a equidade de tratamento aos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, podendo, adicionalmente, dar origem a outros direitos não positivados.

Decorre disso, a existência de direitos fundamentais não expressos na Constituição Federal, mas cuja natureza constitucional, ainda que tácita, resulta de sua referência ao valor da dignidade humana.⁷⁰

Existem conexões importantes entre a dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade como a honra, a imagem e a intimidade. Amparado por esse vínculo, o direito ao esquecimento se apresenta como direito do cidadão à liberdade de escolher os limites sobre os quais, e quando, seus dados e informações íntimas podem ser revelados. Corresponde ao direito a autodeterminação informativa - o controle sobre dados pessoais e decisão sobre como e quando podem ser acessados por terceiros.⁷¹

O direito ao esquecimento abrange a recordação de informações, fatos, notícias, vídeos e comentários, devendo ser destacado como uma categoria autônoma por se entender que estes conteúdos podem afetar o futuro e o livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que sejam recolocados à disposição de outros indivíduos.

Para esclarecer o assunto, ilustrativo recorrer ao seguinte caso:

Tome-se a hipótese nada incomum da atriz que, em início de carreira, autoriza a veiculação de sua imagem, nua, em dada revista masculina ou atua

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

⁷¹ CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU*. Barcelona: Bosch, 2015. p. 180-181.

como personagem de um filme picante. Suponha-se que a mesma atriz, ao longo dos anos seguintes, venha a construir carreira como apresentadora de programas infantis. Não há dúvida de que a veiculação daquelas imagens do passado, destacadas do seu contexto original, pode causar grave dano à pessoa retratada. Mesmo que a autorização para a veiculação da imagem tenha sido dada na ocasião pretérita, sem qualquer limite temporal (descartando-se, portanto, a violação ao direito de imagem), resta evidente que a vida da pessoa encaminhou-se em sentido oposto ao daquele ato pretérito. O direito à exibição da imagem entra em choque com faceta importante do direito à privacidade.⁷²

São acontecimentos como o descrito acima que acabam contrapondo direitos igualmente essenciais, e criam a necessidade de se balizar sobre formas de tentar preservá-los sem reduzir-lhes a importância.

É possível destacar alguns direitos da personalidade constitucionalmente positivados, e que se relacionam de modo positivo ou negativo com direitos fundamentais e o direito ao esquecimento.

5.1. Direito à privacidade e direito à intimidade

O direito à intimidade implica no desconhecimento total ou parcial de outros indivíduos sobre assuntos que se referem a determinada pessoa.⁷³ Já o direito à privacidade, por ser mais amplo, possibilita a seu titular ter controle da própria exposição e sobre como certas informações particulares podem ser disponibilizadas a terceiros.

Os direitos à privacidade e à intimidade estão consagrados no art. 5º da Constituição Federal:

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

⁷² SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p. 170.

⁷³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos...*, cit., p. 139.

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;
[...]

Parte da doutrina não faz distinção entre ambos os direitos, mas parcela mais significativa reconhece a diferenciação, por entendê-los como assuntos que não se confundem.

É o caso de Maria Helena Diniz⁷⁴, para quem a privacidade está voltada aos elementos externos da pessoa humana, tendo como exemplos a escolha do modo de viver e os hábitos; a intimidade, a seu turno, abrange elementos internos do viver, como segredos, situações de pudor, sendo possível a intimidade estar incluída na privacidade. Para a civilista, a intimidade funcionaria como a zona espiritual particular e por se dizer reservada da vida de uma pessoa.

Apesar de haver certa proximidade entre o direito ao esquecimento e os direitos à privacidade e intimidade, eles não se confundem. O direito ao esquecimento tem suas especificidades e, em geral, diz respeito a fatos pretéritos em relação aos quais seu titular não possui mais interesse em vê-los divulgado – e que podem englobar, entre outras coisas, situações em que houve violação à intimidade, à privacidade, e até mesmo a ambos os direitos.

