



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ISABELA OLIVEIRA FERNANDES

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

FORTALEZA

2018

ISABELA OLIVEIRA FERNANDES

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Márcia Correia Chagas.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- F1a FERNANDES, ISABELA.
A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL / ISABELA FERNANDES. – 2018.
60 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Profa. Dra. Márcia Correia Chagas.
1. Direito ao esquecimento. 2. Direitos da personalidade. 3. Liberdade de expressão. 4. Memória. 5. Direito à desindexação. I. Título.

CDD 340

ISABELA OLIVEIRA FERNANDES

A APLICABILIDADE DO DIRETO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil. Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Márcia Correia Chagas (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Msc. Brena Késsia Simplicio do Bonfim

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A meus pais, Inês e Estênio, por terem me formado em meio a livros, carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade e amor.

A minha mãe, Inês, que é fortaleza, apoio e doçura certos em minha rotina, por jamais ter medido esforços para realizar todos os meus pequenos e grandes sonhos.

A meu pai, Estênio, por toda a confiança e amor depositados em mim, e por sempre ter torcido e acreditado em meu sucesso com fé inabalável.

A minha irmã, Manu, pelos cafés e afagos em momentos difíceis. Sem você, nada disso seria possível.

A minha avó Adelaide, a quem devo muito do que sou hoje, que com seu amor e exemplo de força me ensinou muito mais do que tantos livros tentaram ensinar.

A Luisa Sousa e Paulo Guerreiro, amigos que a graduação me deu a grande felicidade de conhecer e com quem pude compartilhar as dificuldades desse período.

A Amanda Martins, Lara Aires e Yan Gurgel, companheiros de uma vida e sempre presentes nos dias de alegria ou de cansaço. Cada etapa concluída com vocês a meu lado é mais feliz.

A Maria de Fátima, a querida Mafá, pelos conselhos e cuidados que me ajudaram a reordenar os pensamentos e seguir no caminho correto.

A Ana Carolina Dantas, Gabriela Sales e Nathália Tamiatti, amigas que são, cada uma a sua maneira, tão prestativas. A certeza de que eu poderia contar com vocês a qualquer momento me trouxe conforto e segurança essenciais para que esse trabalho se tornasse real.

A todos os amigos, meu mais sincero agradecimento: sem vocês, o caminho teria sido bem mais difícil.

À Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, por todo o conhecimento transmitido a mim com tanta paciência e carinho.

À Defensoria Pública da União, todos os seus defensores, funcionários e, especialmente, estagiários, por terem me mostrado o lado mais bonito do Direito e por terem sido uma verdadeira família para mim nos últimos dois anos.

À minha incrível orientadora, professora Márcia, que com seus conselhos, ajuda, paciência e disponibilidade, foi peça fundamental e indispensável para que este trabalho se concretizasse.

*No presente, a mente, o corpo, é diferente
E o passado é uma roupa que não nos serve
mais.*

Velha Roupa Colorida, Belchior.

RESUMO

Tem-se como principal finalidade deste trabalho averiguar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no meio digital em âmbito nacional, tendo em vista a dificuldade da proteção de direitos fundamentais na rede mundial de computadores. O estudo foi baseado em pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e dissertações de mestrado, além da legislação e julgados pertinentes ao tema. Assim, em um primeiro momento, busca-se fazer a delimitação conceitual do direito ao esquecimento, apresentando sua fundamentação constitucional e legal, bem como traçar um breve histórico deste instituto por meio da análise de julgados estrangeiros paradigmáticos. A seguir, aborda-se alguns dos desafios ao reconhecimento desta garantia, discutindo o conflito com a liberdade de expressão, a importância da memória coletiva e a responsabilização dos provedores de busca. Por fim, analisa-se os principais casos acerca do tema que já foram levados ao Superior Tribunal de Justiça, destacando as mudanças e evoluções das decisões pátrias na proteção aos direitos da personalidade, notadamente no que se refere ao reconhecimento de um direito a desindexação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Liberdade de expressão. Memória. Direito à desindexação.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to investigate the applicability of the right to be forgotten in the digital environment at national level, in view of the difficulty of fundamental rights protection in the world wide computer network. The study was based on bibliographical research of books, scientific articles and master's dissertations, in addition to legislation and judged pertinent to the theme. Thus, at first, it sought to make the conceptual delimitation of the right to be forgotten, presenting its constitutional and legal foundation, as well as to draw a brief history of this institute through the analysis of paradigmatic foreign judgments. Next, it addresses some of the challenges to recognizing this guarantee, discussing the conflict with freedom of speech, the importance of collective memory and accountability of search providers. Finally, it analyzes the main cases on the subject that have already been taken to the brazilian Superior Court of Justice, highlighting the changes and evolutions of the country decisions in the protection of the rights of the personality, notably with regard to the recognition of a right to deindexation.

Keywords: Right to be forgotten. Personality rights. Freedom of speech. Memory. Right to de-indexation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO, EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA, FUNDAMENTOS E PROTEÇÃO LEGAL	13
2.1 Direito ao esquecimento à luz dos direitos da personalidade	13
2.2 O direito ao esquecimento no cenário internacional	17
2.2.1 O caso Lebach	17
2.2.2 O caso Google Spain, SL, Google Inc. versus AEPD e Mario Costeja González	19
2.3 Fundamentos constitucionais	22
2.3.1 Direito à privacidade e à vida íntima	23
2.3.2 Direito à honra	24
2.3.3 Direito à imagem	25
2.4 Proteção legal	26
3 DESAFIOS À APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	29
3.1 O conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade	30
3.1.1 A liberdade de expressão	27
3.1.2 A colisão de princípios fundamentais e a técnica da ponderação	32
3.2 Memória coletiva e necessidade do esquecimento	35
3.3 Os provedores de busca e a efetivação do direito e ser esquecido na internet	39
3.3.1 O funcionamento e a importância dos motores de busca	40
3.3.2 A responsabilização dos motores de busca	42
4 ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL E A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA	45
4.1 Caso Chacina da Candelária	45
4.2 Caso Aída Curi	46
4.3 Caso Xuxa x Google	48
4.4 Caso D.P.N x Google	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
6 REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica e a vida na sociedade de informação, através das diversas mudanças causadas na maneira de produzir e difundir conteúdo, acarreta risco crescente à privacidade das pessoas. A facilidade de armazenar dados digitalmente, bem como de encontrá-los em meio a milhares de outras informações na internet, tem colaborado no sentido de dificultar um processo que deveria ser natural e orgânico: o esquecimento.

Diversamente do que ocorria em outros meios de comunicação, uma informação inserida na internet pode estar condenada à permanência indefinida, trazendo à tona a discussão sobre a necessidade do direito ao esquecimento, notadamente quando a perenidade de certos dados ofende direitos da personalidade do indivíduo, como a sua imagem, honra e privacidade.

Busca-se, portanto, investigar a aplicabilidade do direito ao esquecimento na era digital, considerando a realidade jurídica brasileira e os principais desafios práticos e teóricos concernentes ao tema. Para tanto, no segundo capítulo, estabelece-se a delimitação do conceito de direito ao esquecimento enquanto um direito da personalidade, e, por isso, também um direito fundamental.

A fim de constituir bases para aprofundar a discussão, são apresentados os fundamentos constitucionais e a proteção legal acerca do esquecimento, bem como relatados dois casos históricos na experiência internacional. O caso *Lebach*, na Alemanha, é considerado *leading case* na criação do chamado direito ao esquecimento, ainda que sem referência direta a esta expressão, e também é referência na resolução de conflitos entre princípios constitucionais.

Já o julgamento do caso *Google Spain SL e Google Inc. contra a Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González* pelo Tribunal de Justiça da União Europeia é indispensável à discussão deste trabalho pois, de maneira inovadora, reconheceu a responsabilidade dos motores na ofensa aos direitos da personalidade no âmbito digital.

No terceiro capítulo, são abordadas as maiores dificuldades para a aplicabilidade desse instituto, sendo a primeira delas o conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão. A seguir, expõe-se a necessidade de, enquanto sociedade, saber o que deve ser esquecido, respeitando a memória coletiva e sua importância. Também é tratada a relevância dos motores de busca enquanto meio de concretizar o direito ao esquecimento, que se manifesta não sob a perspectiva de eliminação definitiva de informações, mas sim através da desindexação de páginas com conteúdo desatualizados nas buscas na internet.

Por fim, no quarto capítulo, analisa-se como o direito ao esquecimento foi tratado pelo Superior Tribunal de Justiça em quatro casos emblemáticos, sendo dois deles relativos à mídia televisiva e dois deles à mídia digital. Discute-se, assim, as evoluções e diferentes perspectivas relativas a cada caso, indicando a evolução na proteção dos direitos da personalidade e dos dados pessoais dos cidadãos.

Os principais referenciais teóricos do trabalho giram em torno das doutrinas civilistas e constitucionais que abordam os direitos da personalidade e a liberdade de expressão como Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Daniel Bucar, Luis Roberto Barroso e José Gomes Canotilho. Utilizou-se, ainda, a teoria de Robert Alexy de sopesamento de princípios fundamentais.

A pesquisa foi construída através do estudo de artigos acadêmicos, doutrinas, dissertações e legislação pertinentes ao tema bem como de decisões nacionais e estrangeiras paradigmáticas sobre o assunto. A metodologia utilizada é, sobretudo, de caráter documental e bibliográfico, com abordagens descritiva, exploratória e teórica.

2 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO, EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E FUNDAMENTOS E PROTEÇÃO LEGAL

Esquecer é a regra, desde o início dos tempos, mas com a crescente difusão tecnológica e a maior capacidade de armazenamento de dados, esse quadro foi invertido e esquecer tornou-se exceção.¹ Esta modificação no curso natural da memória traz consequências à vida em sociedade, causando conflitos e demandando a intervenção jurídica.

O número de casos que chega às cortes nacionais pleiteando um direito de ser esquecido é cada vez maior. Inicialmente, a discussão debruçava-se, sobretudo, na esfera penal, enquanto um direito à ressocialização do condenado. No entanto, o debate tem avançado para a proteção dos direitos da personalidade como uma maneira de assegurar ao ser humano seu poder de autodeterminação em meio ao constante desenvolvimento das tecnologias.

2.1 Direito ao esquecimento à luz dos direitos da personalidade

A personalidade, no Direito Civil, é adquirida desde o nascimento com vida, e resguardada desde a concepção para os nascituros, traduzindo-se como uma verdadeira aptidão para exercer direitos e obrigações reconhecidos pela ordem jurídica.² Desta maneira, faz-se necessária uma disciplina jurídica a fim de tutelar os direitos inerentes a essa subjetividade humana.

Nessa perspectiva, Gomes³ atesta que os direitos da personalidade compreendem aqueles essenciais ao ser humano, preconizados e disciplinados pela doutrina e legislação com a finalidade de resguardar a dignidade humana.

Adotando a corrente jusnaturalista, Bittar defende que os direitos da personalidade são inerentes à própria existência humana, existindo de modo autônomo ao direito positivado, em que pese o reforço dado a estes direitos através de seu reconhecimento legal:

É claro que o reconhecimento pelo legislador confere maior dignidade ao direito – como sustentam os referidos autores –, mas não a ponto de anular a consistência e a substância de categoria jurídica, que se vem revelando nítida e determinada, e esquecer-se dos embasamentos naturais do direito. Em nosso entender, pois, os

¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 111.

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21 ed. - Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 102.

direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).⁴

Já Diniz⁵ entende os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos do indivíduo de defender aquilo que lhe é próprio, como a identidade, a liberdade e a honra, sendo, portanto, uma permissão dada pelo ordenamento jurídico à pessoa a fim de que possa proteger algo que é seu por natureza.

Seja qual for a corrente adotada, é fundamental compreender o direito ao esquecimento enquanto um direito da personalidade pois, inicialmente, é este reconhecimento que justifica a proteção jurídica em caso de sua violação. A defesa de tais direitos é expressamente conferida pelo art. 12 do Código Civil: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.⁶

Os direitos da personalidade passaram a ter maior reconhecimento após a Segunda Guerra Mundial, mormente pelas barbaridades cometidas à época. São considerados também direitos fundamentais, pois são manifestações da própria dignidade humana⁷. Na realidade, de acordo com a lição de Canotilho⁸, todo direito da personalidade é, essencialmente, um direito fundamental, ainda que a recíproca não seja verdadeira.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil tem contribuído ainda mais para a proteção desses direitos, abrindo novos horizontes para a tutela de prerrogativas que anteriormente eram vistas como um problema apenas da esfera privada.

