

INTRODUÇÃO

Hoje em dia nos deparamos com o avanço tecnológico generalizado que vem crescendo nas últimas décadas em nossas vidas. A complexidade na comunicação, juntamente sua capacidade de armazenar dados, velocidade em pesquisas e divulgação de informações inegáveis evoluções nesta sociedade da informação.

Com as inúmeras vantagens postas pela internet, com a mínima distração tudo é divulgado na grande expansão da rede e não se apaga. Pois uma vez online, sempre online. Deixando o indivíduo em situações que podem ser prejudiciais a sua imagem, situação que por acaso já esquecida, não apresentando mais interesse público na divulgação de informações, que em razão da sua não tem mais utilidade e atualidade.

De fato, o direito ao esquecimento é sistema de proteção, um bloqueio, que condiciona a recordação da informação em função de um efetivo interesse público em sua divulgação, por meio de sua utilidade e atualidade, se tratando em preservar a pessoa e sua memória individual que em regra se trata de um novo direito a personalidade inseparável da condição humana.

O tema é totalmente profundo e rígido, com a sua aplicação prática e de repercussões drásticas na sociedade na forma de lidar com passado, dados históricos, costume e imergente na construção do presente. Levando a sociedade livre e composta de acesso à informação, mas não se transformando em um mecanismo de tirania às individualidades, em importância a memória individual.

Buscando analisar o surgimento de um novo direito à personalidade, demonstrando sua autonomia, para surgir critérios que ajudem na sua harmonização entre o necessário acesso a informação, sem a violação da memória individual, sanado assim um verdadeiro vácuo doutrinário sobre o tema no Brasil. Pelo motivo em virtude da completa falta literária jurídica nacional, pela qual está monografia é fundamental para os novos tempos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Com os grandes avanços tecnológicos, nas últimas 5 décadas, hoje há uma enorme facilidade de comunicação, com a adição constante de computadores pessoais à população e ainda mais a consagração de dispositivos eletrônicos de última geração cada vez menores e com maior capacidade de armazenamento e procedimento de imagens e vídeos em tempo real, auxiliando a comunicação e viabilizando pesquisas, de caráter científico ou para o mero divertimento pessoal.

Ocorre que das vantagens e desvantagens da facilitação da informação e de seu amplo acesso por qualquer pessoa, a grande rede também acarreta a enorme exposição dos indivíduos, possibilitando que situações passadas e já consolidadas no mundo real, possam ser rememoradas atingindo assim, conseqüentemente os personagens envolvidos nesses eventos passados.

Como já dizia Cazuzu: “Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades. O tempo não para.”¹

Sendo assim os grandes avanços com relação à velocidade, tempo, armazenamento e acesso, questões como segurança e proteção individual não caminham no mesmo sentido, podemos ver que nos dias de hoje ao menos não. Sempre ouvimos dizer sobre roubo ou dados vazados de caráter pessoal, sem qualquer tipo de controle satisfatório.

Eis que surge o conforto entre direitos fundamentais colocados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): o direito à liberdade de expressão e informação.

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.²

Em contraposição ao direito ao esquecimento, que busca a proteção da memória individual como um dos aspectos mais íntimo do ser humano, buscando como o direito a

¹ CAZUZA. **O Tempo não Para**. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/cazuza/45005/>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

personalidade que busca o seu fundamento e sua existência diretamente na clausula geral da dignidade da pessoa humana, como referência na constituição federal de 1988:

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

(...)

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.³

No capítulo 1 do presente trabalho monográfico, será examinado a evolução e valorização da ideia de dignidade da pessoa humana, valor no qual preenche para todos os efeitos, todo o ordenamento constitucional. Pois passamos a analisar as características fundamentais do indivíduo, conceituando os direitos da personalidade, como estudo de seu fundamento, suas características e direitos já reconhecidos.

A sociedade vem constantemente sofrendo profundas modificações nas últimas 5 décadas, convivendo ainda mais com os recursos da tecnologia da informação, fazendo com que o Direito tenha que se adaptar às novas formas de violação dos direitos da personalidade, sendo exigido novos padrões de preservação e proteção, conforme a LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012 do Código penal:

“Invasão de dispositivo informático”

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.⁴

Trazendo à tona os grandes prejuízos que a informação pode causar ao indivíduo, como vem drasticamente e frequentemente através de dispositivos eletrônicos ou outros meios, sendo violado seu íntimo, ou privando sua moral e personalidade, nascendo assim a individualização de um novo direito a personalidade.

Não só informações e dados prejudiciais, mas também aqueles que vão perdendo em seu lapso temporal a função e falta de utilidade e atualidade de uma informação. Exemplo claro temos criminosos que já cumpriram suas penas e artistas que optaram pelo esquecimento ou mesmo o direito de ser deixado em paz, deve se buscar e associar em tais normas o âmbito

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

⁴ BRASIL. **Lei Nº 12.737 de 30 de novembro de 2012 - do Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2016

de passar ao coletivo a publicidade de informações que venham a atrair notoriamente o interesse público, mas que ferem a individualidade, vida privada, dados íntimos e as informações que já tenham deixado de atrair notoriedade conforme palavras do magistrado Gilmar Mendes:

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.⁵

Assim podemos demonstrar a existência de um campo de proteção da memória individual e do direito à personalidade hoje reconhecidas pelo Direito Brasileiro: nome, imagem, honra e privacidade, demonstrando-se que o bem jurídico tutelado pelo direito ao esquecimento é diverso e merece sua autonomia.

Já no capítulo 2. Trataremos sobre a acumulação de lembranças e como se comporta o ser humano juntamente o ato de rememoração. Também será verificado a memória humana na sua capacidade limitada de retenção de dados ao interesse que se dá a informação, seja ela por meio de seletividade no foco. No entanto, a internet, ignorando a limitação humana, sendo hoje a natureza artificial hoje mais eficaz, predominante e dominante que a natureza natural, pois uma vez online sempre online.

Por fim, o capítulo 3 da obra demonstrará que, embora não se fale diretamente em direito ao esquecimento, toda e qualquer questão que limite a informação em razão do decurso de tempo é uma forma de sua manifestação. A legislação criminal será analisada de forma mais detida, em função da influência que teve no fortalecimento da ideia de esquecimento, por meio, principalmente, da reabilitação. Apesar disto, se comprovará a existência do direito ao esquecimento, que não se restringe um campo criminal semeado.

Levando o estudo a abordar outras questões que tangenciam o direito ao esquecimento e que não podem ser deixados de evidenciar, tais como a criação de agências reguladoras objetivando conferir maior segurança e agilidade à retirada de informações pretéritas e lesivas, a discussão acerca da responsabilidade civil e empresas pesquisadoras de busca, bem como analisar o projeto de reforma da Diretiva 95/46/CE, que prevê o direito ao esquecimento como reconhecido na ordem jurídica europeia.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

1 - CAPÍTULO 1 – DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 - CONCEITO

Iniciando este trabalho de conclusão de curso, trataremos do conceito primário que são os direitos a personalidade, que têm ligação direta com o conceito de ser humano, Immanuel Kant, filósofo e pensador, que dedicou importantes obras a respeito da ética, da moral e do homem cujo o mesmo dito, informa que os seres racionais são fins em si mesmo:

O homem, é de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.⁶

Em seu conceito de ética, Kant leva em consideração o tratamento digno ao próximo, reconhecendo sua individualidade e sua humanidade, que se encontra ligado em um modo íntimo, pois o homem nunca pode ser encarado como coisa, nem como meio, mas sim como fim.

Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto que possa ser utilizado simplesmente como meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa, de maneira absoluta, que para o mutilar, que para o danificar ou matar.⁷

Portanto, na lógica de Kant, quando uma coisa tem preço, ou pode ser trocada, alterada por outra equivalente, mas isso não ocorre com a sua dignidade, que acima de tudo não admite o mesmo valor de verdade sendo assim não podendo ser substituída.

A dignidade está no seu espírito, na natureza do homem! E de fato deve ser o fundamento de qualquer ordenamento jurídico.⁸

Apesar de serem confundidos e empregados como sinônimos, a doutrina diferencia com clareza, os direitos fundamentais, os direitos humanos, e os direitos da personalidade.

Nas Palavras de Ingo Sarlet, entende que as referidas expressões, informando a indicação direitos humanos como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, que absorvem a validade universal, para todos os povos e tempos, com clareza do caráter internacional. Já a expressão direito fundamental deve ser reservado aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional numa

⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed.71, 1960, p.68.

⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed.71, 1960, p.70.

⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed.71, 1960, p.77.

ordem jurídica, servindo como mecanismo de defesa em face do Estado.⁹ Por outro lado, os direitos da personalidade são uma forma de defesa do indivíduo, e estariam fundados no Direito Civil.

Para Santos Cifuentes, a diferença entre direitos fundamentais e direitos da personalidade não refere ao conteúdo ou aparência, mas está na norma positiva que regula a matéria, nos sujeitos que participam da relação e nas finalidades postas em consideração. Assim, os direitos personalíssimos pertenceriam “à ordem privada, pois estão reconhecidos e proclamados como uma espécie de direitos dotados de proteção civil”.¹⁰

No tocante aos direitos fundamentais ou humanos, Cifuentes considera que estes constituíram uma forma de “tutela pública, aspirando a pôr o indivíduo sob a proteção do ordenamento político aspirando a pôr o indivíduo sob a proteção contra outros homens”.¹¹

Esse tipo de comparação também é defendido por Bittar, que vê os direitos fundamentais como “objeto e de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado”¹² e os direitos da personalidade como “os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens”.¹³

Determinando a classificação do direito em razão do agente causador do dano, se o Estado ou o particular, não parece ser o melhor critério distintivo entre os institutos estudados. O mencionado critério não é fato que, por si só, indique claramente se no caso concreto se busca a proteção de um direito fundamental ou dos direitos da personalidade. Esta falha foi alertada por Rabindranath Capelo de Souza¹⁴, que partiu da análise do aproveitando do seu poder de império em determinada relação com o particular e que, nessas situações específicas, essas relações serão tuteladas pelos mecanismos disponíveis no campo civil.

O Jurista Gomes Canatillo, ele afirma que nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, o que seria exemplificado pelo direito de propriedade, que embora aproveita nitidamente de indiscutível caráter patrimonial, previsto pela Constituição Federal está na condição de direito fundamental, em seu art. 5º, *caput* e XXII.¹⁵

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista diálogo Jurídico. ano I. v.1. n. 1. abril de 2001. Salvador: Direito Público. p.10-11.

¹⁰ CIFUENTES, Santos. **Direitos personalíssimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995, p.225.

¹¹ CIFUENTES, Santos. **Direitos personalíssimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995, p.225.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p.22.

¹³ Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p.22.

¹⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.584.

¹⁵ CONATILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1992. p.372.

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

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;¹⁶

Podemos afirmar que a diferença exclusiva nas formalidades entre os direitos humanos e os direitos fundamentais tendem a diminuir na medida em que a ordem jurídica interna prevê e se aproxima da ordem jurídica internacional, sendo a diminuição dessas diferenças meramente formal, ao que parece, seu principal objetivo.

1.2 – CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Após estabelecer o significado e o conteúdo dos direitos da personalidade, bem como seus fundamentos, faz-se necessário passar à análise das características e atributos que os diferenciam dos demais direitos, evidenciando seu caráter de essencialidade.