5.2. Direito à imagem e à honra

Imagem e honra são institutos diferentes, e também descritos no art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

A imagem é a projeção ou representação da pessoa em que sua forma é captada e representada, seja de modo virtual, real, estático ou dinâmico.

É um direito autônomo, que não está necessariamente vinculado aos demais direitos da personalidade e, portanto, independente da intimidade e privacidade. Mas na eventualidade de dano ao direito à imagem, com frequência ocorrerá simultaneamente violação dos demais direitos.⁷⁵

Além do amparo constitucional, o direito à imagem é também regulado pelo Direito Civil:

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, cit., p. 151.

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada*, cit., p. 78.

Art. 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.

Já o direito à honra protege o bem jurídico atinente à reputação da pessoa, traduzindo a maneira como alguém é conhecido pela sociedade, seu bom nome ou boa fama.

Nessa quadra, a imagem pode ser entendida como a projeção, seja ela material ou imaterial, de uma pessoa, e a honra, sua reputação.

Assim como nos casos do direito à privacidade e intimidade, aqui também os direitos não se confundem de imediato com o direito ao esquecimento. O que existe são fatos como a divulgação de fotos, vídeos ou acontecimentos que tragam prejuízo à honra e imagem de um indivíduo sem, necessariamente, violar o direito ao esquecimento. De igual sorte, a divulgação de episódio antigo pode não violar a honra e imagem de alguém, mas causa constrangimento por fazer tal pessoa reviver aspectos de sua vida que não gostaria que fossem mais trazidos à tona.

5.3. Direito à informação e à manifestação de pensamento

O direito à informação é apresentado como gênero que abrange outros direitos, como o de informar e ser informado, e o direito de acesso à informação, e vem expresso no artigo 220 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição.”

O direito de informar inclui a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, e tem como uma de suas interfaces o direito de acesso amplo à informação, conforme preleciona o artigo 5º, XIV da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informa-

ção e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Já o direito de ser informado pode ser entendido como o de receber informações e, apesar de não ser expressamente regulado pelo diploma constitucional⁷⁶, está caracterizado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica:

Liberdade de pensamento e de Expressão.

1. Toda pessoa tem direito a liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Ainda sobre o tema, editou-se a Lei 12.527/2011, a denominada Lei de Acesso à Informação, para disciplinar o acesso à informação dos órgãos e entidades do Poder Público.

Em contrapartida, a liberdade de pensamento manifesta-se de várias formas, e encontra amparo no artigo 5º, IV da Constituição Federal, que garante ser livre a manifestação de pensamento, vedando-se, para tanto, o anonimato.

Tem-se assim que a liberdade de expressão constitui reflexo da liberdade de pensamento, que permite a exposição de ideias, seja no meio intelectual, artístico, científico ou de comunicação, independentemente da existência de censura ou licença.

No entanto, o direito ao esquecimento pode confrontar-se com o direito de informação, ou encontrar limitações frente à liberdade de expressão. Em ambos os casos, deve-se aplicar o critério de sopesamento para decidir qual direito prevalecerá sobre os demais.

6. Direito ao esquecimento e desindexação de informações

O direito ao esquecimento constitui relativa novidade na seara jurídica. Conquanto tenha origem, como já assinalado, no instituto da

⁷⁶ Apesar disso, a Constituição Federal versa sobre o direito de ser informado no âmbito da Administração Pública, conforme artigos 5º, XXXIII, e 37.

reabilitação penal, é inegável que o surgimento de suas bases e seu desenvolvimento se deram sobretudo à vista dos avanços tecnológicos, mais precisamente a popularização da *internet* e seus mecanismos de busca.

Essa nova realidade exige análise mais detida, com especial ênfase às ferramentas que podem ser utilizadas para se concretizar a retirada da informação desejada da rede mundial de computadores.