Neste sentido, a constitucionalização do Direito Civil presta maior efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal dentro das relações privadas, uma vez que direciona toda análise da legislação infraconstitucional numa ótica de proteção ao Estado Democrático de Direito:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 41.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 1 Teoria Geral do Direito Civil. 24 ed. São Paulo, Saraiva: 2007, p. 74.

⁶ BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2003. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 28 de jul. 2018.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Administrativo, v. 235. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 08.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁹

No que tange aos direitos fundamentais, o art. 5º, §2º, da Constituição Federal¹⁰ assegura uma abertura da ordem democrática à criação de outras garantias, possibilitando que novos direitos fundamentais sejam reconhecidos, ainda que não se encontrem positivados em no Texto Constitucional.

É dentro desse contexto que o repertório de direitos da personalidade vem se alargando e se modificando. À medida que a sociedade se transforma e as relações humanas se tornam mais complexas, novos direitos, dignos de tutela, vão surgindo, e o ordenamento jurídico deve adequar-se para contemplá-los e, especialmente, para proteger a dignidade da pessoa humana.

Em que pese a regulamentação dada pela lei civil, não há um rol definitivo, na legislação brasileira, enumerando todos os direitos da personalidade. Mas isso não impede que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconheçam a existência do direito ao esquecimento como uma vertente dos direitos da personalidade, ainda que sem positivação expressa, tendo em vista que ele se manifesta como uma forma de proteção a determinados atributos que são inerentes à personalidade, sendo indissociável, portanto, da condição de pessoa.

O direito ao esquecimento possui, portanto, aquelas características intrínsecas aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade, entretanto, possui também traços únicos que o individualizam. Está ligado essencialmente à imagem do indivíduo e como ele é lembrado pela sociedade, seja por opiniões que em algum momento emitiu ou até mesmo por acontecimentos de sua vida pregressa.

De maneira simplificada, pode-se definir o direito ao esquecimento como a prerrogativa de o indivíduo não ter seus dados processados ou exibidos quando não forem mais necessários a propósitos legítimos¹¹ e se manifesta uma verdadeira escolha, por parte do sujeito titular do direito, de que em determinado momento algo relacionado à sua imagem ou sua opinião – ainda que verídico – não seja mais divulgado.

⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 28 de julho de 2018.

¹¹ AUSLOOS, Jef, **The ‘Right to be Forgotten – Worth remembering?** Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice, April 2012, Vol. 28(2), p.143-152.

Martinez define o direito ao esquecimento como “a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”.¹²

Bucar¹³ ressalva ainda que o decurso temporal é essencial à caracterização desta garantia. Segundo o autor, o controle temporal demanda uma verdadeira proteção das escolhas individuais após o decurso de certo período de tempo, no qual o indivíduo não pretende mais ser lembrado por fatos de seu passado.

Pode-se dizer que atualmente o direito ao esquecimento traduz-se em uma verdadeira autodeterminação informativa, a qual Rodotà define como a “possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito”.¹⁴

Canotilho também destaca a importância do autocontrole de dados ao explicar que “contrapondo-se à ideia de *arcana praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”.¹⁵

Esse instituto ganhou maior notabilidade na doutrina pátria a partir dos enunciados 404¹⁶ e 531¹⁷ da V e VI Jornadas de Direito Civil, respectivamente. Os enunciados consideraram, com base no art. 5º, X da CRFB/88 e no art. 11 do CC/02, que a tutela da dignidade e da privacidade da pessoa humana envolve o controle de seus dados pessoais e a garantia de um direito a ser esquecido.

A justificativa do Enunciado nº 531 esclarece que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

¹² MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2014, p. 81.

¹³ BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Disponível em civilistica.com. Ano 2. Nº. 3. 2013/1. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucarcivilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em 04 set. 2018.

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e teoria da constituição** - 7ª edição. Lisboa: Almedina, 2003, p. 515.

¹⁶ 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 o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

¹⁷ Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

Definir precisamente o direito ao esquecimento ou a autodeterminação informativa é ainda uma tarefa quase impossível, tendo em vista a contemporaneidade do tema e a sua mutabilidade conforme é analisado na área do direito penal (essencial à ressocialização do condenado) ou do Direito Civil, enquanto um direito da personalidade. Mesmo dentro da área civilista, pode ter nuances diferentes se considerada sua aplicação dentro e fora da internet.

Não se visa, portanto, esgotar as possíveis definições para este instituto emergente do Direito Civil, mas apenas fixar bases essenciais para sua compreensão e possível aplicação dessa garantia na sociedade digital.

2.2 O direito ao esquecimento no cenário internacional

O direito ao esquecimento não é um tema recente. A aplicabilidade deste direito, no Brasil, passa necessariamente pela discussão de casos com grande destaque internacional uma vez que serviram como embasamento para algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.2.1 O Caso *Lebach*

Ainda que não seja único julgado passível de ser invocado no âmbito do direito comparado, o Caso *Lebach*¹⁸, analisado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é um dos mais relevantes, e guarda relação com importantes julgados do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o tema¹⁹. Tornou-se paradigmático no estudo do direito ao esquecimento por discutir a pertinência de esquecer ou divulgar fatos criminosos quando estes põem em risco a reabilitação do condenado.

Na cidade alemã denominada *Lebach*, em 1969, cinco soldados foram brutalmente assassinados enquanto vigiavam um depósito do exército alemão. O grupo de homens

¹⁸ **BVerfGE** 35, 202. Disponível, no texto original, em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html> Acesso em 07 out 2018. Para este trabalho, foram utilizados os trechos traduzidos em: SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldes Ferreira. Montivideu: Konrad-AdenauerStiftung, 2005 e MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos individuais - anotações**. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), São Paulo, v. 5, n.18, p. 388, 1997.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais: do caso *Lebach* ao caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados*. **Revista Consultor Jurídico**. 2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em 15 jul. 2018.

responsáveis pelo crime tentava roubar armas e munições do depósito. O caso foi largamente divulgado, chocando a população à época.

Após o julgamento, dois réus foram condenados à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão, enquanto partícipe do delito. Anos depois, em 1973, quando o partícipe estava a poucos dias de deixar a prisão, a emissora de televisão alemã *Zweites Deutsches Fernsehen* – ZDF anunciou que transmitiria um documentário retratando fielmente o crime ocorrido, inclusive com a menção de nomes e imagens dos envolvidos, associando-os ao caso.²⁰

O terceiro condenado propôs, então, uma ação judicial a fim de obstar a transmissão do programa, utilizando como argumento central que seu direito à ressocialização restaria prejudicado, considerando que seu nome seria citado e sua imagem apareceria nas fotos da reconstrução do crime.

Inicialmente, perdeu nas duas primeiras instâncias alemãs, com o fundamento do Tribunal Superior de Koblenz de que “o envolvimento no crime fez que o autor se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração”.²¹

Com o indeferimento de seu pleito nas instâncias ordinárias, o acusado propôs uma Reclamação Constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), que reconheceu procedente seu pedido, decidindo que a proibição de veiculação do documentário asseguraria a proteção dos direitos da personalidade do apenado, em favor de sua ressocialização, uma vez que não existiria mais interesse na transmissão de programa reproduzindo o crime já praticado:

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. *Adolf Arndt, op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.²²

²⁰ SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Montivideu: Konrad-AdenauerStiftung, 2005, p. 487

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos individuais - anotações**. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), São Paulo, v. 5, n.18, p. 388, 1997.

²² SCHWABE, Jürgen. *Op. cit.*, p. 492.

Decidiu a corte alemã que o programa não poderia ser exibido se utilizada a imagem ou o mencionado o nome do reclamante. Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu, em decisão histórica, que a liberdade de expressão não poderia, naquele caso, ser absoluta e ferir de modo tão grave os direitos da personalidade do indivíduo, estipulando delineamentos mais claro ao direito do esquecimento, ainda que sem menção expressa a este termo.

O caso é considerado uma das principais origens históricas do direito ao esquecimento e sua importância transcende o tema, uma vez que a decisão do tribunal alemão serviu também para formulação da teoria da ponderação de princípios fundamentais de Alexy.

No que se refere especificamente ao uso da internet, o Tribunal de Justiça Europeu também já decidiu de modo inovador sobre o direito ao esquecimento, no caso, aplicando a responsabilização dos provedores de busca. Foi este julgamento que fundamentou a decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema e que será apresentado a seguir.

2.2.2 O caso Google Spain e Google Inc. versus AEPD e Mario Costeja González

A discussão acerca do direito ao esquecimento na sociedade informacional ganhou maior força com a decisão proferida no caso das empresas Google Spain SL e Google Inc. contra a Agencia Española de Protección de Datos (AEPD²³) e Mario Costeja González. Isto porque o Tribunal Europeu tratou da proteção da memória no âmbito da digital, lançando novos parâmetros para a aplicação deste direito no mundo virtual, através da desindexação de dados.

No ano de 2010, Mario Coteja González, um advogado espanhol, apresentou uma reclamação junto à AEPD contra o jornal *La Vanguardia* e as empresas Google Inc. e Google Spain. O reclamo consistia na associação do nome do advogado a notícias de 1998 no referido jornal, que continha um anúncio de venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social. Assim, sempre que se digitava o nome do reclamante nas áreas de busca do Google, obtinha-se a automática ligação com as duas notícias do jornal²⁴.

²³ A Agencia Española de Protección de Datos é um ente estatal de direito público encarregada de velar pela privacidade e proteção de dados dos cidadãos espanhóis.

²⁴ EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Decisão nº C 131/12**. Spain SL Google e Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. 13 de maio de 2014. Disponível em < <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014>>. Acesso em 17 ago. 2018.

O reclamante requisitou junto a AEPD que a notícia fosse removida da página do jornal, e, ainda, que seus dados pessoais fossem ocultados a fim de que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa do Google ligados ao *La Vanguardia*. Alegava para tanto, essencialmente, que a dívida relatada nas notícias já estava há muito resolvida, de modo que o assunto carecia de pertinência.

A agência indeferiu o pedido a respeito da retirada da notícia jornal, uma vez que as notícias eram legítimas à época de sua publicação, não havendo embasamento suficiente para exigir que fossem suprimidas do sítio eletrônico. Por outro lado, acolheu os protestos relativos a Google Inc. e Google Spain, por entender que as empresas estariam sujeitas à legislação de proteção de dados pessoais (diretiva 95/46/CE)²⁵ vigente na Europa.

A decisão impôs que o provedor de buscas deveria receber as solicitações dos cidadãos e analisar a retirada dos links indicados por eles, observando, entretanto, se haveria interesse público na manutenção dos links nos resultados das pesquisas.

Google Spain e a Google Inc apresentaram recursos à AEPD, levando a suspensão da apreciação do caso pela agência e submetidas questões prejudiciais perante o Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da interpretação que deveria ser dada à diretiva 95/46/CE, mormente se seus dispositivos seriam aplicáveis aos motores de busca.

O Tribunal Europeu, analisando, inicialmente, a aplicabilidade da diretiva aos motores de busca, entendeu que estes estariam enquadrados dentro da definição de prevista no artigo 2, alínea b²⁶, uma vez que os operadores, ao explorarem a internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, recolhem esses dados, recuperam, registram, e organizam para, posteriormente, no âmbito dos seus programas de indexação, conservá-los em seus servidores e colocá-los a disposição dos

²⁵ A diretiva nº 46 de 24 de outubro de 1995 do Parlamento e Conselho Europeu estabelece um conjunto de regras, no âmbito da União Europeia, aplicáveis à atividade de processamento de dados, quer ela aconteça de forma automatizada, em ambientes eletrônicos, ou na forma tradicional manual, visando a proteção do indivíduo e seus dados pessoais. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

²⁶ Artigo 2º. Definições. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por: (...) b) Tratamento de dados pessoais, qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Diretiva 1995/46/EC** do Parlamento Europeu e do Conselho. Bruxelas, 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu>> Acesso em 25 ago. 2018.

usuários sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas²⁷. Assim, estaria plenamente caracterizada a atividade dos motores de busca como um verdadeiro tratamento de dados.