Não cabe aqui um estudo que expressa muitos detalhes, de todos os atributos da personalidade, motivo pelo qual será feita a enumeração daquela maioria expressada na doutrina e na jurisprudência, no intuito de definir com maior precisão os direitos mais afetos ao ser humano.

Os principais atributos dos direitos da personalidade (traços que lhe dão forma e os diferenciam dos demais), são aqueles de caráter permanente, personalíssimo absoluto, irrenunciável, impenhorável e imprescritível, que nascem com o indivíduo.

Os Direitos da personalidade são inatos, já que são adquiridos no momento do nascimento do indivíduo, sendo inerentes à condição humana. Importante destacar que o CC prevê a proteção do nascituro desde a sua concepção, conforme o CC - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”¹⁷

Os direitos da personalidade nascem e o acompanham o ser humano basicamente por toda sua vida, o assegurando contra a interferência do Poder Público, ou até mesmo em face

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10731219/artigo-2-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.

de particulares. A proteção das características mais essenciais à pessoa humana, permanecerá até mesmo no dia de sua morte, assegurando assim sua memória:

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

(...)

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - Se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.¹⁸

Mas isto não significa que os direitos da personalidade não poderão ser estendidos ao morto. Nas sábias palavras de Silvio Beltrão:

A morte, contudo, não impede que os bens da personalidade física e moral do defunto possam influir no curso social e que perdurem no mundo das relações jurídicas e sejam como tais autonomamente protegidos. É o caso das partes destacadas do corpo, das disposições de última vontade, de sua identidade, da imagem, da honra, do seu bom nome, da sua vida privada, das suas obras e das demais objetivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito especial, imprimindo sua marca.

Temos a ideia que os direitos da personalidade são personalíssimos, pois consideramos a pessoa natural como referência, sendo construída a partir de uma concepção de que o ser humano é o centro do universo do direito. Entretanto admite-se a aplicação dos direitos da personalidade, desde que sejam compatíveis, às pessoas jurídicas, tais como a proteção do direito ao nome, à marca, símbolos e à honra, ao crédito, ao sigilo de correspondência e do saber prático.

Antes da elaboração do CC de 2002, o Superior Tribunal de Justiça emitiu uma nota sobre o sumulado de nº 227¹⁹. Vejamos:

A pessoa jurídica não sente, não sofre com a ofensa à sua honra subjetiva, à sua imagem, ao seu caráter, atributos do direito de personalidade, inerente somente a pessoa física. Mas, não se pode negar, a possibilidade de ocorrer ofensa ao nome da empresa, a sua reputação, que, nas relações comerciais, alcançam acentuadas proporções em razão da influência que o conceito da empresa exerce.²⁰

Desse modo, a possibilidade da ocorrência de dano moral por violação à honra objetiva de pessoa jurídica. O novo CC em seu art. 52, estipula a aplicação dos direitos da

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art++7+CC>. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

²⁰ CEJAS, Centro de Estudo José Aras. A Pessoa Jurídica pode sofrer Dano Moral - Sumula 227 STJ. Disponível em: <http://www.cursocejas.com.br/cejus/noticias/detalhe/34>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

personalidade no que for cabível, às pessoas jurídicas: “Art. 52 - Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”²¹.

Sendo assim o caráter absoluto dos direitos da personalidade se dá em razão de serem opináveis a todos, tendo eficácia *erga omnes*. Sendo ela vinculante para todos, ocorre um dever geral de abstenção e respeito, que dirige a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua manifestação, de seu titular, inclusive em caso de sua falta ou não de ação.

O Código Civil brasileiro faz expressa previsão com relação à disponibilidade apenas parcial dos direitos da personalidade, propiciando, assim que a essencialidade dos direitos da personalidade seja preservada. Assim vejamos os art. 13 e 14 do CC:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

(...)

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.²²

Deve se ter em mente ainda que a disponibilidade parcial, permitido pelos mais essenciais instintos do ser humano, a irrenunciabilidade, se caracteriza pela impossibilidade de se desconsiderar ou desistir de um dos direitos da personalidade, justamente por se tratarem eles de uma condição dos direitos da personalidade, o titular pode até renunciar a possibilidade de exercer a defesa judicialmente, mas nunca poderá renunciar ao direito em si: “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.”²³

A extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade decorre da impossibilidade de se atribuir diretamente valor a um atributo próprio do ser humano. Seria completamente impossível avaliar a liberdade do direito ao credo, dentre tantos outros casos. Apesar do que foi dito, além do aspecto extrapatrimonial, os direitos da personalidade podem contar com uma manifestação patrimonial, detendo valor economicamente aferível. Por óbvio, em caso de sua violação, o Poder Judiciário, analisando o caso concreto e suas particularidades, poderá

²¹ BRASIL. **Lei n° 10.406**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art+13+14+cc>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

²² BRASIL. **Lei n° 10.406**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art+13+14+cc>. Acesso em 04 de setembro de 2016.

²³ BRASIL. **Lei n° 10.406**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art.11>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

definir um valor financeiro no intuito de compensar o dano aos direitos da personalidade atacados.²⁴

A impenhorabilidade é um atributo dos direitos da personalidade, que protege sua condição humana de eventual expropriação. No entanto, é possível como já dito, que os direitos da personalidade tenham conteúdo patrimonial, dessa forma, é possível penhorar valores econômicos obtidos com a utilização dos direitos da personalidade. A penhorabilidade do direito de imagem é incabível, o que não significa dizer que o lucro obtido com uso do direito de uma imagem não possa sofrer constrição judicial.

ATLETA – DIREITO DE IMAGEM – O direito de imagem, sob o âmbito coletivo, amparado pela Constituição da República em seu art. 5º, item XXVIII, alínea “a”. No enfoque presente, diz respeito à exposição pública do atleta profissional e à remuneração recebida pelo clube para expor publicamente suas habilidades. Concede ao titular direito aos lucros que esta proporcione. Não se trata de direito propriamente trabalhista, mas decorrente da personalidade, e a paga que lhes corresponde não integra a remuneração do atleta empregado. A matéria encontra-se regulada pelo art. 42 da Lei nº 9615/98 (Lei Pelé). Mas, se não demonstrada a existência de prévia contratação do direito de imagem, não se pode atribuir ao valor pago mensalmente pela empregadora por fora a natureza de direito de imagem, mormente se a aparição do atleta profissional (jogador de basquete), restritos eventos jornalísticos (entrevistas), por período inferior ao previsto no parágrafo 2º do art. 42 da Lei Pelé.²⁵

A seu turno, a imprescritibilidade informa que a efetivação de lesão dos direitos da personalidade pode e deve ser reprimida a qualquer tempo, não se submetendo a prazos prescricionais e não se extinguindo pelo seu não uso em razão do caráter fundamental, inerente ao ser humano, com base na dignidade. Sobre essa característica, Winter de Carvalho ensina:

Nesse sentido, o ordenamento jurídico há tempo consolidou o entendimento. De que a imprescritibilidade do direito é uma questão excepcional, sendo aplicada em situações específicas, como em algumas ações de natureza declaratória, em que Não se pode falar em negligência do interessado, como nas relativas ao direito à Personalidade, nas ações de família, nas pretensões nascidas das relações de vizinhança, Dos direitos facultativos ou protestativos.²⁶

Desse modo, os direitos da personalidade possuem proteção dos efeitos patrimoniais deles decorrentes. Os direitos da personalidade são imprescritíveis e merecem tutela do

²⁴ MARTINEZ, Pablo Domingues. **Direito ao esquecimento a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 34.

²⁵ BRASIL. TRT 3ª Região. **RO 3497/02**. Relator: Juiz Ricardo Antônio Mohallem. Disponível em: DJMG de 30.05.2002, p. 07.

²⁶ CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. **Reflexão acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, § 5º da constituição**. Revista de Direito Administrativo n. 253. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 34.

Estado a qualquer tempo, ao contrário dos efeitos patrimoniais dele gerado, que podem sofrer a ação do tempo e perda da exigibilidade através da prescrição. O fato de ser imprescritível não significa que os aspectos patrimoniais decorrentes da violação dos direitos da personalidade também o sejam.

1.3 – NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os Direitos da personalidade são protegidos no ordenamento brasileiro em dois planos. No primeiro, por meio da previsão constitucional e, em especial, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. No segundo, com a disciplina da legislação ordinária exemplo aplicáveis os artigos 138, 139 e 140 do código Penal, sendo esses as implicações penais. Já no âmbito civil, com aplicação dos arts. 11 a 21 CC.

Este estudo pretende demonstrar que o direito ao esquecimento tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, detentor de autonomia e figurando como um novo tipo dos direitos da personalidade, repercutindo ainda em outros direitos, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e ao nome, já objetos de expressa previsão constitucional no art. 5º, inc. X.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação²⁷

Importante destacar, que conforme já desenvolvido anteriormente, os direitos da personalidade são extraídos diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, e tem elenco aberto, ou seja, sua falta de previsão expressa não impede sua existência ou seu reconhecimento, como já previsto no art. 11 do código civil de 2002.

A classificação dos direitos da personalidade realiza-se considerando os aspectos fundamentais da personalidade que são objetos de tutela jurídica como eles: intelectual, física, moral como a proteção à honra, liberdade, intimidade, imagem e nome.

O direito ao esquecimento em si, como melhor desenvolverá em linhas futuras, relaciona-se com a proteção ao aspecto moral dos direitos da personalidade, sua autonomia, pelo menos, ainda não é aceita na doutrina.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de outubro de 2016.

Lembrando, ainda, que o direito ao esquecimento apresenta intrínseca ligação com a liberdade individual, aspectos essenciais para o desenvolvimento da vida humana. Como também nas palavras do próprio François Ost, filósofo do direito e professor na Faculdade Saint Louis, em Bruxelas, revela um “*direito a um esquecimento programado*”, ressaltando, contudo, de forma brilhante a especial aplicação do direito ao esquecimento no direito ao respeito à vida privada. Veja-se:

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.²⁸

Desse modo, esta monografia busca examinar os contornos definidores do direito ao esquecimento para então, avaliar através de buscas e características próprias e definidoras se é possível considera-lo como independente ou na consequência de outro direito da personalidade.

²⁸ OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005. p. 160-161.

2- CAPITULO 2 – O DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 – CONCEITO E DEFINIÇÃO DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

Neste capítulo, teremos a ideia da margem da evolução dos direitos da personalidade, exposto como os direitos mais íntimos do ser humano, na busca de seus fundamentos de existência e validade no princípio da dignidade humana.

Estudaremos, ainda, que os direitos da personalidade não se limitam a um rol taxativo. Com o passar do tempo, diversos direitos da personalidade surgem constantemente; exemplo deles: proteção de direito à imagem, que se desprende da proteção à honra e detém atualmente característica independente.

Observando assim, o nascimento de uma nova figura da personalidade, um direito inédito, com âmbito de proteção distinto dos demais, com características bem diferenciadas, como descreve Luís Roberto Barroso:

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica de ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão²⁹

Não há que se confundir o direito ao esquecimento com apenas uma vertente de qualquer um dos direitos da personalidade já previstos no ordenamento nacional. Em realidade, trata-se de um direito independente, cujo objeto está ligando á memória individual, que, tal a memória coletiva, é também digna de tutela pelo ordenamento jurídico. O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força de vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial o livre desenvolvimento da personalidade humana.³⁰

²⁹ 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 Jurídica da FIC*. v. 3. Fortaleza: abr. 2004/out. 2004. p. 72.

³⁰ MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento:** a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 80-81.