Com essa premissa, é certo que o mundo contemporâneo está em intensa e importante transformação. A história da comunicação entre os seres humanos dificilmente se deparou com mudanças tão paradigmáticas e complexas como a popularização da *internet* e o desenvolvimento das redes sociais,⁷⁷ e ainda precisaremos de tempo para compreender o reflexo desses fatores sobre nossas leis, comportamentos, e na maneira como resolveremos os conflitos vindouros.

As chamadas gerações *Z* e *Millennial*, por exemplo, apresentam modificações comportamentais que as distinguem de seus antecessores pelo significativo tempo que passam assistindo vídeos na *internet*. É o que aponta levantamento realizado em 2016, pelo canal *YouTube* em parceria com o site *Meio&Mensagem* e a consultoria *Provokers*, que destaca serem os brasileiros consumidores compulsivos de conteúdo em vídeo.⁷⁸

Os dados acabaram confirmando a tendência cada vez maior em se utilizar o ambiente virtual para busca e divulgação de informações⁷⁹, fato que desafia servidores como o *Google*.

É preciso criar ferramentas cada vez mais efetivas e rápidas para gerenciar os conteúdos disponibilizados, capazes de separar acontecimentos reais e notícias falsas, e que reduzam as chances da propagação de assuntos que acabem por atentar contra direitos como a honra,

⁷⁷ IBCCRIM. Audiência Pública no Recurso Extraordinário no 1010606/RJ, p. 3. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/docs/2017/pedido_ibccrim_habilitacao_ap_stf_esquecimento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017. O instituto expôs as razões pelas quais deve ser reconhecida a possibilidade da vítima, seus familiares, e agressores, invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil.

O Recurso foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que manteve sentença negando o pedido de reparação de danos feito pelos familiares da vítima de um crime de grande repercussão, ocorrido na década de 1950. A família alega que o próprio tempo fez com que o crime fosse esquecido pela mídia, e questiona a reconstituição e utilização do caso, sem autorização, em programa de TV. Pede indenização pela exploração comercial desautorizada de imagem pública de pessoa morta.

⁷⁸ GOOGLE. Os novos influenciadores. Disponível em: <<https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/advertising-channels/v%C3%ADdeo/youtubers-brilham-tela-dos-jovens-brasileiro/>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁷⁹ THE ECONOMIST. *YouTube highlights problems with digital advertising*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/business/21719840-big-brands-protest-about-ads-next-offensive-content-youtube-highlights-problems-digital>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

dignidade humana, privacidade, intimidade e esquecimento, sem, contudo, ferir a liberdade de expressão e informação.

O impacto de toda essa evolução tecnológica, além de notório e irreversível, é fruto da união até pouco tempo inimaginável de ferramentas criadas separadamente, e em ocasiões distintas, mas que juntas movimentam a economia e criam novos hábitos entre as sociedades, como bem esclarece Manlio Del Giudice:

O processo de convergência de mídias tem sido permitido por redes digitais, e vários processos econômicos e sociais foram ativados por essa convergência. As limitações enfrentadas pelas indústrias anteriormente separadas durante a execução de seus negócios foram alteradas pelo uso da mesma tecnologia digital. Assim, a convergência não é uma mera mudança tecnológica, mas tem um impacto sobre as mudanças que influencia relações em uma sociedade.⁸⁰

Artifícios como fotografias, reportagens vinculadas a jornais e revistas, artigos científicos e músicas, podem estar disponíveis em um mesmo endereço eletrônico, acessado por bilhões de pessoas, diariamente, como é o caso do site de relacionamentos *Facebook*, celeiro fértil para discussões acaloradas envolvendo liberdade de expressão e direitos da personalidade.

Essas mudanças ocasionam “a digitalização de diversos aspectos de nossas vidas e as possibilidades de acesso e uso dessas informações por inúmeros sujeitos, conhecidos ou não”, como descreve Julia Powles⁸¹, da Universidade de Cambridge.