Caracterizada, então, a aplicabilidade da diretiva aos motores de busca, foi reconhecido também o direito ao esquecimento:

Tratando-se de uma situação como a que está em causa no processo principal, que diz respeito à exibição, na lista de resultados que o internauta obtém ao efetuar no Google Search uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, de ligações a páginas de arquivos em linha de um jornal que contém anúncios que mencionam o nome dessa pessoa e que respeitam a uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, há que considerar que, tendo em conta o caráter sensível, para a vida privada dessa pessoa, das informações contidas nesses anúncios e o facto de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, a pessoa em causa tem comprovadamente direito a que essas informações já não sejam associadas ao seu nome através dessa lista. Por conseguinte, na medida em que, no caso em apreço, não parece haver razões especiais que justifiquem um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito dessa pesquisa, o que, todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a pessoa em causa pode, ao abrigo dos artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46, exigir a supressão das referidas ligações dessa lista de resultados.²⁸

Em termos práticos, a decisão determinou apenas que fossem suprimidas pelo motor de busca as listas e os resultados decorrentes de pesquisa realizada com o nome do demandante, Mario Coteja González. As páginas que mencionavam o nome do requerente não foram obrigadas a excluir as publicações e poderiam continuar sendo encontradas através da utilização de outras palavras-chaves.

Com o propósito de dar cumprimento à decisão do Tribunal Europeu, o Google criou formulários *online* no qual os cidadãos poderiam solicitar a remoção de determinados resultados sobre eles. De 29 de maio de 2014 a 11 de setembro de 2018, foram realizadas 722.703 de remoção e avaliadas um total de 2.745.717 URLs com solicitações de remoção, das quais 44% foram efetivamente removidas²⁹.

A solução adotada pelo Tribunal Europeu é passível de diversas críticas, especialmente no que tange aos aspectos práticos da retirada dos dados dos cidadãos que assim solicitassem. O Google afirma que “o mecanismo de pesquisa precisa obedecer às solicitações caso os links em questão sejam ‘inadequados, irrelevantes, não mais relevantes

²⁷ EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Decisão n.º C 131/12**. Spain SL Google e Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. 13 de maio de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>. Acesso em 17 de agosto de 2018.

²⁸ Ibid.

²⁹ As informações estão no relatório de transparência do Google. Disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em 11 set. 2018.

ou excessivos’, levando em consideração fatores de interesse público, incluindo o papel do solicitante na vida pública”³⁰. Ocorre que, pelo próprio volume de solicitações recebidos pela empresa, é bastante improvável que a análise das páginas esteja sendo efetuada o com rigor necessário.³¹

Além disso, a responsabilidade de decidir se haveria ou não interesse público caberia à própria empresa que internamente deliberaria sobre a demanda e escolheria se retiraria ou não os links solicitados. O Google acaba sendo a única instância para equilibrar os direitos de privacidade e liberdade de expressão, salvo no caso de indeferimento da supressão de um link, quando o interessado poderá submeter às autoridades de controle de dados locais ou a algum tribunal a decisão final sobre a matéria.³²

Em que pese as críticas aos aspectos práticos da decisão da Corte Europeia, é imperioso reconhecer que se trata de enorme avanço no tratamento à proteção de dados dos usuários da rede mundial de computadores.

Assim, analisados os dois casos que serviram de embasamento para algumas decisões nacionais, passa-se agora a apreciar os fundamentos presentes na Constituição Federal que justificam a existência do direito ao esquecimento.

2.3 Fundamentos Constitucionais

O direito ao esquecimento não reclama uma regulamentação expressa para sua aplicação. Isto porque a sua fundamentação, enquanto um direito da personalidade, encontra resguardo implícito na própria constituição e no Código Civil, vez que, como já abordado, trata-se de um direito fundamental.

Deste modo, é invocado a fim de proteger a personalidade e os atributos inerentes a ela, como a privacidade, a honra e imagem do indivíduo, uma vez que a veiculação de uma informação desatualizada pode ofender diretamente algum ou até mesmo todos esses atributos.

³⁰ As informações estão no relatório de transparência do Google. Disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em 11 set. 2018.

³¹ GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima. **O direito ao esquecimento na internet: possibilidades e desafios para a sua efetividade frente aos motores de busca**. 2017. 125 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Cap. 3.

³² Ibid.

2.3.1 Direito à privacidade e à vida íntima

A doutrina discute se haveria uma diferença entre a privacidade e a vida íntima. Bulos³³ defende a existência de uma sutil distinção, ao afirmar que a vida privada se refere a todos os relacionamentos do indivíduo, como os de trabalho e os de estudo, enquanto a intimidade diz respeito a relações mais íntimas e pessoais, como aquelas com amigos e familiares, tuteladas as confidencialidades do indivíduo garantindo a fim de que, se for de seu desejo, possa ter parte de sua vida secreta e inacessível.

De toda sorte, ainda que se trate de garantias diferentes, em muito se assemelham, especialmente quando consideradas como fundamentos do direito ao esquecimento.

O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁴ dispõe que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A privacidade compreende um controle, pelo indivíduo, da coleta e uso de seus dados pessoais, de modo que ele possa determinar quando e como serão veiculadas suas informações. Segundo Bucar:

(...) a privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade.³⁵

Já de acordo com Sanchez, a definição e o alcance do direito à privacidade dependeria das normas, valores e ideais sociais em vigor em cada época. Assim, em uma sociedade marcada pela importância dada à troca de informações entre as pessoas, a privacidade deveria alcançar a proteção contra intromissões indevidas no tratamento de dados pessoais.³⁶

A sociedade de informação, com sua facilidade e rapidez na difusão de conteúdo, tem posto em maior risco a privacidade dos indivíduos. Protegê-la trata-se, portanto, de um

³³ BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 567.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 10 de ago. 2018.

³⁵ BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Disponível em civilistica.com. Ano 2. Nº. 3. 2013/1. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucarcivilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em 04 set. 2018.

³⁶ SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. **Personas y Derechos de La Personalidade**. Madrid: Colección Jurídica General, 2010, p. 181.

dos maiores fundamentos do direito ao esquecimento, bem como de um de seus principais objetivos, possuindo a máxima proteção constitucional.

2.3.2 *Direito à honra*

A honra também é um direito da personalidade resguardado pela Constituição Federal e pelo art. 12 da Declaração de Direitos do Homem. O Código Civil não estabelece um conceito para a honra, mas protege-a em seus artigos 17 e 20, juntamente com o direito à imagem³⁷:

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

(...)

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.

A honra pode ser considerada como o “conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima”³⁸. Trata-se do nome, da fama, enfim, da reputação que desfruta a pessoa em seu meio social e pode também relacionar-se à percepção de si mesmo, a estima própria. Na definição de Chaves e Rosenvald “é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”.³⁹

O dano à honra não se limita, conforme ensina Schreiber, à veiculação de fatos inverídicos sobre o indivíduo, mas também a informação inverídica fora de contexto pode ofender a honra:

Não se deve, contudo, imaginar que a honra somente pode ser atingida pela divulgação de fatos que não se afigurem verdadeiros. (...). É corriqueiro o exemplo de notícias que, embora combinado fatos verdadeiros, induzem o leitor a uma falsa percepção da realidade.⁴⁰

³⁷ BRASIL. Lei 10406, de janeiro de 2003. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. 1, p. 243

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 149

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 78.

O direito ao esquecimento visa, assim, a proteção da honra na medida em que impede que determinadas informações, fora de contexto, sejam novamente divulgadas, causando danos à dignidade do indivíduo.

2.3.3 Direito à imagem

A imagem é, para o direito, o conjunto de características que individualizam determinada pessoa. São seus traços físicos, seu semblante externo, concreto, real e perceptível. Seus olhos, boca, nariz, braços, pernas, enfim, todos os atributos físicos que permitem sua identificação e distinção no meio social⁴¹. É, enfim, a sua expressão externa no mundo. Para Cavalieri Filho⁴²:

A imagem é um bem personalíssimo, emanção de uma pessoa, através da qual se projeta, identifica-se e individualiza-se no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes.

Diferenciam-se um pouco dos demais direitos citados anteriormente por sua disponibilidade: o indivíduo pode, se assim desejar, explorar economicamente a própria imagem, através de negócios jurídicos que são perfeitamente tuteláveis pelo direito pátrio.

Marmelstein⁴³ acentua também que, não obstante a norma constitucional proteja a imagem de todos de maneira geral, ela pode ser mais ou menos acentuada a depender do indivíduo protegido, como é o caso de pessoas famosas em geral que, naturalmente, sofrem maior exploração de sua imagem pela mídia.

A noção central de um direito ao esquecimento é exatamente proteger determinadas informações relativas ao indivíduo, especialmente aquelas ligadas aos direitos da personalidade, dentre as quais a imagem, a fim de que não sejam exploradas ou divulgadas fora de um contexto temporal. A proteção à imagem é, portanto, fundamento essencial do direito de ser esquecido.

Diante disso, torna-se necessário apresentar os dispositivos esparsos na legislação pátria que manifestam a tutela constitucional do direito ao esquecimento.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 153.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 115.

⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 138.

2.4 Proteção legal

A legislação pátria não é extensa no que se refere à regulamentação do direito ao esquecimento. Entretanto, não se pode dizer que há uma completa lacuna no tema, especialmente na seara penal, na qual há previsão de regras a serem adotadas após condenações criminais e, mais escassamente, leis civis que visam a proteção da honra em situações de violação da vida íntima.

Para Colaço e Menezes, o direito ao esquecimento não reclama normatização além daquela já existente como condição necessária a sua tutela na ordem jurídica nacional, uma vez que decorre diretamente da proteção da dignidade humana e está conectado intrinsecamente ao direito à privacidade.⁴⁴

O artigo 93 do Código Penal⁴⁵ garante ao egresso do sistema penitenciário o sigilo em relação ao seu processo, e o artigo 748 do Código de Processo Penal⁴⁶ assevera que as condenações anteriores do acusado não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, garantido um verdadeiro direito ao esquecimento em prol da ressocialização do condenado.

O Código de Defesa do Consumidor também se propõe a resguardar, de certo modo, um direito do consumidor de ter seus dados esquecidos. Em seu artigo 43, §1º, a lei estabelece que, após cinco anos, os cadastros e dados dos consumidores não poderão mais conter informações negativas, delimitando, portanto, um verdadeiro decurso de tempo a partir do qual certos dados devem ser excluídos por tornarem-se desatualizados, visando proteger a imagem, honra e privacidade dos indivíduos. Já o §5º do mesmo artigo estipula que após decorrida a prescrição dos débitos do consumidor, não poderão ser fornecidas aos Sistemas de Proteção de Créditos informações que dificultem o acesso de crédito⁴⁷.

Os artigos 12, 20 e 21 do Código Civil também protegem, a seu modo, o direito ao esquecimento, na medida em que tutelam a imagem, honra e vida privada do indivíduo.

Na realidade, o que há de mais semelhante à proteção do direito ao esquecimento é a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que se propôs a regular o uso

⁴⁴ COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

⁴⁵ BRASIL Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

⁴⁶ BRASIL Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2003. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

da rede mundial de computadores no país através de direitos e garantias básicas aos usuários da rede.

O artigo 3º da referida legislação estabelece como princípio do uso da internet no Brasil a proteção da privacidade e ainda a proteção dos dados pessoais, entre outros. Já o artigo 8º garante que o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o livre exercício do direito de acesso à internet. O artigo 10, por sua vez, estabelece também a proteção da honra e da imagem dos usuários disponibilizados aos registros de conexões e de acesso a aplicações de internet.⁴⁸

Percebe-se, portanto, que embora o legislador não tenha feito menção expressa ao direito ao esquecimento, preocupou-se em proteger a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos usuários da rede mundial de computadores.

Interessante disposição é aquela prevista no inciso X do art. 7º da mesma lei, que assim enuncia:

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

(...)