Em outras palavras, o direito ao esquecimento ou direito de ser deixado em paz, como um direito comparado nos (EUA) o *the right to be let alone*.

O direito ao esquecimento também é chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. Nos Estados Unidos, o direito ao esquecimento é conhecido como “the right to be let alone” e está relacionado intimamente ao direito à privacidade.³¹

A Possibilidade de defesa, como uma proteção, permite um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando lhe sofrimentos e transtornos. Podemos dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal para se ter ideia este direito vem lutando desde 1931 como o seguinte caso:

O Tribunal Norte Americano do Estado da Califórnia, no Caso Melvin vs. Reid, em 1931, traz imprescindível julgamento no qual, com base no direito à felicidade, estipula reparação financeira em prol de Gabrielle Darley. Isto tudo, devido ter sido produzido um filme que retratava época da vida em que se prostituía e cometera um homicídio. A Corte Americana entendeu que a todos é garantido a possibilidade de reparação dos erros passados e que, após 13 anos do fato, Gabrielle não poderia ser atacada em sua reputação.³²

O direito ao esquecimento não se relaciona apenas com a possibilidade do direito de estar só, mas caracteriza também pela vedação de se obrigar um indivíduo a conviver com pedaços de seu passado trazidos, imprudentemente, por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados e depositados no fundo da memória e do tempo, sem que haja qualquer motivo de fato razoável para a divulgação da informação. Para Daniel Buscar:

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções³³

Não se pode perder de vista que os direitos da personalidade são o aspecto mais intrínseco do ser humano, sem qualquer limitação taxativa legal, podendo ser ampliados à medida que a sociedade evolui.

³¹ **Considerações sobre o Direito ao esquecimento.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

³² MAGI, Manuella Rocha. **Análise do direito fundamental ao esquecimento sob a ótica do Recurso Especial 1.334.097/RJ.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fee119ef73799cd0>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

³³ BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento.** Civilistica.com: revista eletrônica de Direito Civil. Ano. 2. n. 3. 2013, p. 9. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso 10 de outubro de 2016.

Em especial, dos anos setenta do século XX, época caracterizada pelo enorme avanço tecnológico em escala mundial, a informática, por uma forma em geral, possibilitou melhorias na qualidade de vida e coletiva. Tal desenvolvimento oferece hoje mecanismos até então impensáveis, que facilitaram e alteraram de todo o modo de vida atual.

É possível dizer que em menos de quatro décadas houve uma transformação radical de todas as formas de espalhamento do conhecimento e da informação, alterando um sistema que praticamente se limita à imprensa moderna, há mais de cinco séculos, com a criação de Gutenberg:

Johannes Gutenberg (1398-1468) foi o inventor da máquina de imprensa e gráfico alemão. A primeira obra que imprimiu em diversas cópias foi a Bíblia. Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg nasceu em Mainz. Sabe-se pouco da infância de Gutenberg, apenas alguns relatos que descendia de família abastada. Viveu em Estraburgo de 1434 a 1444 e conheceu Andreas Dritzehn, com quem se associou e tentou criar uma companhia. Devido à sua morte, Gutenberg descartou os projetos de trabalho com impressão. Em Mogúncia, Gutenberg conheceu Johann Fust, que lhe financiou o projeto de uma oficina de imprensa. Em 1445, imprimiu a Bíblia em 1282 páginas escritas em latim. Gutenberg ainda imprimiu outras obras enquanto trabalhava na impressão da Bíblia, a “Carta de Indulgência” (1451). A sociedade com Fust foi desfeita judicialmente em 1455. Em seguida, criou outra oficina, onde imprimiu a gramática latina de Elio Donato. Juntamente com seu genro Peter Schoefer, editou o “Saltério”, livro que contém os 150 salmos da Bíblia (1457). Foi nomeado homem da corte pelo príncipe da Mogúncia, o conde Adolfo de Nassau. Gutenberg tem o mérito de ter inventado tipos móveis de metal (chumbo e estanho). A tipografia que inventou permaneceu inalterada até o século XX. Morreu no mesmo lugar que nasceu, em Mainz, Arcebispado de Mogúncia.³⁴

O desenvolvimento das tecnologias de comunicação viabilizou o acesso a uma quantidade ilimitada de informações por meio de um computador e, até mesmo, por meio de um simples toque em smartphone.

O Avanço e as vantagens são indiscutíveis, a utilização da internet possibilita realizar pesquisas, estabelecer comunicação em fim. Além dos benefícios evidente, outro fator que influenciou a difusão e popularização da internet é a facilitação em seu uso, que busca constante simplificação das ferramentas a serem utilizadas. Pode-se ir ainda mais longe afirmar que hoje parece inimaginável um futuro sem facilidades e a velocidade na transferência da informação.

Apesar do que já foi mencionado, a grande rede mundial e os avanços em comunicação e no armazenamento de dados não podem ser vistos como algo absoluto, incondicional, sem que se analise o custo de seus benefícios.

³⁴ Johanes Gutenberg (1395-1469). **Biografia em vida** Disponível em: https://www.ebiografia.com/johannes_gutenberg. Acesso em: 10 outubro de 2016.

A evolução na capacidade de arquivamento foi tão delicada que os usuários de hoje já não convivem com problemas do início de sua popularização, para se ter uma ideia de e-mail a aplicativos, discos rígidos, pen drivers, contas de extrema sincronização de armazenamentos de dados, contatos e arquivos.

A informação pessoal dos usuários seja minha e sua, circulam facilmente, mesmo que não se trate de indivíduos que utilizem. Assim, todos os e-mails utilizados pelo Gmail a partir de 2004, podem ser lembrados, reutilizados e encontrados, inclusive seus serviços de conversa. O mesmo acontece também no ano de 2004 com a chegada do *Facebook*.

Com mais de 1,19 bilhão de usuários em todo o mundo, o Facebook, a maior rede social do planeta, completa 10 anos nesta terça-feira (4). O que começou como um site voltado para alunos da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, se tornou um ponto de encontro para amigos conversarem, compartilharem fotos e vídeos, e até organizarem manifestações.³⁵

Ressalte-se que o facebook armazena todas as fotos, vídeos e diálogos pessoais, deixando seu legado e sua linha no rastro de estranhos.

Há também a possibilidade de busca de informação através do Google, Ask e Yahoo. Estes armazenam todas as informações e dados já disponibilizados na rede mundial. Viabilizam o estabelecimento de uma representação digital que, em razão de seu amplo acesso, prepondera em relação à identidade real de um indivíduo. Stefano Rodotà assim responde à questão da identidade. “Quem eu sou? Até ontem, mesmo que entre muitas cautelas, podia-se dizer ‘eu sou aquele que digo ser’. Mas já entramos em um tempo em que sempre mais se deverá admitir: ‘eu sou aquilo que o Google diz que eu sou’”.³⁶

Podem-se dizer então que, atualmente, é viável observar um descolamento entre a identidade real e a sua representação digital, permitindo um falso entendimento sobre os fatos efetivamente ocorridos, inviabilizando-se o desprendimento de eventos pretéritos que já não tem mais atualidade. Como diz André Costa:

Torna-se também muito difícil mudar socialmente de opinião na medida em que se em que se amadurece, visto que a representação digital – que, em muitos casos, possui maior preponderância que a identidade real – irá sempre vincular os indivíduos às suas ações pregressas, de tal sorte que será praticamente impossível se desvencilhar delas. Essa representação digital, além disso, é julgada não só por aqueles que estiveram presentes no momento em que as informações foram produzidas, mas também por todos que tiverem acesso a elas, sem que, nesse caso,

³⁵ **Facebook completa 10 anos.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-completa-10-anos-veja-evolucao-da-rede-social.html>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

³⁶ SOUZA, Bernardo de Azevedo. **Direito ao esquecimento e práticas punitivas na Era Digital.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/direito-ao-esquecimento-e-praticas-punitivas-na-era-digital/>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

seja explicado seu contexto, acarretando, conseqüentemente, o empobrecimento dos julgados realizados na rede.³⁷

Com a informação pelo sistema antigo, sem conexão à internet, poderia levar meses ou até anos para ser conseguida, agora, está disponível facilmente e com velocidade em tempo real, da transferência das informações disponíveis na monstruosa rede (Web). Naturalmente é possível que nessas pesquisas, dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos, sendo universalmente e mundialmente divulgadas, durante um prazo indeterminado e ilimitado, possam afetar os direitos da personalidade e, em suma, a sua dignidade.

Nesse ambiente, surge o direito ao esquecimento, que, em linhas gerais pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorize a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno como apresenta no seguinte caso julgado, de um espanhol, Mario Costeja que ajuizou uma ação em desfavor do Google, sendo que o Tribunal de justiça da União Europeia acatou o seu pedido. Determinando que a empresa, deletasse as informações que para ele eram prejudiciais. A corte considerou o Google responsável pelos supostos danos causados por estas informações danosas, conforme anexo 1 do presente trabalho de conclusão de curso.

Resumindo: Levando-se em consideração a utilidade e data da ocorrência em que a informação de objeto de proteção não foi realizada, a ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingindo por fatos já então de nenhum interesse cultural ou social, consolidados pelo tempo.

2.2 – ESQUECIMENTO VERSUS MEMÓRIA SOCIAL

O direito ao esquecimento é um tema atual e penetrante que circula vários aspectos da vida humana, com implicações sociais e econômicas, refletindo ainda na forma como a sociedade lida com sua história, seu passado e sua evolução.

Maurice Halbachs desenvolve a ideia de que a memória não se limita às experiências pessoais e individuais. A partir da convivência e da troca de informações, as experiências

³⁷ COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet**. São Paulo: Atlas, 2013. p.191.

personais passaram a ser compartilhadas pelo grupo, extrapolando, portanto, o plano meramente individual, criando-se uma memória que teria um conteúdo coletivo.³⁸

A memória individual, por se realizar em diversos contextos e grupos, permite que as experiências pessoais de um grupo transcendam e constituam uma memória coletiva, independente de seus membros. Assim:

Dito em outras palavras, o indivíduo participaria em dois tipos de memória. Mas, segundo participe em uma ou outra, adotaria atitudes muito distintas e até contrárias. Por uma parte, na perspectiva de sua personalidade ou de sua vida pessoal é onde se produziram suas memórias; as que compartilha com os demais, só as veria sob o aspecto que lhe interessasse, distinguindo-se da percepção dos demais. Por outra parte, em determinados momentos seria capaz de comportar-se simplesmente como membro do grupo que contribui a evocar e manter as memórias de forma impessoal, na medida em que estas interessem ao grupo.³⁹

No intuito de estudar com maior clareza o fenômeno de ocultamento da História, é importante emergir no que ocorrer na Alemanha pós segunda Guerra Mundial seria a primeira vítima do nazismo ou a de que o terceiro Reich se limitava à sua cúpula, setor que seria o verdadeiro responsável pelas atrocidades ocorridas naquele período.

Como resistência a essa manobra política de ocultamento da verdade, de seu tempo por meio do julgamento ocorrido no tribunal Militar Internacional, o Tribunal de Nuremberg, ocorrido em 1945 e 1946.

Assim, prevaleceu a ideia de que esquecer não significa desconhecer ou sofrer o induzimento do esquecimento por um núcleo controlado da informação. Entretanto não se enfrenta o acontecido, a ferida não cicatriza. Afrontar o passado, apesar de doloroso e complexo, é necessário à reflexão e ao fechamento das questões essenciais de uma sociedade. Para esquecer, é necessário conhecer.