Para ela, os debates envolvendo o direito ao esquecimento caem no extremismo, e criam situações do tipo “tudo ou nada”, o que justifica a necessidade de se valer da ponderação de interesses e análise minuciosa sobre a matéria.

⁸⁰ DEL GIUDICE, Manlio. From information society to network society: the challenge. In: DEL GIUDICE, M.; PERUTA, M. R. D.; CARAYANNIS, E. G. *Social media and emerging economies: technological, cultural and economic implications*. Londres: Springer, 2014. p. 72.

⁸¹ INTERNETLAB. *Direito ao esquecimento: entre liberdade de expressão e direito de personalidade*. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/noticias/direito-ao-esquecimento-entrevista-com-julia-powles/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

Julia Powles expõe os principais resultados e conflitos que surgiram com a implementação da decisão sobre direito ao esquecimento na Europa – dando oportunidade a uma análise crítica de casos emblemáticos ocorridos no Brasil, projetos de Lei sobre o tema em tramitação no país – contribuindo para a discussão a cerca das disputas e interesses envolvidos na definição dos limites teóricos desse novo, e impressionante, conceito legal.

A pesquisadora ainda destaca que, em um primeiro momento, o direito ao esquecimento seria aplicado para pessoas comuns, não abrangendo atos ou entes públicos. Nesse contexto, não se trataria de direito ao esquecimento, mas de permitir que informações sem relevância à esfera pública não moldassem a todo instante a forma pela qual determinado sujeito é percebido pelo mundo.

Por outro lado, mas não menos importante, diz ela, é preciso voltar a atenção sobre aspectos da indexação e desindexação, cuja aplicabilidade não tem sido discutida adequadamente. O assunto é especialmente delicado a países como o Brasil, em que grupos da sociedade civil vêm lutando por mais transparência na arena pública.

Em igual medida, Anderson Schreiber⁸² explica que uma mudança dessa magnitude dá ensejo a importantes e profundas transformações:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste de seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a sua vida, por um acontecimento pretérito.

A possibilidade de desindexação ganhou notoriedade com o episódio envolvendo o Google Espanha e Mario Costeja González, advogado que teve seu apartamento levado a hasta pública para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola, e viu seu nome vinculado a uma página eletrônica de anúncios de leilões públicos, existente no jornal *La Vanguardia*, em 1998.

Em 2009, anos após adimplir sua dívida sem necessidade da venda judicial, Costeja acionou administrativamente o periódico, solicitando que seu nome não mais aparecesse no motor de buscas associadas ao fato, mas o pedido lhe foi negado.

⁸² SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, cit., p. 172.

O imbróglio, popularmente conhecido como caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014⁸³, com decisão favorável a Costeja, determinando-se a desindexação de seu nome de buscadores como Google e Yahoo.

Extraí-se do julgado que a atividade de organizar e dispor sobre informações trazidas à *web* influencia grandemente a imagem construída por terceiros sobre o perfil de um determinado indivíduo, o que torna os provedores de busca capazes de formar ou ao menos influenciar a imagem que se tem sobre o objeto de suas buscas, principalmente quando o assunto são pessoas.

Mas o direito à desindexação em motores de busca como forma de se desvencilhar de informações prejudiciais, indesejadas e ocorridas no passado, necessita de estudos mais aprofundados, principalmente quando se questiona qual o perfil das pessoas que podem ser favorecidas pela exclusão de dados – se apenas cidadãos comuns, ou também pessoas públicas, que desfrutam de notoriedade, e agentes públicos.

Nota-se que tanto a pluralidade quanto a complexidade e a modernização das informações e relações humanas acabam por originar situações que forcem o ambiente jurídico a se questionar sobre a possibilidade de atribuir aos indivíduos uma assistência cada vez mais particularizada na ocorrência de situações específicas, emblemáticas e novas.