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

Apesar de tal dispositivo significar certo avanço para proteção de dados, não quer dizer exatamente a consagração de um direito ao esquecimento. Isto porque o referido artigo diz respeito somente aos dados disponibilizados pelos próprios usuários aos sítios eletrônicos, possuindo, portanto, uma aplicação prática limitada, não abrangendo os dados disponibilizados por terceiros.⁴⁹

O art. 19 da Lei nº 12.965/2014 indica que os provedores de aplicações de internet só podem ser responsabilizados civilmente após ordem judicial específica para retirar o conteúdo danoso, evitando, assim, uma censura prévia de informações. Assim, não condicionou o exercício do direito ao esquecimento à comprovação de qualquer requisito que

⁴⁸ BRASIL. LEI Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

⁴⁹ MEDEIROS, Francis Augusto, BYGRAVE, Lee A. **Brazil's Marco Civil da Internet: Does it live up to the hype?**. Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology, Law and Practice. 2015 Vol 31, p.126.

não fosse a vontade do titular do direito⁵⁰. Pode ser considerado como um direito potestativo do indivíduo, uma vez que seu exercício independe da vontade do sujeito passivo, no caso, o provedor de aplicações.

Importa ressaltar que, embora o Marco Civil não tenha previsto explicitamente um direito ao esquecimento, seja com a supressão de dados pessoais ou a desindexação de certos resultados em provedores de busca, tutelou certos direitos indispensáveis à proteção do usuário da rede mundial de computadores.

A legislação, apesar de representar um verdadeiro divisor de águas no que tange à regulamentação do uso da internet no Brasil, acaba por repetir alguns princípios já expressos na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal e no Código de Defesa do Consumidor⁵¹, e exime-se de tratar de maneira mais detalhada e específica outros aspectos, especialmente no que se refere à proteção de dados pessoais.

Em que pese as embasadas críticas ao Marco Civil, é importante lembrar que uma legislação relativa a um assunto tão mutável quanto a internet não pode ser uma legislação engessada e repleta de regras muito específicas, pois, se fosse este o caso, rapidamente estaria defasada e desatualizada.

Estabelecidos os aspectos gerais necessários à discussão do tema, importa compreender quais os maiores problemas teóricos e práticos à observação deste direito no Brasil e campo informacional.

⁵⁰ PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A Regulamentação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 132, p.45-61, maio de 2015. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/issue/view/v.%2042%2C%20n.%20137%20%282015%29>>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁵¹ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo vol. 30, n. 86, p. 369-385, abril de 2016. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093>>. Acesso em: 07 set. 2018.

3 DESAFIOS À APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Conforme apontado até agora, o direito ao esquecimento traduz-se na garantia conferida ao indivíduo de ter protegida sua imagem, honra e privacidade contra fatos do seu passado que se tornaram descontextualizados pelo decurso do tempo. Essa garantia, entretanto, pode ser encontrar diversos desafios à sua concretização, vez que entra em conflito com o direito dos meios de comunicação de informarem e ainda da sociedade de ter acesso a essas informações.

Para Barroso,⁵² ainda que na sociedade de informação seja importante assegurar o direito de ser esquecido a fim de proteger a dignidade da pessoa humana, é também necessário que, em determinadas situações, seja preservado o interesse público decorrente da manutenção da informação, devido a sua importância no regime democrático.

Além do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a memória desempenha um papel muito importante, tanto na esfera pessoal quanto na vida em sociedade. Segundo Mayer-Schönberger,⁵³ com a abundância de opções de armazenamento digital, não é mais econômico sequer decidir entre lembrar ou esquecer.

Para o mesmo autor, uma vez que certa informação é compartilhada na internet, aquele que o fez já perdeu o controle sobre ela⁵⁴. Isso se deve em grande parte pela dificuldade em identificar, no ambiente digital, quem veiculou ou compartilhou a informação, tornando-se quase impossível garantir o indivíduo que tenha sido eventualmente ofendido consiga exigir que aquele dado seja apagado.

São essas as dificuldades abordadas nesse capítulo, bem como suas possíveis soluções.

3.1 O conflito de entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

A liberdade de expressão e de informação e a proteção da personalidade são igualmente contempladas pela Constituição, o que importa em uma aparente contradição no sistema jurídico. Assim, a liberdade de expressão não é um direito absoluto que pode se sobrepor sempre a outros direitos, em que pese sua importância histórica na construção de uma sociedade livre e democrática.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105

⁵³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

⁵⁴ Ibid.

Reconhecer a possível violação de direitos fundamentais é essencial para que se possa buscar mecanismos protetivos aos direitos do indivíduo,⁵⁵ portanto, é indispensável analisar este enfrentamento de princípios e compreender como ele pode ser resolvido.

3.1.1 A liberdade de expressão

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso IV, que “é livre a manifestação de pensamento” e em seu inciso IX que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Também trata sobre esta matéria no art. 220, que assim dispõe⁵⁶:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O constituinte, portanto, foi claro quanto à necessidade de se proteger a livre circulação de ideias e pensamentos. Para Marmelstein, isto foi feito por conta do passado do país nos anos vividos de ditadura militar, na qual a censura foi arbitrariamente utilizada.⁵⁷ O direito à liberdade de expressão é, portanto, uma verdadeira regra, que só pode ser limitado em situações excepcionais.⁵⁸

A liberdade de expressão pertenceria àqueles direitos tradicionalmente classificados como de primeira dimensão⁵⁹, civis ou políticos, e de titularidade do cidadão. Consistem em liberdades negativas, ou seja, um dever do Estado de abster-se de impedir a divulgação de fatos, ideias ou pensamentos pelos titulares de tal direito⁶⁰.

Sarmento sustenta que as liberdades comunicativas teriam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A primeira seria justamente esse direito negativo de proteção do

⁵⁵ MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2014, p. 152.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 jul. 2018.

⁵⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 126.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 10.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256.

indivíduo contra as medidas do Estado em tolher-lhe a faculdade de expressar-se livremente, enquanto a dimensão objetiva diria respeito a um dever positivo do Estado em promover a liberdade de expressão, realizando ações positivas a fim de garantir esse direito aos cidadãos⁶¹.

Barroso diferencia as liberdades de expressão e de informação, explicando que a primeira consiste na tutela da faculdade de externar ideias, opiniões ou qualquer outra forma de manifestação do pensamento humano, enquanto a liberdade de informação – que estaria inserida dentro da de expressão – seria o direito de comunicar livremente os fatos⁶².

O autor elucida a ainda a existência de uma terceira liberdade, a de imprensa, que também tem assento constitucional. Esta é a aquela liberdade que foi conquistada ao longo da história pelos meios de comunicação em geral de transmitir fatos e ideias, de modo que é intrinsecamente ligada às liberdades de informação e de expressão⁶³.

No que diz respeito ao direito à liberdade de informação, vale ressaltar que se refere a um direito coletivo, ou seja, corresponde à garantia que a coletividade tem de obter o acesso à informação. Até mesmo o direito de informar do indivíduo, exercendo, portanto, sua liberdade de manifestação de pensamento, contém aspectos de uma garantia coletiva, consoante aponta Silva: “em virtude das transformações dos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva”.⁶⁴

O próprio Texto Constitucional, no supracitado art. 220, assegura a todos o acesso à informação, confrontando-o ao interesse individual presente na manifestação do pensamento, veiculado pelos meios de comunicação social. A liberdade de informação adquire clara função social, considerando sua notável importância na formação da opinião pública.

Tomando por base o direito ao esquecimento enquanto um direito da personalidade e, assim, também, um direito fundamental, o seu reconhecimento no caso concreto poderá resultar em um verdadeiro conflito com outros direitos fundamentais, sendo o principal deles a liberdade de expressão.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018

⁶² BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 07.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

As maiores críticas ao direito ao esquecimento concernem, portanto, ao choque entre ele e a garantia à liberdade de expressão. Isto por que o indivíduo que invocasse tal direito, a fim de ter certos dados a seu respeito não mais divulgados, estaria cerceando o direito dos meios de comunicação de tratarem livremente sobre fatos que são – muitas vezes – públicos e notadamente conhecidos, bem como da própria sociedade de ter acesso a uma informação específica.

Diante disso, faz-se necessário averiguar de que forma o julgador pode solucionar esse choque de princípios em cada caso, sem que isso signifique a invalidação de um ou outro direito no sistema jurídico vigente.

3.1.2 A colisão de princípios fundamentais e a técnica da ponderação

Reside fundado receio de que o esquecimento pudesse vir a atuar como um objeto de censura na internet, ou como uma maneira de remover dados históricos importantes para a preservação da memória coletiva. Há, de fato, conflito entre a liberdade de expressão e a proteção constitucional dada a privacidade, honra e imagem do indivíduo, garantias de mesmo grau hierárquico, em um verdadeiro confronto de princípios fundamentais.

Não se pode esquecer que é próprio da democracia a coexistência pacífica de interesses antagônicos. De tal modo, muitas vezes direitos fundamentais se chocarão e pode ocorrer o esvaziamento de um em detrimento de outro:

Esse fenômeno – a colisão de direitos fundamentais – decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados quase sempre através de princípios. Como se sabe, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do “tudo ou nada”, estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. Logo, não são absolutos, pois o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente, conforme assinalou o jurista alemão Robert Alexy⁶⁵.

Ocorrendo esta situação, as técnicas da hermenêutica tradicional, utilizadas para resolução de conflitos normativos, não são suficientes. Tratando-se de princípios constitucionais, não há como utilizar o critério hierárquico, o cronológico ou o da especialidade para resolver a antinomia⁶⁶, em razão do princípio da unidade da Constituição,

⁶⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 146.

⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

pois os direitos e garantias fundamentais são reconhecidamente cláusulas pétreas e, por isso, possuem o mesmo patamar axiológico⁶⁷.

Em uma análise inicial, a harmonização de princípios é a melhor opção em caso de conflitos, pois assim as duas garantias colidentes seriam prestigiadas e conciliadas no caso concreto⁶⁸. Entretanto, nem sempre essa harmonização será possível. Muitas vezes será necessário o sopesamento de princípios para a resolução do problema. A este respeito, Alexy, tomando por base a decisão proferida no caso Lebach, ensina⁶⁹:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo está proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Por meio da ponderação de princípios, o julgador irá avaliar qual deve ser aquele que prevalecerá no caso concreto, tentando preservar o máximo de cada um dos princípios em conflito⁷⁰. Não se trata de uma tarefa simples, e, necessariamente, o julgador lançará mão de certa discricionariedade.

A fim de compreender qual princípio deve sobressair-se, a técnica da ponderação aponta como solução colocar um peso nas consequências e repercussões jurídicas de cada garantia colidente, de modo a identificar aquela que seria mais vantajosa, ao indivíduo e à sociedade.

Alexy aponta três critérios a serem utilizados na regra da ponderação. O primeiro consistiria em avaliar quão afetado será o princípio renegado, ou seja, o seu grau de não satisfação. Num segundo momento, deve-se aferir a importância de satisfazer aquele princípio

⁶⁷ RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A colisão entre direitos fundamentais**. In: CONGRESSO NACIONAL/ PUC MINAS, 16., 2007, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3445 - 3465. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/_integra_bh.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

⁶⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 395.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006, 2. ed. 4 tiragem. Malheiros, 2015, p. 93.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 08.

que irá persistir. Por fim, é preciso averiguar se a importância de satisfazer um dos princípios justifica o prejuízo que será causado ao outro princípio conflitante.⁷¹

O juízo de ponderação proposto por Alexy está diretamente ligado à ideia de proporcionalidade, uma vez que exige o sacrifício de um direito útil e importante para a solução de um problema, se não houver maneira nociva capaz de solucionar a questão. A proporcionalidade aqui é aquela em sentido estrito, ou seja, ônus imposto ao sacrificado não deve ser maior que o benefício que se quer alcançar com a solução do conflito.

No caso específico do direito ao esquecimento, alerta Schreiber⁷² que nem sempre ele será reconhecido em desfavor da liberdade de expressão:

É certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida. Não há direito a reescrever a história ou apagar o registro de dados pretéritos, mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

Notadamente no que se refere ao conflito entre o direito de informação e o direito ao esquecimento na seara penal, em relação àqueles que foram condenados e cumpriram sua pena, a doutrina costumeiramente dá prevalência à preservação da imagem, honra e privacidade:

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

Em síntese, sempre que a liberdade de expressão entrar em conflito com a proteção a privacidade, honra e intimidade do indivíduo, o julgador deve analisar, de acordo com as peculiaridades de cada caso, qual garantia merece prevalecer. Não há uma fórmula certa a ser seguida, e isso pode ser exemplificado pela própria experiência jurisprudencial brasileira que será analisada mais a frente. Em situações muito semelhantes, o Superior

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006, 2. ed. 4 tiragem. Malheiros, 2015, p. 582.