Cabe frisar, que apesar de segmentos que buscam a abertura das informações, nos países da América do Sul, principalmente em razão da modificação do poder por meio dos movimentos de redemocratização negociada, houve uma sanção de impunidade, garantido por lei, resultando em registros públicos fechados e secretos.

Considerar a violência ocorrida no período da ditadura militar como algo não dito, subliminar, por meio de um silêncio oficial do Estado, configura-se como tentativa de induzimento de um reconhecimento de inexistência de um período histórico, desconsiderando

³⁸ HALBAWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Tradução de Inés Sancho- Arroyo. Zaragoza: Pensas Universitária de Zaragoza, 2004. p. 52.

³⁹ HALBAWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Tradução de Inés Sancho- Arroyo. Zaragoza: Pensas Universitária de Zaragoza, 2004. p. 53.

todas as pessoas que se doaram e dera sua vida na formação da identidade e da democracia do país.

Buscou-se, assim, consolidar em amolecer em geral, no intuito de se ocasionar uma falta de responsabilidade histórica por parte do Estado brasileiro, como forma evidente de beneficiar os estamentos mais próximos do poder.

As palavras de Mabel Moraña, direcionadas à mesma prática de irresponsabilidade pública e de calar do passado ocorridos na Argentina e no Uruguai, adequam-se, com perfeição, ao fenômeno ocorrido no Brasil, como se pode observar:

A memória cívica foi, assim, substituída pela lembrança íntima do eu simplesmente, não podem esquecer; a justiça social foi reciclada como ética privada; a cartasse possível do debate aberto e o julgamento dos culpáveis foi substituído por uma aparente *tabua rasa* que instaurou o paradoxo das liberdades recuperadas enquanto se retirava da esfera pública, a discursividade da culpa, consolidando pelas práticas sociais da ditadura.⁴⁰

Os desaparecimentos decorrentes do processo de resistência à opressão do poder do estado Totalitário não podem ser alijados, desconsiderados e esquecidos. Suas famílias merecem uma resposta, um fechamento digno, justamente como forma de enfrentar o passado e superá-lo.

Pois para esquecer, é necessário conhecer. O não-saber impossibilita o acesso aos fatos, análise, a avaliação, a consolidação, enfim, a superação.

A Justiça de Transição tem diversos objetivos, assim sistematizados por François Ost:

Promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O Perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se libera de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos compartimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança.⁴¹

Para tanto, em meados da década de 1980, alguns países que sofreram com governos ditatoriais criticam as Comissões da Verdade (CVs), que se converteram em “estruturas estandardizadas” que, em razão da violação sistemática dos direitos humanos por parte de um Estado, têm por objetivo investigar os fatos e as responsabilidade dos agentes públicos. As Comissões da Verdade constituem, portanto, um mecanismo de grande relevância no processo

⁴⁰ MORAÑA, Mabel. **Pertinência de la Histórica em América Latina - Memória colectiva y políticas de olvido**. Argentina e Uruguay: Beatriz Viterbo, 1970-1990. p.36.

⁴¹ OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005. p.17.

de globalização do discurso e na prática jurídica dos direitos humanos, assim como no campo da chamada “justiça transacional”, que analisa o contexto de transição política de um regime totalitário para um democrático e, em especial, o papel da Justiça e do Direito como se vê a criação e papel da Comissão da verdade:

No ano de 2012, o Governo Federal nomeou um grupo de juristas e professores incumbidos de integrar a chamada Comissão da Verdade. Tal comissão tem por objetivo realizar investigações sobre os vários crimes cometidos pelo Estado brasileiro entre os anos de 1937 e 1985. Nesse recorte temporal há interesse especial em buscar os crimes que aconteceram nos dois regimes ditatoriais desse período: o Estado Novo, criado no governo de Getúlio Vargas entre 1937 e 1945, e a Ditadura Militar, ocorrida entre 1964 e 1985.

A importância dessa ação se concentra em revelar vários incidentes de abuso de poder onde, usualmente, agentes que representavam o governo promoveram prisões, torturas e mortes que contrariavam o respeito aos direitos humanos e a constituição de uma cultura democrática no país. Para tanto, uma série de arquivos mantidos sob sigilo serão consultados e nomes envolvidos em tais incidentes serão chamados com o intuito de depor nessa mesma comissão.

Ao contrário do que alguns sugerem, a Comissão da Verdade não terá poderes para realizar processos criminais contra as pessoas que comprovadamente cometeram algum tipo de crime dessa natureza. Tal poder punitivo, principalmente no que se refere aos fatos ocorridos na Ditadura Militar, não existirá, pois, no ano de 1979, o governo brasileiro assinou a Lei da Anistia, que concedeu perdão aos militares e militantes de esquerda.⁴²

A missão da Comissão da verdade consiste em:

Segundo algumas estimativas preliminares, a Comissão da Verdade terá a missão de cumprir a investigação de mil crimes acontecidos nessa época. Uma primeira lista de crimes foi produzida pela Comissão da Anistia e pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, que contabilizou mais de 450 incidentes. Uma segunda foi organizada pela Secretaria de Direitos Humanos e cita 370 vítimas. Por fim, ainda há 119 vítimas que surgiram por denúncias diversas.

Mesmo não tendo função punitiva, a Comissão será bastante importante para revelar uma série de ações que marcaram essa época. Até hoje, temos uma guerra de versões sobre diversos fatos dessa época. A partir do trabalho da comissão teremos a exposição pública de uma série de documentos que poderão aprofundar nossa compreensão sobre a história brasileira e, principalmente, reforçar as lutas que marcaram a consolidação do regime democrático em nosso país.

É importante frisar que o trabalho da Comissão da Verdade não pode ter a pretensão de impor uma visão única sobre a verdade desse período. Antes de qualquer coisa, devemos esperar da comissão uma oportunidade de compreender melhor a nossa história. Ao mesmo tempo, a partir da publicidade dos documentos, será possível realizar outras e novas pesquisas capazes expor novas perspectivas de entendimento e verdades sobre os períodos em que os direitos individuais e a democracia foram seriamente violados.⁴³

⁴² BRASIL ESCOLA. **A Comissão da Verdade visa investigar os crimes cometidos por agentes do Estado ao longo do século XX.** Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/comissao-verdade.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

⁴³ BRASIL ESCOLA. **A Comissão da Verdade visa investigar os crimes cometidos por agentes do Estado ao longo do século XX.** Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/comissao-verdade.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

Revisando o tema, o Conselho Federal da OAB⁴⁴ propôs a ADPF nº 153 no intuito de ver declarada a interpretação conforme a Constituição do § 1º do art. 1º da lei 6.683/79:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política⁴⁵

Portanto para que a anistia, concedida fosse limitada aos crimes políticos e conexos, possibilitando, assim, a penalização dos agentes públicos por crimes comum. O processo no Supremo Tribunal Federal (STF), relatado pelo Min. Eros Grau, foi julgado improcedente por 7 votos a 2. A corte Máxima nacional entendeu que não caberia ao Poder Judiciário rever um acordo político que foi essencial para a transição do regime da ditadura militar para a democracia.

No Contexto Atual, olhar para o passado (Lei da Anistia) e criticar as atrocidades cometidas à época (tortura, homicídios, estupros) parece óbvio, mas também injusto. É necessário que se tenha em comum o contexto fático daquele tempo em que se visualizou a possibilidade da interrupção de abusos, de ilegalidades, mirando um futuro com abertura política e liberdade.

A decisão proferida pelo STF significa, em poucas palavras, retratar a irresponsabilidade criminal pelos crimes políticos e comuns ocorridos na época da ditadura militar. Além do entrave jurídico ocorrido com a decisão da corte máxima pátria, deve-se mencionar ainda a existência da Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso à informação, de fato prevê a existência de informações que podem permanecer indisponíveis pelo prazo de vinte e cinco, quinze ou cinquenta anos, em razão de sua imprescindibilidade aos interesses do Estado ou da sociedade, que funciona como limitador do acesso às informações públicas que possam solucionar para eventos de importância nacional, pois devemos diferenciar que existem informações de extremo interesse social, não meros acontecimentos e fofocas. Como dito, os indivíduos que um dia se envolveram e

⁴⁴ Fato curioso que merece ser ressaltado é que o principal articulador e intermediador para edição da Lei da Anistia, proporcionando a abertura política, foi justamente o mesmo Conselho federal da OAB que, por meio da ADPF, pretendeu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 6.683/79.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 6.683/97 - Lei da Anistia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm Acesso em: 17 de outubro de 2016.

deram suas vidas para a democracia, e aqueles cometeram suas atrocidades e não pagaram pelos seus crimes, estes não merecem o “Direito ao esquecimento”.

Destacando, mesmo com o objetivo de esclarecer fatos, promover a prevenção de novas violações aos direitos humanos, recomendar ação de medidas e políticas públicas, a lei que instituiu a criação da Comissão nacional da Verdade prevê, ainda, outra limitação importante: a proteção do cidadão, da sua intimidade, nos termos do art. 5º, nestes termos:

5º As atividades desenvolvidas pela Comissão Nacional da Verdade serão públicas, exceto nos casos em que, a seu critério, a manutenção de sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas.⁴⁶

Independentemente do que foi dito, a irresponsabilidade criminal ou a manutenção de arquivos públicos fechados ou limitados por determinado prazo não significa impossibilidade de investigação e busca por respostas, que é justamente o objetivo da criação da Comissão Nacional da Verdade: proporcionar um desfecho da ditadura.

A despeito da diferenciação do direito ao esquecimento na esfera pública (memória social) e na esfera privada (em seu aspecto privado), o que se busca com as comissões da verdade é justamente conhecer, saber, assimilar a informação, para então obter um fechamento, a superação, o esquecimento.

Assim, utilizando-se como paralelo a linguagem processual civil, o objeto imediato dos movimentos de memória social observa-se que trabalha a ideia de preservação do passado, mas superando, possibilitando que o presente seja vivido em integralidade.

Dessa forma, após a demonstração da noção de esquecimento em seu aspecto público, principalmente em vista da noção de regimes de transição, manipulação de eventos históricos e abertura de registros público, passa-se à análise da relação do esquecimento na esfera privada, na superação individual de fatos ou informações que, *a priori*, não detêm qualquer relevância fundamental para a continuidade de uma sociedade, mas podem ferir gravemente a dignidade de uma pessoa, impedindo-a, justamente, de seguir em frente.

2.3 – ESQUECIMENTO VERSUS MEMÓRIA INDIVIDUAL

Após o exame da memória e sua ligação com os movimentos de memória social e coletiva, principalmente no que tange à obtenção de informações a respeito das atrocidades

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 12.528/11 - Lei da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

ocorridas na transição de um governo ditatorial para o regime democrático, passa-se à análise do direito ao esquecimento como mecanismo de proteção individual.