Para tanto, é imprescindível o papel do Direito e do Estado, seja no controle dos riscos, ou na prevenção dos danos relacionados à divulgação das informações, como forma de amortizar conflitos de interesses em áreas em que acontecimentos dessa natureza sejam mais frequentes.⁸⁴

Conclusão

O direito ao esquecimento constitui exemplo das consequências do dinamismo da vida em sociedade. Em aproximadamente 25 anos, passou-se do período em que o transcurso natural do tempo se encarregava de relegar ao esquecimento fatos triviais ou mesmo aqueles dotados de alguma repercussão social momentânea, à realidade atual, em que a sofisticação dos meios de comunicação e especialmente a *internet* permitem, com poucos cliques, rapidamente resgatar detalhes

⁸³ Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos...*, *cit.*, p. 183-184.

pretéritos da vida do cidadão comum. A constatação é clara: a sociedade tecnológica relegou a segundo plano a subjetividade do indivíduo.

Mas a questão não é rasa assim. Pessoas públicas, que de algum modo regem a *res publica*, ou então aquelas que justamente desfrutam da notoriedade que a sociedade lhes confere, não podem exigir o mesmo tratamento do cidadão comum e anônimo.

O fundamento do direito de ser esquecido é o mesmo dos direitos da personalidade, previstos na Constituição e também no Código Civil, a saber, honra, imagem, intimidade, privacidade e dignidade.

Há outro aspecto exposto na monografia e de vital importância para a abordagem do tema. Vivemos em tempos de informação plena, ampla e irrestrita. A Constituição garante a liberdade de imprensa, o direito de acesso à informação, e o direito de informar e ser informado, sem amarras ou censura. Significa dizer, nossa sociedade não admite proprietários de passado ou de versões voluntaristas da história - nem mesmo da própria história.

Com tantas premissas, o direito ao esquecimento revelou-se um complexo desafio aos operadores do Direito. E mais, os interesses são enormes, e foram expostos à sociedade na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal como preparação ao julgamento do “Caso Aída”, mencionado em várias passagens deste trabalho.

Grupos ligados aos direitos humanos e aos institutos de defesa da cidadania sustentam que não se pode relativizar os direitos atrelados ao desenvolvimento da pessoa humana, tais como intimidade, vida privada, honra e dignidade, e por isso defendem a necessidade de regulação e controle do uso de dados que possam afetar aqueles direitos da personalidade. Segundo esse posicionamento, em especial na hipótese de cometimento de crime, o responsável, uma vez cumprida a pena e decorrido o prazo de cinco anos, tem o direito de ver apagadas as referências do fato criminoso. O contrário, alegam, implicaria num sancionamento perpétuo.

Em sentido diametralmente oposto estão as entidades pró-informação, aí incluídas as empresas que prestam serviços de busca – Google talvez seja a mais lembrada –, que entendem como ameaça à liberdade de imprensa e ao direito à informação, em seus variados ângulos, qualquer decisão que albergue o direito ao esquecimento. Lembram que os informes veiculados são verdadeiros, e a retirada de dados representaria impedir a livre circulação de informações na *internet* e flertaria com censura. Entende essa corrente de pensamento que o

juízo pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815, que tratou das biografias não autorizadas, constitui parâmetro a ser seguido em relação ao direito ao esquecimento.

Arrisca-se aqui a afirmar que a solução mais adequada é impedir a versão amplificada do direito ao esquecimento, que deve ser reservada, em rígido juízo de ponderação, às hipóteses em que nitidamente o trânsito livre de informações pode comprometer seriamente os direitos da personalidade. Tome-se o exemplo, que deve se tornar frequente, da pessoa anônima, transexual, que, se constantemente lembrada perante a sociedade como alguém que optou pela alteração de gênero, jamais alcançará a plena realização de sua livre opção. Pergunta-se: a aplicação do direito ao esquecimento, diante dessas premissas, representaria afronta à liberdade de informação? Parece difícil responder afirmativamente, exatamente porque a recordação, no caso, seria opressiva, atentaria contra a dignidade, e não acarretaria nenhum prejuízo social.