⁷² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 168.

Tribunal de Justiça proferiu sentenças distintas, ora privilegiando o direito ao esquecimento, ora privilegiando a liberdade de expressão, que serão oportunamente analisadas no capítulo 4.

Não se deve, portanto, presumir que a liberdade de expressão é uma garantia absoluta e que sempre deve ser resguardada. Há diversas limitações ao exercício da liberdade de imprensa, por exemplo, como o compromisso ético com a informação verossímil, a preservação dos direitos da personalidade, e a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)⁷³. A Constituição Federal também estabelece a vedação ao anonimato como limitação a liberdade de expressão, no art. 5º, inciso IV.

Em que pese a grande importância histórica e até mesmo democrática da liberdade de expressão, não pode, a todo momento, se sobrepor a outros direitos hierarquicamente equivalentes e igualmente dignos da tutela estatal. Por vezes, é razoável que se abra mão da dita liberdade de expressar-se a fim de privilegiar direitos individuais que serão brutalmente mais afetados se não forem protegidos.

3.2 A memória coletiva e a necessidade de esquecer

As marcas do regime ditatorial militar vivenciado pelo Brasil no período de 1964 a 1985 ainda são muito vivas e influenciam diretamente a maneira como se lida com a liberdade de informar e de informar-se. A menor ameaça de censura causa incômodo e até mesmo revolta à população, e o temor de que os meios de comunicação possam mais uma vez ser controlados pelo Estado, tolhendo garantias e direitos que a duras lutas foram conquistados, ainda é vivo, mesmo após mais de três décadas do fim da ditadura militar.

Esse receio é justificável: a memória coletiva⁷⁴ desempenha um importante papel na construção do sentimento de pertencimento do indivíduo dentro de um grupo de passado comum, com extrema carga não apenas histórica, mas também simbólica. A memória coletiva, além disso, é objeto de luta de poder travada entre diferentes grupos. Decidir o que deve ser lembrado e esquecido, o que ficará para as gerações futuras, as informações que se

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.109 – DF. Rel. Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 12/06/2012, DJe 12/03/2013.

⁷⁴ O sociólogo francês Maurice Halbwachs, da escola durkheimiana, criou a categoria de “memória coletiva”, na qual entendia que o fenômeno da recordação não poderá ser compreendido por completo se não for analisado considerando os contextos sociais. Assim, a memória, para o autor, deixa de ter um contorno apenas individual, pois é construída junto a determinado grupo social, sendo diretamente influenciada por este. MONTAGNER, Miguel Ângelo. Biografia coletiva, engajamento e memória: a miséria do mundo. **Tempo Social**, [s.l.], v. 21, n. 2, p.259-282, 2009. FapUNIFESP (SciELO).

perpetuaram no tempo, tudo isso é usado para exercer controle de determinado grupo sobre outro.⁷⁵

Considerando, então, essa herança histórica, que conta com quarenta anos de um regime ditatorial, com forte censura e vigilância da imprensa, é natural que a coletividade torne a rechaçar qualquer tipo de controle do Estado em dados e informações de modo geral.

A realidade é que não se pode tratar a informação com o mesmo apego de décadas atrás. Se à época do regime ditatorial a rede mundial de computadores ainda começava a dar seus primeiros passos e os principais meios de divulgação de informação eram ainda físicos - livros, jornais e revistas -, hoje ela domina o mundo no que tange à propagação de dados. A informação não é mais monopólio de emissoras de televisão ou grandes jornais, e a internet surge como uma oportunidade para mais pessoas, cidadãos comuns, criarem e difundirem conteúdo com maior alcance e rapidez.

Seja nos meios televisivos ou no ambiente digital, o direito ao esquecimento causa polêmicas, pois, uma vez que entra em conflito direto com a liberdade de expressão, é rapidamente associado à censura.

Não se pode negar que o direito ao esquecimento importe, de certa forma, um tipo de censura, mas a sua fundamentação se extrai da possibilidade de um interesse ser considerado superior a análise de cada caso⁷⁶. Isto porque a liberdade de expressão não é absoluta e pode, em situações específicas, ser mitigada para a proteção de outro direito, que o julgador entenda mais relevante, sem que isto signifique sua invalidade dentro do sistema jurídico.

No Brasil, de fato, ainda é maior “o peso do direito e do dever de memória em detrimento do direito e do dever de esquecimento”⁷⁷. No entanto, o direito ao esquecimento está baseado em princípios constitucionais tão importantes quanto aqueles que se visa defender com a perpetuação de informações. É o direito à vida privada e, tantas vezes, à honra e à própria imagem, que justificam que, eventualmente, algumas informações devam ser deletadas, não veiculadas ou meramente desindexadas de certos termos de busca

⁷⁵ KESSEL, Zilda. **Memória e Memória coletiva**. Disponível em <<http://www.museudapessoa.net/public/editor/mem%C3%B3riaem%C3%B3riacoletiva.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

⁷⁶ COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

⁷⁷ BENTIVOGLIO, Júlio. Os pontos cegos da história: a produção e o direito ao esquecimento no Brasil. Breves notas para uma discussão. **Revista Opsi**, v. 14, n. 2, Catalão, jul-dez. 2014, Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/Opsi/article/view/30129#.W-BAppPMPIU>> Acesso em 25 jul. 2018.

Não se pretende, aqui, defender que a exclusão ou desindexação dessas informações seja feita de maneira indistinta e discricionária pelo poder público. Ao contrário, busca-se demonstrar que é possível coexistência harmônica de um direito ao esquecimento realmente eficaz e do direito à liberdade de imprensa e de informação no mesmo ordenamento jurídico.

Deve-se olhar não apenas para o direito da sociedade à memória, à informação e à expressão, mas também aos direitos individuais, de cada ser humano, que se chocam com esses direitos coletivos e assim sopesar, em cada caso, o que se está, de fato, buscando proteger. Afinal, a memória é uma reconstrução do passado de forma contínua, mas que nem sempre consegue ser recuperada em toda sua integridade.⁷⁸

Convém lembrar que, muitas vezes, o processo de lembrar não é imparcial e exato, envolvendo uma certa seleção de que informações serão recordadas de acordo com os critérios e necessidades dos dias atuais. Em vez de reproduzir informações, acaba-se por produzi-las⁷⁹, adaptando-as ao presente. Assim, uma memória infalível nos expõe aos desafios de filtrar, selecionar e interpretar fatos pretéritos⁸⁰, desafios dos quais somos protegidos com a simples aceitação de que esquecer é um processo natural e necessário.

Halbwachs, em sua obra denominada “A Memória Coletiva”, defende exatamente essa falta de objetividade no fenômeno da recordação, afirmando que o ato de lembrar está diretamente ao contexto social que produziu a memória e, por isso, deve sempre ser levado em consideração ao se analisar um fato passado:

A história é a compilação dos fatos que ocuparam maior lugar na memória dos homens. No entanto, lidos nos livros, ensinados e aprendidos nas escolas, os acontecimentos passados são selecionados, comparados e classificados segundo necessidades ou regras que não se impunham aos círculos dos homens que por muito tempo foram seu repositório vivo. Em geral a história só começa no ponto em que termina a tradição, momento em que se apaga ou se decompõe a memória social.⁸¹

Na reconstrução do passado, nada há de natural: embora a ideia não agrade, esquecer é orgânico, faz parte da natureza humana e não se trata apenas de um

⁷⁸ CANDAU, Joel. **Memória e Identidade**. São Paulo: Contexto, 2014, p. 133.

⁷⁹ PÉQUIGNOT, Bruno. Collective memory and the production of the new. **International Social Science Journal**, [s.l.], v. 62, n. 203-204, p.79-87, mar. 2011.

⁸⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

⁸¹ HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. Tradução de Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Ed. Centauro, 2013, p. 100.

comportamento individual, mas que também coletivo⁸². Escolhendo deixar certos fatos no passado, aceita-se que o ser humano evolui e tem a capacidade de aprender com seus erros pretéritos e ajustar seu comportamento.⁸³

Bucar afirma que “a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida”⁸⁴. Assim, impor ao indivíduo que suas escolhas ao longo da vida não se modifiquem, impondo-lhe consequências negativas por um prazo indefinido, é aprisioná-lo ao seu próprio passado, impedindo-o de mudar e crescer.

Rodrigues e Oliveira citando Merzeu alertam para a nova necessidade de esquecimento da comunidade digital que “após saudar o acesso a uma memória enfim integral, a sociedade conectada começa, de fato, a temer os seus excessos e a reclamar aos técnicos e aos juristas a instauração de um direito ao esquecimento”.⁸⁵

Enquanto sociedade, é preciso escolher o que vale a pena ser lembrado, de modo a se reconhecer que nem tudo precisa ser recordado para sempre. A memória tornou-se uma obsessão cultural⁸⁶ pela preservação de todos os dados, a todo tempo, deturpando o sentido da memória em si.

Nessa perspectiva cabe mencionar a doutrina constitucionalista que diferencia o interesse público do interesse do público⁸⁷:

Decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade

Com efeito, lembrar o passado para não repetir erros pretéritos é uma das finalidades da memória, e por esse motivo estudamos até hoje, por exemplo, o período da

⁸² ARAÚJO, Maria Paula Nascimento; SANTOS, Myrian Sepúlveda Dos. História, memória e esquecimento: Implicações políticas. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/728>> Acesso em: 29 out. 2018.

⁸³ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

⁸⁴ BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Disponível em civilistica.com. Ano 2. Nº. 3. 2013/1. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucarcivilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em 04 set. 2018.

⁸⁵ MERZEAU, L. **Faire mémoire des traces numériques**. Ina EXPERT. Disponível em <<https://www.ina-expert.com/e-dossier-de-l-audiovisuel-sciences-humaines-et-sociales-et-patrimoine-numerique/faire-memoire-des-traces-numeriques.html>>. *apud* RODRIGUES, Georgete Medleg; OLIVEIRA, Eliane Braga de. **Memória e esquecimento no mundo virtual: os mesmos fios tecendo uma nova trama?** Liinc em revista, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 91 - 105, maio 2015.

⁸⁶ HUYSSSEN, A. **Seduzidos pela memória**. Tradução: Sérgio Alcides. 2. ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos individuais - anotações. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), São Paulo, v. 5, n.18, p. 388, 1997

ditadura militar no Brasil. Há nesta hipótese claro interesse público e uma função valiosa à coletividade. Por outro lado, de que serve a sociedade recordar, por exemplo, crimes bárbaros ocorridos num passado distante, ou até mesmo informações constrangedoras e desabonadoras de um indivíduo?

Os critérios da nulidade e atualidade relacionam-se, portanto, diretamente com o interesse público na divulgação da informação e com a relevância, para a sociedade, do acesso a certos dados. O direito de informar só deve prevalecer se a rememoração do fato pretérito for útil e relevante à sociedade e à preservação dos direitos da personalidade dos sujeitos envolvidos.⁸⁸

Ocorre muitas vezes que, a pretexto de informar, certos meios de comunicação exploram economicamente determinado fato ocorrido há muito tempo, supondo que estarão sempre resguardados pela proteção constitucional da liberdade de expressão, como se esta fosse uma garantia absoluta, ignorando os direitos a privacidade, imagem e honra de terceiros.

Não há como se falar em liberdade de informação na era digital sem se falar nos sites de busca, que são os grandes responsáveis por efetivar o acesso a dados – independentemente de quão antigos ou desatualizado eles sejam. Assim, é essencial debruçar-se sobre estes mecanismos de busca.

3.3 Os provedores de busca e a efetivação do direito e ser esquecido na internet

Os motores de busca, também denominados como ferramentas ou motores de pesquisa⁸⁹, são sites voltados à procura de informações de acordo com os termos inseridos utilizados, percorrendo a rede mundial de computadores e reunindo os resultados em listas oferecidas de modo organizado ao usuário do serviço.