De forma resumida, abordando suas principais características, o direito ao esquecimento pode ser caracterizado como faculdade de a pessoa não ser molestada por “atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome da imagem e de outros dados referente à personalidade”.⁴⁷

Espelhamos-nos no caso acontecido em décadas passadas como o de Florisvaldo de Oliveira, vulgo Cabo Bruno responsável por mais de 50 mortes e foi condenado a 120 anos de prisão. Depois de fugir três vezes e pela última vez em 30 de maio de 1991, ficou detido na penitenciária Dr. Jose Augusto César Salgado em Tremembé SP. Garantiu ter se convertido ao evangélio e diz preferir “não ser mais chamado como cabo Bruno”. O ex-militar foi libertado com base no artigo 1º, do inciso 5º, do decreto 5.648/2011, assinado pela presidenta Dilma Rousseff. Segundo a norma, todo preso que passou mais de 20 anos seguido na cadeia e apresentou bom comportamento deve ganhar a liberdade.⁴⁸

Sendo assim, devemos analisar este conflito entre direito à informação, direitos à privacidade, à honra e memória. Deve se buscar a publicidade de forma que não venha a ferir dados íntimos e a memória individual da pessoa e de informações que já tenham deixado de atrair notoriedade conforme palavras do magistrado Gilmar Mendes:

“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.”⁴⁹

Em outras palavras, a evolução tecnológica e as formas de armazenamento e obtenção da informação sofreram drásticas mudanças nas últimas décadas. Uma notícia veiculada no jornal poderia ser obtida em uma pesquisa após grande esforço. A foto imprensa era apenas divulgada e mostrada às pessoas mais próximas. Com a Internet, os motores de pesquisa, transformaram a dificuldade em facilidade, por meio de um simples clique, é possível obter

⁴⁷ DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 300.

⁴⁸ **Após 28 anos preso, cabo Bruno deixa prisão em SP e deve se dedicar a venda de quadros**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/08/23/apos-28-anos-preso-cabo-bruno-deixa-prisao-em-sao-paulo.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 374.

qualquer tipo de informação. Aquela foto privada, quando disponibilizada em redes sociais, mesmo com acesso restrito, transforma em foto pública.

3 - CAPÍTULO III – A APLICAÇÃO E A REGULAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1 – APLICAÇÃO LEGAL NO BRASIL

O direito ao esquecimento tem como escopo a proteção temporal das informações, que, em virtude da sua falta de utilidade contemporaneidade, se insere em campo de proteção individual.

A proteção abrangida pelo direito a ser esquecido adquire proporções gigantescas com avanços tecnológicos, acrescentando um risco da exibição de informações. Qualquer dado adicionado a internet, em razão da capacidade ilimitada e sem precedentes de acumulação de informações, possibilitada a sua recuperação a qualquer tempo, acarretando a possibilidade de lesão aos direitos individuais. Apesar disso, vale registrar que o direito ao esquecimento não se limita ao meio virtual.

O complexo brasileiro de normas já prevê e aplica o direito ao esquecimento, mesmo que não se perceba com clareza e aplicação do instituto. Todos aqueles mecanismos de proteção e defesa do indivíduo baseados no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização da informação são, genericamente formas de aplicar o direito ao esquecimento.

O Direito serve como fator de estabilização do passado, conferindo segurança jurídica e previsibilidade ao futuro em razão da aplicação de sua colocação e regramento na sociedade. Vários são instituídos de estabilização, tais como a prescrição, a decadência, o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O Código Penal brasileiro estipula:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - Pela morte do agente;

II - Pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - Pela prescrição, decadência ou perempção;

V - Pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

IX - Pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.⁵⁰

Capez conceitua a anistia como:

a lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico, reiterando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os jurídicos, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais.⁵¹

Destaca-se então a utilização do termo “*esquecimento*”, nas linhas traçadas pelo autor citado.

Para que possamos compreender com precisão o objetivo do instituto, será traçado sua evolução, em importância, no que tange ao prazo para sua concessão, avaliando seus efeitos que são requeridos ou automáticos, para ao final, abordar a jurisprudência atual sobre o tema.

O Código de Processo Penal em seu art. 743 previu a reabilitação nestes termos:

Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.⁵²

Ao prever um prazo inferior para a concessão de reabilitação, operou-se a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, regendo-se ela, assim, pelo prazo determinado no art. 94 do CP.

Assim, a reabilitação alcança qualquer pena que tenha sido aplicada em sentença definitiva, possibilitando que seja assegurado ao condenado o sigilo dos registros sobre processo e condenação, inclusive com a retirada dos dados da folha de antecedentes criminais, desde que requerida em até dois anos após a extinção da execução da pena.

Já nos termos do art. 93 do Código Penal, a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentenças definitivas, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, podendo atingir os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92.

Shintati assim comenta a aplicação da reabilitação aos efeitos secundários da pena:

Obtida a reabilitação: a) o condenado estará habilitado para a investidura só em outro cargo, função pública ou mandato eletivo, vedada a reintegração à situação anterior (parágrafo único do art. 93, CP); b) o condenado estará habilitado a exercer

⁵⁰ BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10627547/artigo-107-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 01 de novembro de 2016.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.596-597.

⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10602721/artigo-743-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 1 de novembro de 2016.

o pátrio poder, tutela ou curatela só em relação aos demais filhos, tutelados ou curatelados, sendo, dessa forma, permanente e incapacidade em relação à vítima (parágrafo único do art. 93, CP); c); o condenado estará habilitado a voltar a dirigir veículo, já que, nesse caso, o parágrafo único do art.93 do CP não veda a reintegração à situação anterior.⁵³

Observe-se que, enquanto o objetivo da reabilitação é permitir o cancelamento do registro da condenação penal e restaurando os direitos atingidos pelos efeitos da condenação (art. 92, inc. I e II do CP), a previsão da LEP é garantir o sigilo sobre os regimes criminais do processo e da condenação, que é obtido sem qualquer registro além da extinção da pena, na forma do art.202.⁵⁴

Neste passo, o acesso aos registros criminais para fins não legítimos caracterizará a violação aos direitos da personalidade do cidadão. Mário Sérgio Sobrinho desenvolve a ideia:

A vida privada da pessoa é protegida pelo sigilo das informações contidas no registro criminal. Mesmo sem o ordenamento jurídico nacional dispor, expressamente, acerca do caráter sigiloso do registro criminal, é necessário interpreta-lo com essas características sob pena de desvirtuar lhe o emprego, permitir acesso ilegítimos e violadores da privacidade alheia, exacerbando seu papel estigmatizam-te, característica que a modernidade exige redução máxima.⁵⁵

Desse modo, uma adição no sistema criminal brasileiro foi necessária para demonstrar que a reabilitação alcança qualquer pena, inclusive seus efeitos secundários, mas a veiculação de informação referente à extinção ou cumprimento de pena opera-se automaticamente, não podendo ser utilizada por qualquer meio, salvo para instruir processo criminal.⁵⁶

A constituição da República Federativa, deixa bem claro no art. 5º, inc. XLVII que não haverá penas de caráter perpétuo. A reabilitação prevista no código penal e no código de processo penal, possibilita a implementação desse regramento no campo penal. Observe-se que o texto constitucional teve o cuidado de utilizar o termo pena e não prisão, demonstrando assim, a impossibilidade de que qualquer sanção detenha caráter perpétuo.

Levamos em consideração que o crime é a ação típica ilícita e culpável que afronta os bens mais relevantes de uma sociedade, e observando ainda, a aplicação dos princípios de intervenção mínima, proporcionalidade a pena e lesividade, não há qualquer razoabilidade no fato de um ordenamento jurídico permita o esquecimento e a superação de um crime,

⁵³ SHINTATI, Tomaz Mituo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.351.

⁵⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Notas sobre a Execução Penal - Revista da EMERJ**. v. 13. n.51. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. p .262-266.

⁵⁵ SOBRINDO, Mário Sérgio. **Registro criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantimos**. Tese Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, 2009. p.28.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Mandado de Segurança nº 33.300-RJ**. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 23.10.2001.

impossibilitando a divulgação de sua existência, e não autorize a um indivíduo a sua autodeterminação pessoal de dados impedindo a veiculação de informações que lhe digam respeito, lícitas ou ilícitas, principalmente levando em consideração a falta de contemporaneidade e de utilidade pública na informação.

De fato, é possível visualizar ainda a aplicação do direito ao esquecimento com a previsão dos §§ 4º e 6º da Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no seguinte termo:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta:

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos;

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.⁵⁷

No campo civil também há a previsão do direito ao esquecimento. O código de defesa do consumidor em seus artigos como o 43 e 44, dispõe sobre bancos de dados cadastrados dos consumidores, sendo ele estipulado prazo máximo de 5 (cinco) anos a partir da data de uma negativação relativa aos créditos dos consumidores, bem como proibição da utilização de tais dados no seu intuito de impedir ou dificultar acesso ao crédito como consta nos seguintes termo:

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

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

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

⁵⁸BRASIL. Lei nº 8.078 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601637/artigo-44-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990> Acesso em: 03 novembro de 2016.

Apesar da redação do mencionado dispositivo legal, em qualquer relação consumeirista, o âmbito de proteção do consumidor não se limita apenas aos cadastros de proteção de crédito, mas a todos e qualquer banco de dados de arquivo de informações a respeito de consumidores sejam elas pessoas físicas ou jurídicas⁵⁹

A abertura de arquivos de consumo com anotações pessoais sobre o consumidor constitui violação dos direitos fundamentais do cidadão como está previsto no art. 5, inc. X, XIV, XXXIII e LXXII da constituição federal, além de poder exigir a supressão dos dados, lesado pode reclamar de tais dados.⁶⁰

O Direito Processual brasileiro também prevê o esquecimento com a previsão da destruição dos autos, na forma do que preceitua o art. 1215 do Código de Processo civil:

Art. 1.215. Os autos poderão ser eliminados por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do arquivamento, publicando-se previamente no órgão oficial e em jornal local, onde houver, aviso aos interessados, com o prazo de 30 (trinta) dias.⁶¹

Na esfera administrativa também se regula o direito ao esquecimento. A Lei nº 8.112 de 1990, que estatui o regime jurídico único dos servidores públicos civis no âmbito federal, prevê a possibilidade do esquecimento nos termos do art. 137 da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

(...)

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.⁶²

Analisando o *caput* do art. 137 da Lei. 8112/90, nota-se que há previsão do prazo de 5 (cinco) anos de incompatibilidade para o retorno às atividades públicas, estipulando, assim, verdadeiro direito ao esquecimento de tais informações, que poderão ser utilizadas contra o servidor.

⁵⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 639.

⁶⁰ CARVALHO, Jose Carlos Maldonado de. **Direito ao Código de Defesa do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.158.

⁶¹BRASIL. **Lei nº 5.869 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10603356/artigo-1215-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

⁶²BRASIL. **Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 3 de novembro de 2016.

Cumpra destacar, ainda, que o parágrafo único do mencionado disposto legal é absolutamente incompatível com a constituição federal em seu art. 5, XLVIII, b) em razão da proibição da pena em caráter definitivo e perpétuo, em qualquer âmbito civil; administrativo ou criminal.⁶³

Situação excepcional, ainda, é a da criança ou do adolescente que se envolve em fatos que alcancem notoriedades pública (ex. disputa de guarda; autor ou vítima de crime), que, em razão de sua situação especial, precisa ter assegurado o direito a ser esquecido, para que assim se possa possibilitar a evolução de sua individualidade, reconquistando as condições necessárias ao desenvolvimento sadio e pleno.⁶⁴

No caso do menor infrator que tenha cumprido medida socioeducativa, além da proteção conferida pelos artigos 143 e 144 da Lei 8.069/90, relativos à divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, é evidente a aplicação do direito ao esquecimento em relação ao ato criminoso que ele tenha praticado quando era penalmente inimputável, que não pode permanecer como pecha, como pena eterna em face daquele menor. O STJ já decidiu neste sentido,⁶⁵ impossibilitando a utilização ou aproveitamento daqueles fatos pretéritos ocorridos sob a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na investigação social prevista em edital de concurso público.