Seria diversa a situação se um artista ou esportista famoso, depois de consagrado, fizesse a mesma opção. Não haveria, aqui, sim, como impedir a livre circulação de sua condição pretérita.

Os exemplos invocados revelam que não há como admitir genericamente a possibilidade de concessão do direito ao esquecimento, porque facultar que qualquer cidadão ou usuário dos serviços de busca molde os acontecimentos envolvendo seu nome, ou impeça a veiculação de notícia pelos meios de comunicação, representaria um atentado contra a livre circulação de dados e informações. Mas, em juízo de ponderação criterioso, com rigidez maior em relação a agentes públicos, fatos notórios e históricos, parece aceitável que se admita a restrição.

E há base normativa e interpretativa para a solução que se apresenta. O Supremo Tribunal Federal, como visto no corpo deste trabalho, reputa que não há hierarquia rígida e formal entre direitos fundamentais - e o são todos aqueles em conflito quando se debate o direito ao esquecimento. A ponderação de valores constitucionais, no caso concreto, resolverá a colisão, de modo a evitar o sacrifício absoluto de direito fundamental.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU*. Barcelona: Bosch, 2015.
- CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: WVC, 2004.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Curitiba: Hemus, 2002.
- CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. *O Direito à honra post mortem e sua tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DEL GIUDICE, Manlio. From information society to network society: the challenge. In: DEL GIUDICE, M.; PERUTA, M. R. D.; CARAYANNIS, E. G. *Social media and emerging economies: technological, cultural and economic implications*. Londres: Springer, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como direito da personalidade*. 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Oswaldo. O anteprojeto do código civil. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, Porto Alegre, n. 62, p. 5-20, abr./jun., 1953. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1953;000432005>>Revista jurídica. Acesso em: 14 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Parte geral.

GOOGLE. *Os novos influenciadores*. Disponível em: <<https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/advertising-channels/v%C3%ADdeo/youtubers-brilham-tela-dos-jovens-brasileiro/>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

IBCCRIM. *Audiência pública no recurso extraordinário nº 1010606/RJ*. Disponível em: <http://ibccrim.org.br/docs/2017/pedido_ibccrim_habilitacao_ap_stf_esquecimento.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

INTERNETLAB. *Direito ao esquecimento*: entre liberdade de expressão e direito de personalidade. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/noticias/direito-ao-esquecimento-entrevista-com-julia-powles/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito, v. 106/107, p. 121/158, jan/dez. 2011/2012.

MPF. *REsp com agravo 833.248 - RJ*. Proc. Geral da Rep. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. 11.07.2016. p.14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. As três correntes do direito ao esquecimento. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

SCIULLI, Gabriele. *Il diritto all'oblio e l'identità digitale*. Itália: Narcissus, 2014. Edição Kindle, Posição 572. In: FERRIANI, Luciana de Paula Assis. O direito ao esquecimento como direito da personalidade. 2016. 245 f. (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Os direitos da personalidade no código civil: o conceito de vida e suas implicações ambientais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 11, p. 52-74, fev. 2013.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1993.

STF. *Palestra da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *Aberta a audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera civil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346318>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *ADI nº 4.815 - DF*. Rel. Min. Carmen Lúcia. 10.06.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

STJ. *REsp nº 1.335.153 - RJ*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 04.09.2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THE ECONOMIST. *YouTube highlights problems with digital advertising*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/business/21719840-big-brands-protest-about-ads-next-offensive-content-youtube-highlights-problems-digital>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

TJ/RJ. *Apelação Cível 2002.001.07149*. Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, 26.11.2002. Disponível em: <<http://bemvin.org/revista-eletronica-v6.html?page=55>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

TOBENÃS, José Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus S.A., 1992. p. 30.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.