Por isso, nesse tópico, será explicado de modo simplificado seu funcionamento bem como a importância de sua responsabilização a fim de garantir o direito de ser esquecido na internet.

⁸⁸ COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

⁸⁹ GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima. **O direito ao esquecimento na internet: possibilidades e desafios para a sua efetividade frente aos motores de busca**. 2017. 125 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Cap. 1.

3.2.1 O funcionamento e a importância dos motores de busca

Uma vez reconhecida a existência de um direito ao esquecimento na era da internet, surgem diversos questionamentos acerca dos aspectos práticos de sua aplicação. Um dos mais relevantes é a identificação de a quem cabe a responsabilidade de retirar o conteúdo danoso.

Considerando que a regulamentação e a tutela jurisdicional na rede mundial de computadores são um trabalho árduo e difícil de ser realizado com perfeição, é possível traçar ao menos alguns pontos para a efetivação do direito.

Os motores de busca representam grande avanço para a rede mundial de computadores, uma vez que com a alta velocidade de respostas ao usuário, de uma maneira jamais vista antes, facilita o acesso a informações e organiza, de certo modo, a enorme variedade de sítios eletrônicos que venham a possuir conteúdo relacionado à pesquisa. Dessa maneira, concretizam o direito do acesso à informação, na medida em que são a principal ferramenta através da qual os usuários podem obter conteúdo específico e adequado ao que buscam, em uma pequena quantidade de tempo.

Andrighi explica que atualmente a responsável pela maior integração virtual é a *world wide web*, rede mundial formada pela reunião de todos os servidores a ela conectados. Segundo a autora, os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados a esta rede ou, ainda, por meio dela. Nesse sentido, enumera as principais espécies de provedores:

- (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede;
- (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet;
- (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto;
- (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet;
e
- (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.⁹⁰

⁹⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet**. Vol. 78, n. 3, São Paulo: Rev. TST, 2012.

Os motores de busca, como o Google, estariam incluídos na categoria de provedores de conteúdo, e surgem como uma tentativa de tornar mais eficiente as possibilidades de navegação na *world wide web*, tendo em vista a imensa quantidade de conteúdo disponível na rede. Muitas vezes, o usuário não precisa nem mesmo abrir algum site específico para ter acesso a informação, bastando ler o pequeno resumo que aparece na própria página do provedor de buscas, logo abaixo do título de cada resultado.

A principal função dos provedores de busca é a indexação automática de informações publicadas na internet por terceiros, que são armazenadas temporariamente e depois disponibilizadas no navegador em uma lista de links, de acordo com a ordem de preferência escolhida. As companhias responsáveis pelos sites de busca não são claras quanto às ferramentas utilizadas para classificar os resultados encontrados, mas o que se observa, na prática, é que os próprios buscadores online acabam por selecionar, por meio de algoritmos, o que seria mais relevante na pesquisa feita pelo usuário⁹¹.

Cendón afirma que os principais critérios utilizados pelos algoritmos dos motores de busca são a localização e a frequência das palavras em uma página. Assim, se o termo utilizado na pesquisa aparece em títulos, cabeçalhos ou nos primeiros parágrafos de uma página ou, ainda, com maior frequência nesta que em outras, ela seria considerada mais relevante.⁹²

A fim de compreender melhor o funcionamento dos sites que se prestam a realizar buscas na web, tomaremos como exemplo o mais famoso deles, o Google. Segundo informações da própria empresa⁹³, seu sistema de buscas consiste em três etapas básicas. A primeira é o rastreamento, na qual o Google descobre que páginas existem na Web e adiciona-as a uma lista própria de páginas conhecidas. Isso pode ocorrer de três formas: o provedor já havia rastreado a página em algum momento, ou seguiu links dentro dela que levaram a outra página, ou, ainda, o proprietário de um site envia seu link para o Google, a fim de que ele a rastreie e ela possa participar da lista de páginas conhecidas.

A segunda etapa é chamada indexação, na qual o Google tenta fazer a identificação do conteúdo daquela página já rastreada. Assim, o provedor analisa o conteúdo,

⁹¹ GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima. **O direito ao esquecimento na internet: possibilidades e desafios para a sua efetividade frente aos motores de busca**. 2017. 125 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Cap. 3.

⁹² CENDÓN, Beatriz Valadares. **Ferramentas de busca na Web**. Ciência da Informação, Brasília, v. 30, n. 1, p. 39-49, jan-abr. 2001

⁹³ Informações encontradas na área de suporte do Google, explicando de maneira simplificada seu mecanismo de pesquisa. Disponível em: <<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>> Acesso em 20 out 2018.

cataloga arquivos, imagens e vídeos contidos na página e tenta definir sobre o que ela trata. Essa informação permanece num banco de dados conhecido como “índice do Google”.

O último passo é a veiculação e classificação dos resultados. Neste momento, o Google tenta encontrar as melhores respostas para a pesquisa realizada pelo usuário, utilizando para isso diversos fatores. A empresa não explica exatamente o que é levado em conta para caracterizar a resposta como mais adequada ou relevante, mas afirma considerar critérios como localização, idioma e até mesmo qual dispositivo utilizado (computador ou smartphone).

A empresa afirma ainda que seus algoritmos analisam outras centenas de fatores diferentes, como a data de criação dos conteúdos e o número de vezes que seus termos de pesquisa aparecem. A fim de averiguar se o conteúdo é confiável e informativo sobre o assunto, o Google procura sites que se destacam entre os usuários com consultas semelhantes, de modo que, se outras páginas importantes sobre o assunto também tiverem links para aquele site, isso será considerado um bom sinal de que a informação é de alta qualidade⁹⁴. Um dos algoritmos mais famosos é o Page Rank, utilizado para determinar o grau de relevância de uma página, e, segundo o diretor de pesquisa do Google Peter Norvig, foi este algoritmo que diferenciou o Google de outros mecanismos de procura⁹⁵.

Estabelecida a importância dos motores de busca na atualidade e explicado, de modo simplificado, o seu funcionamento, passa-se agora à análise da possibilidade de sua responsabilização a fim de garantir a proteção da personalidade no meio digital.

3.2.2 A responsabilização dos motores de busca

Considerando o funcionamento dos motores de busca, resta claro que há um tratamento de dados por eles. Não são meros agregadores de páginas da web, uma vez que possuem diversos algoritmos e critérios que ordenam os resultados e apresentam ao usuário de acordo com maior relevância atribuída por sistemas próprios, “assim, se o padrão de busca for por si só capaz de violar inúmeros direitos de personalidade, deveria tal provedor ser responsável por disponibilizá-lo.”⁹⁶

⁹⁴ Informação encontrada na página do site da empresa, na qual há a explicação simplificada do funcionamento dos algoritmos destinados a classificar páginas como úteis ou não pela empresa. Disponível em <<https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>> Acesso em: 10 out. 2018.

⁹⁵ RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. Tradução de Regina Célia Simille – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 1003.

⁹⁶ COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

Com efeito, Binicheski⁹⁷ defende que, embora o provedor de buscas não possa fiscalizar previamente o conteúdo dos resultados apresentados, com base apenas nas palavras-chaves adotadas, é possível atribuir a ele o dever de retirada de uma informação específica que leve à violação de direito subjetivo de terceiros, desde que haja conhecimento, pelo provedor, que a informação está lesando a esfera subjetiva do indivíduo, de modo que só deve haver responsabilização se houver omissão pelo provedor. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a desindexação poderia vir a atuar como uma via conciliatória⁹⁸ entre a proteção dos direitos da personalidade e a garantia da liberdade de imprensa, uma vez que as informações não serão apagadas, mas apenas desvinculadas de termos que, associados, ofendem a imagem, honra e privacidade de indivíduos.

Colaço e Menezes também defendem a responsabilização dos provedores de busca, uma vez que este detém tecnologia capaz de filtrar os resultados ofensivos⁹⁹:

Outrossim, seria possível responsabilizar o provedor de busca ou pesquisa pelos conteúdos ofensivos presentes nas indicações de busca, assim como condená-los a remover o padrão de busca os quais levem a resultados hábeis a degradar a personalidade do usuário, pois, embora não tendo a capacidade de filtrar todo conteúdo da rede, tais provedores são capazes tecnicamente de indisponibilizar os resultados com conteúdo ofensivo, já que seriam estes capazes de listar ordens de preferência.

Na prática, a garantia do esquecimento na internet pode se dar de várias maneiras, como, por exemplo, com a remoção das informações danosas seja porque estão fora de seu contexto original, seja porque estão desatualizadas a ponto de ofender a honra e a imagem do indivíduo. Entretanto, os aspectos técnicos dessa remoção definitiva são bem mais complexos, considerando a velocidade com que são feitos *uploads* de informações na rede bem como a imensa quantidade de sites que estão constantemente sendo criados. Tudo isso causaria pouca ou nenhuma efetividade à proteção da personalidade do indivíduo.

Ademais, a ofensa à liberdade de informação e expressão seria muito maior com a remoção definitiva de dados, simplesmente porque eles seriam, de fato, apagados permanentemente, restando inacessíveis para a coletividade.

⁹⁷ BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulação no direito brasileiro**. São Paulo: Juruá, 2011, p. 256.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

⁹⁹ COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

Sempre haverá dificuldades técnicas para qualquer tipo de tentativa de regulamentação da rede mundial de computadores, vez que a tecnologia está sempre avançando e a legislação não é capaz alcançá-la a tempo de coibir violações aos direitos e garantias individuais e coletivos. Entretanto, esta dificuldade técnica não pode servir como desculpa ao Estado de tentar dirimir, dentro das possibilidades jurídicas, os conflitos que se originam no ambiente digital, sob risco de tornar a internet, quase literalmente, uma terra sem lei.

A desindexação de links dos motores de busca que se refiram a informações desatualizadas ou descontextualizadas surge como a maneira mais eficaz de garantir o esquecimento no ambiente digital, uma vez que o efeito da informação prejudicial para o indivíduo “é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem caráter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Decisão nº C 131/12**. Spain SL Google e Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. 13 de maio de 2014. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014>>. Acesso em 17 de agosto de 2018.

4 ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL E A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Na jurisprudência pátria, o reconhecimento do direito ao esquecimento se manifestou em alguns casos emblemáticos. Dois deles envolveram o Programa Linha Direta, que reconstituíram crimes que chocaram a coletividade, mesmo após passados vários anos dos delitos.

Os dois primeiros casos aqui apresentados foram os de maior repercussão nacional a respeito do direito ao esquecimento, e, apesar de não tratarem da questão do problema na internet, fornecem importante embasamento para a discussão do tema, além de possibilitarem a análise das contradições e evoluções na jurisprudência pátria.

Em outra abordagem, as cortes superiores também analisaram o direito ao esquecimento no meio digital, desta vez sob o aspecto da desindexação de resultados em motores de busca, conforme será apresentado nos dois últimos tópicos.

4.1 Caso Chacina da Candelária

Na noite de 23 de julho de 1993, dezenas de pessoas em situação de rua, entre elas crianças e jovens, que dormiam próximo à Igreja da Candelária no Rio de Janeiro, foram brutalmente assassinadas a tiros. Investigações apontaram posteriormente que os autores seriam policiais.

Treze anos após o ocorrido, um dos acusados nas investigações foi procurado pelo programa Linha Direta, da Rede Globo de Televisão, para prestar uma entrevista acerca do caso. Ele recusou a entrevista, mas isto não impediu que o referido programa, que foi ao ar em junho de 2006, apontasse-o como envolvido no crime, ainda que absolvido.

Em ação de reparação por danos morais e à imagem contra a emissora de televisão, o autor sustentou que o programa havia reaberto feridas já superadas, associando sua imagem à chacina, ferindo sua honra e perturbando a sua paz e de sua família. O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o direito do autor, condenando a emissora a indenizá-lo.

O tribunal entendeu que, em que pese a veracidade das informações veiculadas, se os envolvidos que foram de fato condenados e cumpriram suas penas têm o direito ao sigilo

da folha de antecedentes, mais razão ainda assiste àqueles que foram inocentados, “conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos”.¹⁰¹

Assim, o direito ao esquecimento amadurece sua viabilidade, ainda que com certas limitações. No caso, o autor já havia sido absolvido por ausência de autoria, tornando ainda mais flagrante a ofensa a sua honra, imagem e privacidade com a veiculação do programa. A decisão defendeu que a liberdade de imprensa não pode ser absoluta e deve estar em harmonia com as proteções devidas à dignidade da pessoa humana:

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.** (Grifo no original).