3.2 – DIREITO AO ESQUECIMENTO FUNDADO NA SUA PROTEÇÃO X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O avanço da tecnologia acarretou uma verdadeira revolução na sociedade contemporânea. O Direito, por sua vez, atua como uma espécie de esponja, sistematizando as modificações sociais com o escopo de conferir segurança e estabilidade ao Estado. Ocorre, que por vezes, a modificação no mundo fático é tão célere e complexa que sua tradução em normas se realiza de formas mais problemática.

⁶³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.337.

⁶⁴ CURY JÚNIOR, David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Tese DE Doutorado. Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p.97

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. ° 48.278-DF**. Rel. Min. Pedro Acioli. 6ª Turma. Julgamento em 27/08/1996. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/539310/recurso-especial-resp-48278>. Acesso em 3 de novembro de 2016.

Hoje, “nenhuma reflexão séria sobre o dever da cultura contemporânea pode ignorar a enorme incidência das mídias eletrônicas (sobretudo a Televisão) e da informática”.⁶⁶

Aliás, Nicholas Negroponte alerta para a modificação do estágio de evolução da sociedade moderna, que deixou de ser industrial e passou a ser informacional: “Nossa economia está se convertendo em economia da informação. A era industrial baseou-se na produção em larga escala”.⁶⁷

Os benefícios obtidos com a revolução tecnológica são inegáveis, sendo hoje completamente inconcebível imaginar a vida sem celulares, smartphones, internet, facilitação na comunicação, dentre outras vantagens. Ocorre que não se pode fechar os olhos para os riscos decorrentes dessa transformação, tais como a utilização ilegal do direito a imagem, a violação da privacidade, a superexposição individual, a divulgação de informações privadas e a venda de dados pessoais para fins econômicos.

Reconhecer a iminente possibilidade de violação de direitos fundamentais é essencial para que se possa buscar soluções e mecanismo de proteção ao indivíduo. Com novas tecnologias, surgem novas formas de violação aos direitos da personalidade. O Direito ainda procura respostas para as consequências da internet. Schreiber Alerta:

Se os meios tradicionais de comunicação já possuíam características que dificultam a aplicação efetiva de remédios jurídicos, tal dificuldade tem se intensificado imensamente com a *internet*. A celeridade na difusão de imagens e notícias, a frequente impossibilidade de identificação do auto da ofensa (muitas vezes, um usuário anônimo, que se vale de um computador de acesso público ou não rastreável) e o imenso esforço necessário para se retirar da rede uma notícia falsa ou de conteúdo ofensivo são alguns dos obstáculos que vêm sendo enfrentado pelos tribunais neste campo.⁶⁸

A liberdade de expressão e de informação não constitui um dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República do Brasil nos artigos. 5º, inc. IX, e 220, §§ 1º e 2º, nestes termos:

Art. 5º IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

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.

⁶⁶ LEVY, Pierre. **A tecnologia da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 9 . ed. Rio de Janeiro: Ed. 34,2000,p.17

⁶⁷ NEGROPONTE, Nicholas. **EL mundo digital**. Barcelona: Ed. B, 1995, p.25 (tradução Livre). Disponível em <http://bz.otsoa.net/libros%20de%20Divulgacion%20Cientifica/Nicholas%20Negroponte%20%20EL%20digital.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 16.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento-versus-liberdade-direito-de-informacao-a-tutela-de-um-direito-constitucional-da-person,56857.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.⁶⁹

Castanho de Carvalho situa a liberdade de imprensa e de informação como “uma liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva, fundamental e essencial, fazendo parte dos denominados direitos humanos.”⁷⁰

Como se observa, o § 1º do art. 220 da Constituição Federal, informa que a liberdade de informação ocorrerá sem qualquer restrição, salvo a proteção da “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; a garantia do “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” a inviolabilidade de “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, o “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações e profissionais que a lei estabelecer”, bem como “o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”⁷¹

Vê-se, portanto, que a própria Carta Magna relativiza a amplitude da liberdade de expressão e da informação e impõe a proteção dos direitos fundamentais e, em especial, os direitos da personalidade como fator limitador. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal e não se restringe aos direitos fundamentais expressos: “Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁷²

Sobre o tema Tepedino diz:

Devera o interprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir um aumento das hipóteses de ressarcimento, mas de maneira muito mais ampla, intuito de

⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de outubro de 2016.

⁷⁰ CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 21-22.

⁷¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de outubro de 2016.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 de outubro de 2016.

promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.⁷³

A tutela dos direitos da personalidade também não se limita ao rol dos direitos protegidos pelo CC. Seria impossível ao legislador a previsão de todos os direitos da personalidade, uma vez que os valores e direitos mais importantes de uma sociedade podem variar no tempo, de acordo com o grau de sua evolução.

Dessa forma, tanto a liberdade de expressão e informação quanto a proteção da liberdade individual são contempladas no ordenamento nacional, o que se constitui em aparente contrariedade, principalmente levando-se em consideração o princípio constitucional da unidade. Nas palavras de Sarmiento:

Dentro do mesmo espaço territorial há uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isso, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se de premissa que as partes se encontram devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais.⁷⁴

Nesta relação de conflito entre princípios, cabe citar as lições Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo está proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitindo um dos princípios terá de ceder. Isto não significa, contudo, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem procedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da procedência 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 procedência. 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.⁷⁵

Por meio da ponderação, o julgador verificará, com base no contexto probatório, o grau de realização e sofrimento imposto a um e a outro princípio, na tentativa de dar a máxima efetividade a ambos. Moraes assim avalia:

Toda e qualquer ponderação somente poderá ser feita no caso concreto porque a seleção de fatos a serem levados em considerações também deve ser submetida a um “critério racional de avaliação”. Há, portanto, necessidade de que o juiz tenha conhecimento de todo o conjunto de dados sobre os fatos de modo a ter como

⁷³ TEPENDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. n. 3. Aracaju, 2002, p.4.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito constitucional – Teoria História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2012. p.85.

justificar a seleção daqueles que o farão indicar a normativa adequada (também ser justificada) ao caso concreto.⁷⁶

Ressaltando ainda, que em 1980, antes mesmo da Constituição Federal Brasileira, René Dotti, já alertava para a dificuldade, por parte do julgador, na resolução do conflito entre já referidos direitos colidentes:

Parece que a grande meta assinalada para o jurista ao final deste século, consiste em acompanhar todo um processo de evolução material que se instalou e se movimenta à sua circunstancia e, para além das antinomias que a crise revela, meditar sobre as possibilidades de fornecer um sistema normativo que possa compatibilizar os avanços da tecnologia com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais do homem.⁷⁷

Dotti segue ainda, que em fevereiro de 1961, Lord Mancroftfoi incumbido de apresentar ao Parlamento inglês projeto de lei dispendo sobre a proteção dos indivíduos em face de publicação indesejadas, buscando equilibrar os direitos da personalidade e a liberdade da informação. Em razão da fluidez e dificuldade do tema, o parlamentar abandonou seu intento declarando suposto jornal *Times*, em 22 de novembro de 1969: “O projeto fracassou porque eu fui incapaz de estabelecer uma distinção precisa entre o público tem direito a conhecer e o que um homem tem direito a conservar para si mesmo”.⁷⁸

Embora não haja superioridade *a priori* de qualquer princípio na ordem constitucional, Tependino revela que os direitos da personalidade devem ser encarados como o eixo condicionalmente na atuação do magistrado ao aplicar a lei no caso concreto. Nestes Termos:

Procedendo-se, em definitivo, a uma conexão axiológica do tímido elenco de hipóteses-tipo previsto no Código Civil de 2002 ao Texto Constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade economia a novos critérios de legitimidade.⁷⁹

Nesta linha de pensamento, a Constituição Federal do Brasil, estabelece, em seu art. 220, § 1º:

⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodim. **Honra, liberdade de expressão e ponderação**. Civilística.com: revista eletrônica de Direito Civil. Ano 2, n. 2, 2013, p. 12 Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.34.

⁷⁸ DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 174.

⁷⁹ TEPENDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos da personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. n. 3. Aracaju, 2002. p. 05.

“Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.⁸⁰

Sendo assim, sinalizando uma predileção na proteção da pessoa humana sempre que houver aparente confronto entre princípios que seja, de qualquer outro do modo, insuperável.

3.3 – A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A existência do direito ao esquecimento já foi reconhecida pela jurisprudência nacional. Recentemente, o STJ proferiu julgamento sobre esse assunto, conforme anexo 2 deste trabalho de conclusão de curso.

Estes reacenderam o debate na sociedade sobre o confronto entre a liberdade de expressão e a proteção do indivíduo na divulgação da informação. Os dois julgamentos paradigmáticos decididos pelo STJ são da relatoria do Min. Luís Felipe Salomão que ocorrem em 28 de maio de 2013.

O primeiro caso acima, foi o conhecido como a “Chacina da Candelária” em que o acusado foi denunciado por ter supostamente participado de homicídios em serie em meados de 1993 em frente à Igreja Candelária, Rio de Janeiro. O acusado J.G.M foi absolvido.

Anos após sua absolvição, a emissora rede Globo de comunicações, em seu programa “Linha Direta”, apresentou em horário nobre uma retrospectiva especial dos fatos, uma dramaturgia, efetuando por fim, um resumo com todos os acusados, identificando individualmente o resultado final do julgamento, se absolvição ou condenação, e, neste caso, em quatro anos de pena.

J.G.M. ajuizou demanda para reparar os danos morais sofridos com a veiculação de sua imagem, informando que, antes da disponibilização da matéria, o programa televisão não o havia procurado para conceder sua autorização para a realização de entrevista, já que não tinha interesse de reviver tais fatos, dados e acontecimentos. Ele afirmou ainda que as matérias pretendidas levaram ao público situação que ele já havia superado, treze anos após o acontecimento, causando um transtorno em sua vida, tendo seus vizinhos o reconhecido, o chamando-o de chacinador. Tal matéria, trouxe o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Sustentou

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

ainda que sua vida profissional havia sido eliminada e ele precisou sair do local onde residia em função de ameaças à sua vida e de seus familiares. A ré também alegou ter o direito de informar e que o programa identificara J.G.M. como absolvido.

O pedido foi julgado improcedente em 1ª instância, sendo reformado pelo tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00. Em razão da inexistência de unanimidade, foram opostos embargos infringentes que confirmaram a condenação, gerando, por fim a interposição de Recurso Especial junto ao STJ.

Para o STJ, o réu, condenado ou absolvido pela prática de um crime, tem direito a ser esquecido, pois, se a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes e sua exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação sendo o artigo 748 do código de Processo Penal, com maior razão, aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, devendo ser a eles assegurado o direito de serem esquecidos.

A 4ª Turma do STJ, ao ponderar a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento, asseverando que, no caso, deveriam ter sido poupados o nome e a imagem do autor, independentemente da veracidade da informação, em virtude da ação do tempo e da afronta à dignidade da pessoa humana.

O segundo julgamento de repercussão nacional, batizado de “ Caso Aída Curi”.⁸¹ Foi mais um caso de divulgação de crime que resultou na morte da jovem Aída Curi, em 1958. O programa “Linha Direta – Justiça”, também da TV Globo, tratou da vida, da morte e do pós-morte dos personagens envolvidos no crime. Os irmãos da falecida ajuizaram ação de reparação de danos morais, alegando basicamente que o fato fora esquecido no tempo, mas a ré cuidou de reabrir as antigas feridas, e de danos materiais, pela exposição indevida sem autorização com objetivo comercial e econômico.