Na realidade, seria possível a conciliação entre os direitos da personalidade do autor com a liberdade de imprensa do programa se tivessem sido preservados pelo menos o nome e a imagem do autor, uma vez que estes não são indispensáveis à plena transmissão do caso e à garantia de sua historicidade.

É interessante observar que neste julgamento foram rechaçados praticamente todos os argumentos contrários ao direito ao esquecimento, utilizando como embasamento diversos dispositivos constitucionais e legais, em que pese não haver uma legislação específica enumerando o que pode ou não ser veiculado pela mídia televisiva ou qual o decurso do tempo capaz de gerar o necessário esquecimento a determinado fato.

Dito isto, a escolha pelo direito ao esquecimento não se repete no caso dos irmãos de Aida Curi, nem no caso da apresentadora Xuxa Meneghel. No caso de Aída, o mesmo tribunal entendeu que não haveria dano moral à família da jovem assassinada com a exibição de suas fotos e reavivamento do fato ocorrido décadas antes, e da apresentadora Xuxa, sustentou-se que os provedores de busca não poderiam ser responsabilizados, apesar de serem os maiores difusores das notícias difamatórias.

4.2 Caso Aida Curi

O caso dos irmãos de Aida Curi envolveu o programa Linha Direta-Justiça, semelhante ao Linha Direta, ambos da Rede Globo de Televisão. Aida Curi, uma jovem

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 28/05/2013, DJe: 10/09/2013.

estudante, foi violentamente assassinada aos 18 anos de idade por dois outros jovens, auxiliados pelo porteiro do prédio de onde a vítima foi jogada, em julho de 1958.

O crime foi amplamente divulgado à época, tendo em vista a violência empregada pelos agressores. A vítima foi abusada sexualmente e depois jogada do topo do edifício Rio Nobre, no Rio de Janeiro, na tentativa de simular um suicídio.

O programa acerca do ocorrido foi exibido décadas após o crime, expondo fotos da vítima bem como divulgando seu real nome. Os irmãos de Aída pleitearam da Rede Globo indenização moral, alegando ter a matéria reaberto feridas do passado e trazido à tona a dor da perda de um familiar de maneira tão brutal, bem como danos materiais pela exploração comercial da imagem da irmã.¹⁰²

Entretanto, desta vez, o STJ entendeu não serem cabíveis as indenizações aos autores, pois neste caso específico a liberdade de imprensa deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem das pessoas envolvidas, uma vez que a matéria apresentava uma notícia de repercussão histórica e o uso da imagem foi feito de modo lícito.

O ministro relator Luis Felpe Salomão não negou a existência do direito ao esquecimento naquele caso, mas afirmou que isso não gera, por si só, o direito à indenização, pois sua violação ocuparia a seara da ilicitude apenas, faltando o cumprimento de mais dois requisitos: o dano gerado e o nexo causal, conectando-os. Ademais, sustentou que por ter sido o programa veiculado após cinquenta anos da morte da vítima, a dor experimentada pelos familiares não seria capaz de gerar a responsabilização civil da emissora.

Em sentido contrário, a divergência aberta pela Ministra Maria Isabel Galotti defendeu o dano moral vivenciado pelos irmãos de Aída Curi. A ministra destacou que o programa exibiu fotos do corpo da vítima e dos irmãos, sem qualquer autorização, contrariando até mesmo a recusa expressa por meio de notificação extrajudicial feita pelos autores.

O voto da ministra trouxe importante reflexão acerca da existência ou não de interesse público na exibição do programa, a ponto de se sobrepor ao direito ao esquecimento clamado pelos autores:

Penso que a circunstância de ser exibida a foto da vítima, morta, ensanguentada e abraçada com um dos autores, contra a vontade expressamente manifestada por esse autor, faz incidir a regra do art. 20, parte final, quando dispõe que, se for uma imagem destinada a fim comercial, ela não será exibida sem autorização. A foto real, ou as fotos, da falecida e de seus familiares, faz, na mente do público, o elo entre

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335153/ RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

essas imagens reais e todas as cenas que foram encenadas por atores. Essas fotos e a invocação dos nomes da vítima e de seus familiares trouxe à mente das pessoas que conviveram com Aída Curi, que a conheceram, a dor dos fatos que ocorreram no passado, e isso foi destinado a uma finalidade comercial, e não a uma finalidade histórica ou investigativa.¹⁰³

Os dois casos apresentados até agora, apesar de terem resultados diferentes, guardam a semelhança de serem demandas quanto a um réu específico e conhecido, qual seja, a emissora que veiculou o programa. Nestas situações, ainda que complexas pelo enfrentamento de garantias constitucionalmente protegidas, é mais simples por a decisão proferida em prática, uma vez que se sabe perfeitamente quem veiculou o conteúdo degradante.

Já nos dois casos tratados a seguir, o veículo de divulgação das informações desabonadoras é a internet, o que muda de maneira substancial a aplicação do direito de ser esquecido.

4.3 Caso Xuxa versus Google

Em nova perspectiva, caso que também se tornou relevante na discussão acerca do direito ao esquecimento no Brasil foi aquele entre a apresentadora Xuxa e a empresa Google. A novidade, aqui, se dá pela maneira através da qual as informações foram veiculadas. Surge mais uma variante na difícil aplicação do direito de ser esquecido: a internet.

A ação foi ajuizada por Maria da Graça Xuxa Meneghel em face da Google Brasil Internet LTDA, com o pedido de que a ré retirasse de seu provedor de buscas os resultados relativos à expressão 'xuxa pedófila' “ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer”¹⁰⁴

No julgamento deste caso, em um primeiro momento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu o direito da autora. Entretanto, o Google recorreu ao STJ, que reformou a decisão, derrubando a liminar concedida pelo TJ/RJ. A autora ajuizou reclamação constitucional junto ao STF, mas este negou provimento à reclamação da autora, de modo que se manteve o que foi decidido pelo STJ.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335153/ RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

Ainda que a decisão proferida pelo STJ tenha sido desfavorável à autora, estabeleceu importantes critérios e definições acerca do tema. Dentre estes, é oportuno destacar o reconhecimento de que o serviço oferecido pelo servidor de buscas caracteriza relação de consumo, pois ainda que gratuito ao usuário, é possível auferir lucros indiretamente pelo fornecedor.

O voto vencedor, da Ministra Nancy Andrighi, esclarece porque, não obstante a relação de consumo existente, a ré não poderia ser responsabilizada civilmente ou sequer obrigada a excluir o conteúdo solicitado:

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.¹⁰⁵

A corte defendeu, em síntese, que a demandante deveria identificar a página da *web* que estaria propagando o conteúdo ilícito ou ofensivo, e demandá-la diretamente, vez que a ré é apenas uma provedora de buscas, que tão somente reúne resultados relacionados aos termos buscados, não tendo ingerência sobre o que as páginas publicam ou não.

Assim, a responsabilidade dos provedores de busca deveria ficar limitada à natureza das atividades desenvolvidas por eles, que seriam a provedoria de pesquisa. Estariam garantidos, portanto, apenas a inviolabilidade dos dados cadastrais dos usuários, de suas buscas, e o bom funcionamento do sistema.

Foi considerado inviável definirem-se critérios capazes de autorizar o descarte de determinada página, diante da subjetividade do dano psicológico causado pela exibição de resultados inconvenientes. Também foi alegada a pouca efetividade que a medida traria à autora, devido à ação de *hackers* e de usuários em geral, que tentariam burlar a determinação judicial, utilizando termos de pesquisa semelhantes ou equivalentes.

A principal crítica a decisão se dá em relação a solução proposta de listar e demandar separadamente cada URL, o que seria impraticável, pois as páginas da *web* aparecem e somem em uma velocidade muito maior que o curso de um processo judicial.

Conforme explicado no subtópico 3.3, os provedores de busca são parte fundamental na difusão da informação, uma vez que organizam os melhores resultados e exibem-nos em uma ordem de relevância ao usuário. São eles os principais responsáveis na ofensa à imagem da pessoa noticiada, então devem também ocupar o polo passivo das ações

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

judiciais. Assim, em outros termos, o processo sem a responsabilização dos motores de busca seria inútil à efetivação do direito ao esquecimento.

4.4. Caso D.P.N¹⁰⁶ x Google

O STJ voltou a enfrentar a questão do direito ao esquecimento digital em junho de 2018, dessa vez proferindo decisão diametralmente oposta àquela emitida no caso da apresentadora Xuxa. A ação foi proposta pela promotora de justiça D.P.N, do Rio de Janeiro, cujo nome era automaticamente associado, nos provedores de pesquisa, ao tema “fraude em concurso para juiz”¹⁰⁷.

A promovente requereu, na peça inicial, a desindexação de seu nome nos resultados de pesquisas realizadas nas aplicações de busca mantidas pelo Google Brasil Internet Ltda, Yahoo! do Brasil Internet Ltda e Microsoft Informática Ltda de notícias relacionadas ao XLI Concurso de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. A autora alegou que tais conteúdos estariam causando danos a sua dignidade e privacidade.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente a causa por concluir que os provedores de busca não poderiam ser responsabilizados pelas notícias encontradas. A autora interpôs apelação e o TJ/RJ deu provimento ao recurso julgando a favor da recorrente, entendendo que haveria prevalência do direito à imagem, à personalidade e ao esquecimento no caso em discussão, a fim de evitar a livre circulação de fatos passados e danosos à autora por tempo imoderado.

Os réus interpuseram recurso especial, levando o Superior Tribunal de Justiça a analisar novamente a problemática do direito ao esquecimento na era digital, traduzido no direito à desindexação e à responsabilização dos motores de busca.

O voto vencido da ministra relatora Nancy Andriighi reconhece que há, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao esquecimento. Entretanto, para a ministra, não seria o caso de obrigar os provedores de busca a desindexar as informações solicitadas, uma vez que “os resultados apresentados pelos buscadores nada mais são que outros sites ou recursos da internet, que ali se encontram de forma pública, isto é, independentemente do provedor de busca”. Assim, defendeu que a obrigação de retirar o conteúdo danoso deveria recair sobre sites que, de fato, publicaram a informação.

¹⁰⁶ A não identificação do nome da autora é proposital, para proteção de sua imagem e privacidade.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

A ministra destacou ainda a inexistência de uma legislação no país que tratasse da proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros, o que distinguiria a situação analisada do caso Mario Gonzalez *versus* Google Spain, já que, na experiência europeia, foi reconhecido o direito à desindexação, baseado na previsão legal da Diretiva 95/46/CE.

O voto vencedor, entretanto, reconhece direito ao pleito da autora, numa verdadeira virada jurisprudencial da corte. Inicialmente, o ministro Marco Aurélio Bellizze explica que, em que pese a diferenciação da legislação europeia e brasileira, o arcabouço jurídico-normativo pátrio é suficiente para reconhecer e proteger o direito à desindexação de dados requerido pela promotora.

O sistema jurídico brasileiro tutelaria, assim, a proteção dos dados através do habeas data, previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal e na Lei nº 9.507/1997, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Marco Civil da Internet. Além disso, deve-se atentar para o fato de que a própria Diretiva 95/46/CE não trata especificamente sobre a proteção de dados no ambiente digital, e foi até mesmo criada antes do próprio Google. Desse modo, a legislação brasileira não seria tão diferente daquela aplicada pela corte europeia.

Não se buscou impor aos provedores de busca o ônus de retirar o conteúdo danoso publicado por terceiros, ou atribuir-lhes a função de um “censor digital”, mas apenas retirar da sua lista de resultados links que associariam o nome da autora de informações ultrapassadas. O veredito foi no sentido de não afastar do judiciário a apreciação de um caso em que há ofensa clara a um direito fundamental, e para o qual há larga fundamentação constitucional e legal.

A praticidade e velocidade na entrega de informações pelos provedores de busca implicam em necessária análise e tratamento dos dados. A essência do serviço de pesquisa é “o rastreamento e a indexação de trilhões de páginas disponíveis na web, possibilitando a localização e organização, segundo critérios internos de classificação e relevância das páginas já indexadas e organizadas em sua base de dados (sistema PageRank)”¹⁰⁸.

Portanto, independentemente de qual critério utilizado para apresentação dos dados encontrados, o que ocorre de fato é um “ranqueamento” dos resultados das pesquisas, que variam em cada site de acordo com os algoritmos utilizados. Logo, não se sustenta a afirmação de os provedores fazem mera reunião de resultados, uma vez que estes sites prestam verdadeiro serviço ao apresentar as informações que consideram mais importantes.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

Não há por si só problema com os critérios utilizados para a ordem de exibição dos resultados. Na realidade, é muito importante para o usuário que haja uma lógica de organização e otimização do acesso a informação buscada, tendo em vista o vasto número de sites na rede mundial de computadores. Entretanto, é justamente por conta dessa relevância dos provedores de busca na difusão de informações que, ao associar um conteúdo danoso, ainda que verdadeiro, mas desatualizado ou fora de contexto, ao nome de uma pessoa, ofende-se sua honra, imagem e privacidade.

Além disso, a informação não será de fato excluída, mas apenas deixará de ser associada ao nome da promovente. Na prática, se for procurado o mesmo assunto com a utilização de outros termos, será plenamente possível o acesso às notícias sobre o certame, as fraudes e as investigações. Não se está, portanto, restringindo o acesso do público em geral sobre o ocorrido, mas apenas dissociando a imagem da autora de fatos passados e desabonadores, até mesmo porque sua identificação não é essencial para narrar o ocorrido.

No caso em comento, utilizando como termo de busca unicamente o nome da autora, sem nenhuma informação adicional, os primeiros resultados que apareciam se referiam à fraude no concurso público realizado há dez anos atrás. A autora já havia sido absolvida do processo criminal e, se houvesse sido condenada, já havia decorrido tempo suficiente para cumprir a pena do crime.

É clara a ofensa aos direitos fundamentais da promovente: se quem é condenado e cumpre a pena tem direito ao esquecimento e à ressocialização,¹⁰⁹ mais direito ainda assiste àquela que não foi sequer condenada, mas continua tendo sua imagem associada a resultados ofensivos e desatualizados.

A manutenção desses resultados acabaria por gerar uma retroalimentação do sistema, na medida em que ao ser realizada a busca pelo nome da autora, o usuário encontraria a notícia logo no topo da lista de resultados e, clicando no link, reforçaria a relevância daquela página.

Assim, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário a fim de afastar dos provedores de busca a função de censor digital, em situações muito específicas nas quais o

¹⁰⁹ O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou várias vezes no sentido de garantir o direito ao esquecimento aos condenados que já cumpriram sua pena: HC 256.210/SP, Sexta Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013; REsp 1335153/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013; e REsp 1334097/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013. Nestes julgamentos, o direito ao esquecimento foi definido como “direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”.

nome do indivíduo permanece vinculado a um resultado que já deveria ter sido superado pelo decurso do tempo¹¹⁰:

Essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.

O caminho escolhido pelo STJ se manifesta em uma verdadeira conciliação do direito à informação e do direito ao esquecimento, já que as notícias não serão apagadas de fato, permanecendo nos sites para quem desejar ter acesso a elas, desde que utilizados outros termos de pesquisa e, ao mesmo tempo protege a privacidade, honra e imagem da promovente que não terá mais seu nome vinculado às notícias desatualizadas.

A corte assentou a sua escolha na desindexação de dados com base na decisão proferida na corte europeia no caso Mario Costeja González versus Google Spain, sustentando que, em termos técnicos, se lá foi possível o cumprimento da decisão, aqui também poderia ser posta em prática. Portanto, conclui-se que os provedores de busca possuem aparato tecnológico suficiente para remoção de links que ofendem a parte autora.

Assim, o judiciário brasileiro finalmente reconhece a existência de um direito ao esquecimento no meio digital, em consonância com as tendências mundiais de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A decisão é um marco na defesa dos direitos da personalidade, uma vez que os provedores de busca são fontes primordiais na difusão de informações. Apenas a responsabilização deste tipo de aplicações pode prestar maior efetividade a um direito de ser esquecido.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento de constitucionalização do direito civil tem trazido o debate, para aquele ramo tradicionalmente identificado como de direito público, de assuntos antes concernentes apenas à esfera privada. De forma ainda mais intensa, isso ocorre quando direitos individuais se chocam com garantias coletivas.

De maneira simplificada, definiu-se o direito ao esquecimento como a faculdade de um indivíduo exigir que determinadas informações relativas a seu passado não sejam mais divulgadas, pois se tornariam desatualizadas com o decurso do tempo, causando ofensa a sua honra, imagem e privacidade.

Considerando o rol aberto de direitos da personalidade, reconheceu-se que o direito ao esquecimento pode ser classificado como tal, uma vez que diz respeito a valores inerentes à condição humana e visa tutelar a honra, a privacidade e a imagem do indivíduo. Tal entendimento encontra apoio ainda no enunciado nº 531 da V Jornada de Direito Civil, ao estabelecer que o direito ao esquecimento faz parte da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação.

Sendo um direito da personalidade, o esquecimento adquire, portanto, proteção constitucional enquanto um direito fundamental. Ademais, em que pese não haver dispositivo legal prevendo expressamente um direito ao esquecimento, ele encontra abrigo em diversas disposições legislativas no âmbito civil e penal, destacando-se ainda a importância do Marco Civil da Internet na proteção de direitos do usuário da rede mundial de computadores.

Um dos maiores desafios à aceitação do direito ao esquecimento é o conflito com outra garantia constitucional, a liberdade de expressão. Entretanto, esta não é absoluta e nem sempre será protegida em detrimento de outras garantias, sejam elas individuais ou coletivas. Ademais, o reconhecimento da mera existência e viabilidade de um direito ao esquecimento, em âmbito nacional, não significa que ele será sempre ser privilegiado.

Outro empecilho a um maior reconhecimento do direito de ser esquecido é o grande apego ao passado, de modo que o esquecimento deixa de ser natural e orgânico e passa a ser visto quase como um acidente. Escolhendo-se lembrar tudo e não deixar nada no passado, a pretexto de estarmos protegendo a história e memória coletiva, cria-se uma verdadeira fixação por fatos e informações que não são mais relevantes ou construtivos à sociedade.

Utilizando a técnica de sopesamento proposta por Robert Alexy, devem sempre ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, a fim de averiguar qual princípio deve

prevalecer. No caso específico do direito ao esquecimento, é importante ainda sempre verificar a atualidade e relevância da informação, bem como a essencialidade da identificação do indivíduo para a divulgação de dos acontecimentos.

Notadamente no que se refere à internet, percebe-se que a proteção dos dados pessoais se torna ainda mais difícil, e que a crescente velocidade e facilidade na transmissão da informação tem colocado em maior risco a privacidade dos usuários.

Considerando a importância dos motores de busca na atualidade, sendo eles os grandes responsáveis pela difusão da informação, tem-se que a concretização do direito ao esquecimento passa, necessariamente, pela responsabilização destes sites. Não só porque demandar de cada página individualmente a retirada do conteúdo ofensivo é ineficaz e impraticável, mas também porque, deste modo, a ofensa à liberdade de expressão é bem menor, uma vez que a informação não será excluída de fato, mas apenas desvinculada, nos resultados da pesquisa, do nome da pessoa.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de julgar alguns casos relativos ao direito ao esquecimento, e, no mais recente deles, reconheceu o direito à desindexação como a via adequada a proteger os direitos da personalidade do indivíduo, ainda que isto importasse, em certa medida, a mitigação da liberdade de expressão.

Apesar das diversas dificuldades para a aplicação do direito ao esquecimento na internet, observa-se que há fundamento constitucional e legal a fim de justificar esta garantia. E, apesar dos aparentes obstáculos técnicos, é possível a concretização deste direito através da desindexação de dados, considerando especialmente o caso do Google Spain, no qual o provedor de busca mostrou possível dissociar o nome do autor dos resultados desabonadores e desatualizados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006, 2. ed. 4 tiragem. Malheiros, 2015.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet**. Vol. 78, no 3, São Paulo: Rev. TST, 2012.

ARAÚJO, Maria Paula Nascimento; SANTOS, Myrian Sepúlveda Dos. História, memória e esquecimento: Implicações políticas. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/728>> Acesso em: 29 out. 2018.

AUSLOOS, Jef, **The ‘Right to be Forgotten – Worth remembering?** Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology and Practice, April 2012, Vol. 28(2), p.143-152.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004, p. 08.

BENTIVOGLIO, Júlio. Os pontos cegos da história: a produção e o direito ao esquecimento no Brasil. Breves notas para uma discussão. **Revista Opsiis**, v. 14, n. 2, Catalão, jul-dez. 2014, Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/Opsiis/article/view/30129#.W-BAppPMPIU>> Acesso em 25 jul. 2018.

BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulação no direito brasileiro**. São Paulo: Juruá, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 08 ago. 2018

BRASIL Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2003. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Lei 10406, de janeiro de 2003. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 28/05/2013, DJe: 10/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma,

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335153/ RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.109 – DF. Rel. Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 12/06/2012, DJe 12/03/2013.

BUCCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Disponível em civilistica.com. Ano 2. Nº. 3. 2013/1. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucarcivilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em 04 set. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CANDAU, Joel. **Memória e Identidade**. São Paulo: Contexto, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CENDÓN, Beatriz Valadares. **Ferramentas de busca na Web**. Ciência da Informação, Brasília, v. 30, n. 1, p. 39-49, jan-abr. 2001.

COLAÇO, Hian; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 1, p. 1-27, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 1 Teoria Geral do Direito Civil. 24 ed. São Paulo, Saraiva: 2007.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Decisão nº C 131/12**. Spain SL Google e Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. 13 de maio de 2014. Disponível em <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014>>. Acesso em 17 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21 ed. - Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOOGLE. **Como funcionam os algoritmos da Pesquisa**. Disponível em: <<https://www.google.com/search/howsearchworks/algorithms/>> Acesso em 10 out. 2018.

GOOGLE. **Como a Pesquisa Google funciona**. Disponível em: <<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=pt-BR>> Acesso em 20 out 2018.

GOOGLE. **Relatório de remoções da pesquisa em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade**. Disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em 11 set. 2018.

GUIMARÃES, Luzélia Falcão Rocha Lima. **O direito ao esquecimento na internet: possibilidades e desafios para a sua efetividade frente aos motores de busca**. 2017. 125 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. Tradução de Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Ed. Centauro, 2013.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUYSSSEN, A. **Seduzidos pela memória**. Tradução: Sérgio Alcides. 2. ed. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.

KESSEL, Zilda. **Memória e Memória coletiva**. Disponível em <<http://www.museudapessoa.net/public/editor/mem%C3%B3riaemem%C3%B3riacoletiva.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. New Jersey: Princeton University, 2009.

MEDEIROS, Francis Augusto, BYGRAVE, Lee A. **Brazil's Marco Civil da Internet: Does it live up to the hype?**. Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology, Law and Practice. 2015 Vol 31, p.126.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos individuais - anotações. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), São Paulo, v. 5, n.18, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 10 de ago. 2018.

PÉQUIGNOT, Bruno. Collective memory and the production of the new. **International Social Science Journal**, [s.l.], v. 62, n. 203-204, p.79-87, mar. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. 1.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A Regulamentação do Direito ao Esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Provedores. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 132, p.45-61, maio de 2015. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/issue/view/v.%2042%2C%20n.%20137%20%282015%29>>. Acesso em: 05 set. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A colisão entre direitos fundamentais**. In: CONGRESSO NACIONAL/ PUC MINAS, 16., 2007, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3445 - 3465. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/_integra_bh.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

RODRIGUES, Georgete Medleg; OLIVEIRA, Eliane Braga de. **Memória e esquecimento no mundo virtual: os mesmos fios tecendo uma nova trama?** Liinc em revista, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 91 - 105, maio 2015

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. Tradução de Regina Célia Simille – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. **Personas y Derechos de La Personalidade**. Madrid: Colección Jurídica General, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018

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

SCHWABE, Jürgen (Coletânea Original). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Montivideu: Konrad-AdenauerStiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo vol. 30, n. 86, p. 369-385, abril de 2016. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093>>. Acesso em: 07 set. 2018.