O pedido foi julgado improcedente, sendo mantido pelo TJRJ, momento em que foi interposto ao Recurso Especial analisado pela 4ª Turma do STJ, que, pela maioria dos integrantes, nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso entendendo que, no caso, deveria prevalecer a liberdade de imprensa, já que a matéria narrava fatos verídicos e a notícia histórica revela repercussão nacional.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.335.153/RJ**. 4ª turma. Relator: Desembargador LUIS FELIPE SALOMÃO. Publicado no DJE em 28.05.2013.

No que discute ao dano moral pelo uso indevido da imagem, o pedido também foi negado, mas houve divergência, já que, conforme preceitua o Código Civil, não houve autorização dos irmãos para divulgação da imagem e em razão da falta de notoriedade da vítima, porém prevaleceu o pensamento de que a reprodução foi feita licitamente.

Então buscando a solução para o conflito entre a liberdade da informação e a proteção individual, memória individual, em função de terem o mesmo *status* constitucional, é extremamente complexa. Como não há princípios absolutos, não se pode falar em prevalência de qualquer um deles e pelo menos *a priori*, só se poderá verificar a preponderância de um sobre o outro por meio da análise do caso concreto.

Apesar disto, o Direito é uma ciência prática. A especulação doutrinária desapegada de qualquer propósito de transformação da realidade concreta tem valor científico, mas não realiza a finalidade maior do Direito, que é a pacificação justa dos conflitos sócias, sendo nas palavras de Freire:

Novos direitos surgiram na era da informação, como também novas formas de violá-los, exigindo do juiz comprometido com a efetividade da jurisdição uma atuação mais ativa no processo. Dessa forma, o juiz deve se libertar de esquemas processuais adequadas aos diferentes perfis dos direitos materiais.⁸²

Dito isto, o objeto desta pesquisa é analisar os parâmetros atuais utilizados pela doutrina e jurisprudência na resolução do conflito em questão, no intuito de estabelecer novos critérios e balizas, as mais objetivas possíveis, conferindo, assim, maior estabilidade e segurança jurídica na ponderação do direito ao esquecimento.

⁸² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação, In: MOURA, Lenice S. Moreira de . **O novo constitucionalismo na era pós positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo Saraiva, 2009, p.30

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As evoluções tecnológicas dos últimos anos constituem verdadeira revolução no modo de vista da população moderna. Sem limites de barreiras, pela imensa facilidade de realização de comunicação e agilidade na troca de dados e informações.

Apesar das imensas vantagens, das renovações tecnológicas trazem novos conceitos e desafios. A capacidade ilimitada de armazenamento de dados e a sua capacitação de serem recuperados a qualquer hora e modo fazem com que situações passadas, sem mais interesse público, possam ser rememoradas com uma única aplicação prática, lesionar os aspectos fundamentais do ser humano e sua personalidade com situações que já consolidaram esquecidas, mortas, porém lembradas.

A memória individual é aspecto fundamental e essencial de valores intrínsecos do ser humano, merecendo uma proteção jurídica, também quanto a memória social coletiva. Sendo assim, o pleno desenvolvimento pessoal é condicionado e implementado pela possibilidade de um indivíduo controlar as suas próprias memórias.

Comprovando ainda que os direitos da personalidade são aqueles caracteres mais fundamentais e intrínsecos à condição humana, demandando, por isso uma proteção diferenciada e ponderada pelo ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter de essencialidade, o rol dos direitos da personalidade está em constante mutação, gerindo nas necessidades de nós humanos.

O sustento, surgimento, e o descolamento de um novo direito à personalidade intitulado “o direito ao esquecimento”, que de fato deve sim ser considerado, já que seu fundamento de validade estabelece diretamente na dignidade da pessoa humana. Não se tratando de nenhuma virtude de outro direito da personalidade existente. Possa se dizer que o direito ao esquecimento passou a ser, de fato uma preocupação nacional após a edição do Enunciado, portanto, faz uma importante contribuição chamando a atenção para a necessidade de se pensar no direito ao esquecimento como caminho para preservação de uma memória social, e proteção a memória individual, demonstra também que o objetivo jurídico de proteção do direito ao esquecimento, não só com a imagem, honra e vida privada é completamente distinto daqueles, que ainda resta desprotegida a memória individual.

Pode-se caracterizar o direito ao esquecimento como um direito de defesa, que permite que o indivíduo negue acesso à sua informação pessoal, que se coloca ao seu recolhimento, a

sua difusão ou a qualquer outro modo geral, em função do decurso de tempo e da inexistência de evidências de interesse público na divulgação de tal fato.

No intuito de conferir a efetiva aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento pátrio, passou-se à análise do mecanismo de superação do confronto entre a liberdade de informação e a proteção a memória individual, por meio da ponderação de interesses, em que verificará no caso concreto o grau de realização e de sofrimento imposto a um e a outro princípio, na tentativa de dar a máxima efetividade a ambos.

Desse modo, o interesse público da informação não pode ser confundido com a curiosidade pública e deverá ter utilidade prática na rememoração de fatos passados, sob pena de esta ser considerada abusiva e ilegal.

No que está relacionado à contemporaneidade, em virtude de seu caráter fluido e vaporoso, não se pode atribuir, *a priori*, um prazo prescricional para utilização de uma informação, apesar de essa limitação ser um consectário lógico de um sistema criminal que prevê a reabilitação, possibilitando o indivíduo, a sua superação de eventos traumáticos passados e na sua reabilitação,

Destarte, a pesquisa objetivou estudar o caráter autônomo do direito ao esquecimento, em suas características, sua proteção jurídica a memória individual, e conferir à sua tutela balizas mais práticas, diretas e que levem em consideração a proteção específica desse direito. Assim, a tutela da memória individual é fundamental e merece tratamento diferenciado, em razão de proteger o caráter essencial, sendo manifestação direta da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Carlos. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

Após 28 anos preso, cabo Bruno deixa prisão em SP e deve se dedicar a venda de quadros. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/08/23/apos-28-anos-preso-cabo-bruno-deixa-prisao-em-sao-paulo.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

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 Jurídica da FIC*. v. 3. Fortaleza: abr. 2004/out. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. *Civilistica.com: revista eletrônica de Direito Civil*. Ano. 2. n. 3. 2013, p. 9. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso 10 de outubro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei Nº 12.737 de 30 de novembro de 2012 - do Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10731219/artigo-2-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.683/97 - Lei da Anistia.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm Acesso em: 17 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.528/11 - Lei da Comissão Nacional da Verdade.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078 – Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601637/artigo-44-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990> Acesso em: 03 novembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.869 – Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10603356/artigo-1215-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 3 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP. 48.278-DF.** Rel. Min. Pedro Aciole. 6ª Turma. Julgamento em 27/08/1996. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/539310/recurso-especial-resp-48278>. Acesso em 3 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.335.153/RJ.** 4ª turma. Relator: Desembargador LUIS FELIPE SALOMÃO. Publicado no DJE em 28.05.2013.

BRASIL. TRT 3ª Região. **RO 3497/02**. Relator: Juiz Ricardo Antônio Mohallem. Disponível em: DJMG de 30.05.2002.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10602721/artigo-743-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 1 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Mandado de Segurança nº 33.300-RJ**. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em: 23.10.2001.

BRASIL ESCOLA. **A Comissão da Verdade visa investigar os crimes cometidos por agentes do Estado ao longo do século XX**. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/comissao-verdade.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

CAZUZA. **O Tempo não Para**. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/cazuza/45005/>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

CANATILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. **Reflexão acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, § 5º da constituição**. Revista de Direito Administrativo n. 253. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010.

CEJAS, Centro de Estudo José Aras. **A Pessoa Jurídica pode sofrer Dano Moral - Sumula 227 STJ**. Disponível em: <http://www.cursocejas.com.br/cejus/noticias/detalhe/34>. Acesso em: 04 de setembro de 2016.

CIFUENTES, Santos. **Direitos personalíssimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

Considerações sobre o Direito ao esquecimento. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet**. São Paulo: Altas, 2013.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Notas sobre a Execução Penal - Revista da EMERJ**. v. 13. n.51. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

CURY JÚNIOR, David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Tese DE Doutorado. Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Facebook completa 10 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-completa-10-anos-veja-evolucao-da-rede-social.html>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação**. São Paulo Saraiva: 2009.

HALBAWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Tradução de Inés Sancho- Arroyo. Zaragoza: Pensas Uiversitária de Zaragoza, 2004.]Johanes Gutenberg (1395-1469).

Biografia em vida Disponível em: https://www.ebiografia.com/johannes_gutenberg. Acesso em 10 de outubro de 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed.71, 1960.

LEVY, Pierre. **A tecnologia da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 9 . ed. Rio de janeiro: ed. 34,2000.

MARTINEZ, Pablo Domingues. **Direito ao esquecimento a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAGI, Manuella Rocha. **Análise do direito fundamental ao esquecimento sob a ótica do Recurso Especial 1.334.097/RJ**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fee119ef73799cd0>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

MORAÑA. Mabel. **Pertinência de la Histórica em América Latina - Memória colectiva y políticas de olvido**. Argentina e Uruguay: Beatriz Viterbo, 1970-1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodim. Honra. **Liberdade de expressão e ponderação**. Civilística.com: revista eletrônica de Direito Civil. Ano 2, n. 2,2013, p. 12. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGROPONTE, Nicholas. **EL mundo digital**. Barcelona: Ed. B, 1995. Disponível em <http://bz.otsoa.net/libros%20de%20Divulgacion%20Cientifica/Nicholas%20Negroponte%20%20EL%20digital.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 16.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista diálogo Jurídico. ano I. v.1. n. 1. abril de 2001. Salvador: Direito Público.

SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional – Teoria História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA, Bernardo de Azevedo. **Direito ao esquecimento e práticas punitivas na Era Digital**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/direito-ao-esquecimento-e-praticas-punitivas-na-era-digital/>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

SHINTATI, Tomaz Mituo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOBRINDO, Mário Sérgio. **Registro criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Tese Doutorado. São Paulo: Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento-versus-liberdade-direito-de-informacao-a-tutela-de-um-direito-constitucional-da-person,56857.html>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

TEPENDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos da personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. n. 3. Aracaju, 2002.

ANEXO 1

ARTIGO: DIREITO DE APAGAR DADOS E A DECISÃO DO TRIBUNAL EUROPEU NO CASO GOOGLE ESPANHA

Em uma pesquisa no Google, descobre-se que Mario Costeja González é um advogado espanhol, que morava na Rua Montseny, na cidade de Barcelona, em um apartamento de 90m², o qual foi levado a hasta pública para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola, conforme se noticiou no jornal *La Vanguardia*, no ano de 1998, na página de anúncios de leilões públicos. Maria Vosteja González, no entanto, havia quitado a dívida, sem que houvesse necessidade da venda judicial. Em 2009, ele procurou administrativamente o jornal para pedir que seu nome não mais aparecesse no motor de busca em associação a esse fato. A resposta foi negativa e o argumento foi que a publicação se devera a um comando do Ministério do Trabalho e Seguridade Social. O periódico servira apenas como instrumento para executar uma determinação do órgão público.

Em 2010, Mario Costeja González também buscou administrativamente, desta vez junto ao Google Espanha, a retirada de seus dados do motor de busca. A sucursal espanhola transmitiu o requerimento de Costeja González para a matriz californiana. O pedido foi rejeitado pela empresa. Em março do mesmo ano, o espanhol protocolizou uma reclamação na Agência Espanhol de Proteção de Dados (AEPD) contra a empresa *La Vanguardia Ediciones SL*, que edita o jornal com idêntico nome, com grande circulação na Catalunha, e também contra Google Spain e Google Inc.

O pedido de Mario Costeja González consistia em que fossem suprimidas ou alteradas as páginas eletrônicas nas quais seus dados estavam disponíveis, de modo a que estes não mais aparecessem ou que não fosse possível sua leitura por terceiros. Segundo ele, não havia mais sentido na divulgação dos dados do processo de execução, em razão de sua extinção há vários anos.

O julgamento da reclamação pela agência espanhola deu-se em julho de 2010, tendo a AEPD rejeitado o pedido em face do jornal, por se considerar que o periódico tão somente publicou o anúncio por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, cujo objetivo era de ordem pública, porquanto visava a dar ampla publicidade ao leilão dos imóveis. Quanto ao Google, sucursal e matriz, a AEPD entendeu que os motores de busca se submetem à legislação protetiva de dados pessoais, na medida em que são intermediários entre a informação e o público. Seria, por conseguinte, legítimo determinar a retirada dos dados e

impor proibição de que certas informações pessoais venham a ser expostas, quando isso implicar lesão ao direito fundamental de proteção de dados e também à dignidade das pessoas em sentido amplo. Nesse último aspecto, também se compreenderia o desejo do indivíduo de que seus dados pessoais não sejam conhecidos por terceiros.

Inconformadas com a decisão da autarquia espanhola, Google Spain e a Google Inc. ajuizaram recursos perante a Audiência Nacional, um órgão judiciário de Espanha, com competência sobre todo o território do país, de cujos julgamentos cabem recurso ao Supremo Tribunal da Espanha.

No julgamento do caso, a Audiência Nacional entendeu que seria necessário devolver a matéria para o Tribunal de Justiça da União Europeia, por considerar que a matéria envolvia a interpretação da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Mario Costeja González teve, então, seu “dia na Corte”, quando a matéria foi examinada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em seu órgão plenário (a Grande Seção), no último dia 13 de maio de 2014. Antes disso, a controvérsia envolvendo o direito do espanhol de “apagar dados pessoais” já havia sido noticiada em diversos jornais e periódicos, sendo aguardada a solução do caso em meio a enorme polêmica nos meios jurídicos e políticos europeus e norte-americanos.

A partir de agora, far-se-á um resumo do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em cujo julgamento também funcionaram representantes de diversos governos nacionais europeus:

1. *Marco normativo analisado.* A controvérsia tem como objeto o pedido de interpretação, em caráter judicial, dos artigos 2º, alíneas *b* e *d*; 4º, inciso 1, alíneas *a* e *c*; 12, alínea *b*, e 14, parágrafo primeiro, alínea *a*, todos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, bem assim do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

2. *Natureza da atividade dos motores de busca.* O primeiro desafio do tribunal europeu foi caracterizar as atividades dos motores de busca. A tese do Google é de que ele não faz tratamento específico dos dados que surgem na internet em páginas de terceiros. E, ainda que se admita que o Google realiza um tratamento de dados, isso não pode torná-lo responsável juridicamente, na medida em que ele não conhece o teor desses dados e não exercer sobre eles qualquer controle

Em contradição à tese do Google, o reclamante Mario Costeja González, os Governos espanhol, italiano, austríaco e polônês, além da Comissão Europeia, sustentaram que a ação do motor de busca deve ser considerada como tratamento de dados, no sentido que lhe é conferido pela Diretiva 95/46. Desse ponto é que decorreria a responsabilidade do Google, na medida em que ele dá finalidade ao acesso aos dados e define quais os meios para seu tratamento.

A conclusão do tribunal europeu, quanto a esse ponto, foi no sentido de que “*não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, ‘dados pessoais’ na acepção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva*”. Em tal ordem de ideias, “*ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca ‘recolhe’ esses dados, que ‘recupera’, ‘registra’ e ‘organiza’ posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, ‘conserva’ nos seus servidores e, se for caso disso, ‘comunica’ e ‘coloca à disposição’ dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas*”. De acordo com o artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, a ação do Google é uma forma de tratamento de dados, “*independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais*”.

3. *A responsabilidade do Google pelo tratamento dos dados.* Como decorrência do enfrentamento da tese da natureza da atividade desenvolvida pelo Google, surge a questão de sua responsabilidade. Nesse ponto, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que “*é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d)*”.

A organização dos dados pelos motores de busca implica a “*organização e a agregação das informações publicadas na Internet*”, com o “*objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas*”, o que “*conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa*”.

A ação dos motores de busca, nesse sentido, pode afetar de modo sensível “*os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais*”. De tal sorte que “*o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada*”.

4. *A questão da competência territorial.* A segunda questão prejudicial analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia consiste na possibilidade de se considerar a atividade do Google como sujeita às leis e às instituições judiciárias europeias.

Entendeu-se que havia uma divisão de tarefas entre a matriz norte-americana (responsável pelo tratamento de dados) e a filial espanhola (responsável pela comercialização de publicidade do grupo na Espanha). A defesa do Google consistiu no argumento de que “*o tratamento de dados pessoais em causa no processo principal é efetuado exclusivamente pela Google Inc., que explora o Google Search sem intervenção alguma da Google Spain, cuja atividade se limita a fornecer apoio à atividade publicitária do grupo Google que é distinta do seu serviço de motor de busca*”.

Para o Tribunal de Justiça, no entanto, a Diretiva 95/46 tem por finalidade “*assegurar uma proteção eficaz e completa das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais*”, de tal modo que “*esta última expressão não pode ser objeto de interpretação restritiva (v., por analogia, acórdão L’Oréal e o., C-324/09, EU:C:2011:474, n.os 62 e 63)*”.

Haveria, por isso, uma ligação indissociável entre a empresa matriz e a filial, ainda que entre estas haja uma divisão de trabalho, até porque “*as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, ao mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades*”.

5. *A existência de um “direito de apagar dados pessoais”.* O terceiro capítulo do acórdão de maior interesse para esta coluna é o que responde ao problema de se saber se “*o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as ligações a outras páginas web, publicadas por terceiros e que contêm informações sobre essa pessoa, também*

na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita”.

A tese do Google é de que os pedidos de “apagar dados”, com base no princípio da proporcionalidade, deveriam ser dirigidos ao editor do sítio no qual as informações foram lançadas. O reconhecimento puro e simples de um direito a apagar dados implica desconsiderar os “*direitos fundamentais dos editores de páginas web, dos outros internautas nem do próprio operador*”.

1. *Marco normativo analisado.* A controvérsia tem como objeto o pedido de interpretação, em caráter judicial, dos artigos 2º, alíneas *b* e *d*; 4º, inciso 1, alíneas *a* e *c*; 12, alínea *b*, e 14, parágrafo primeiro, alínea *a*, todos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, bem assim do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

2. *Natureza da atividade dos motores de busca.* O primeiro desafio do tribunal europeu foi caracterizar as atividades dos motores de busca. A tese do Google é de que ele não faz tratamento específico dos dados que surgem na internet em páginas de terceiros. E, ainda que se admita que o Google realiza um tratamento de dados, isso não pode torná-lo responsável juridicamente, na medida em que ele não conhece o teor desses dados e não exercer sobre eles qualquer controle.

Em contradição à tese do Google, o reclamante Mario Costeja González, os Governos espanhol, italiano, austríaco e polônês, além da Comissão Europeia, sustentaram que a ação do motor de busca deve ser considerada como tratamento de dados, no sentido que lhe é conferido pela Diretiva 95/46. Desse ponto é que decorreria a responsabilidade do Google, na medida em que ele dá finalidade ao acesso aos dados e define quais os meios para seu tratamento.

A conclusão do tribunal europeu, quanto a esse ponto, foi no sentido de que “*não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, ‘dados pessoais’ na acepção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva*”. Em tal ordem de ideias, “*ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca ‘recolhe’ esses dados, que ‘recupera’, ‘registra’ e ‘organiza’ posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, ‘conserva’ nos seus servidores*

e, se for caso disso, ‘comunica’ e ‘coloca à disposição’ dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas”. De acordo com o artigo 2.º, alínea b, da Diretiva 95/46, a ação do Google é uma forma de tratamento de dados, “independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais”.

3. A responsabilidade do Google pelo tratamento dos dados. Como decorrência do enfrentamento da tese da natureza da atividade desenvolvida pelo Google, surge a questão de sua responsabilidade. Nesse ponto, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que “é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento por força do referido artigo 2.º, alínea d)”

A organização dos dados pelos motores de busca implica a “organização e a agregação das informações publicadas na Internet”, com o “objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas”, o que “conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, que lhes permita estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa”.

A ação dos motores de busca, nesse sentido, pode afetar de modo sensível “os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais”. De tal sorte que “o operador desse motor, como pessoa que determina as finalidades e os meios dessa atividade, deve assegurar, no âmbito das suas responsabilidades, das suas competências e das suas possibilidades, que essa atividade satisfaça as exigências da Diretiva 95/46, para que as garantias nesta previstas possam produzir pleno efeito e possa efetivamente realizar-se uma proteção eficaz e completa das pessoas em causa, designadamente do seu direito ao respeito pela sua vida privada”.

4. A questão da competência territorial. A segunda questão prejudicial analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia consiste na possibilidade de se considerar a atividade do Google como sujeita às leis e às instituições judiciárias europeias.

Entendeu-se que havia uma divisão de tarefas entre a matriz norte-americana (responsável pelo tratamento de dados) e a filial espanhola (responsável pela comercialização de publicidade do grupo na Espanha). A defesa do Google consistiu no argumento de que “o

tratamento de dados pessoais em causa no processo principal é efetuado exclusivamente pela Google Inc., que explora o Google Search sem intervenção alguma da Google Spain, cuja atividade se limita a fornecer apoio à atividade publicitária do grupo Google que é distinta do seu serviço de motor de busca”.

Para o Tribunal de Justiça, no entanto, a Diretiva 95/46 tem por finalidade “*assegurar uma proteção eficaz e completa das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais*”, de tal modo que “*esta última expressão não pode ser objeto de interpretação restritiva (v., por analogia, acórdão L’Oréal e o., C-324/09, EU:C:2011:474, n.os 62 e 63)*”.

Haveria, por isso, uma ligação indissociável entre a empresa matriz e a filial, ainda que entre estas haja uma divisão de trabalho, até porque “*as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, ao mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades*”.

5. *A existência de um “direito de apagar dados pessoais”.* O terceiro capítulo do acórdão de maior interesse para esta coluna é o que responde ao problema de se saber se “*o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as ligações a outras páginas web, publicadas por terceiros e que contêm informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita*”.

A tese do Google é de que os pedidos de “apagar dados”, com base no princípio da proporcionalidade, deveriam ser dirigidos ao editor do sítio no qual as informações foram lançadas. O reconhecimento puro e simples de um direito a apagar dados implica desconsiderar os “*direitos fundamentais dos editores de páginas web, dos outros internautas nem do próprio operador*”.

Esta e outras questões acessórias serão analisadas na próxima coluna, que também recolocará o problema da terminologia — direito ao esquecimento, direito a ser esquecido, direito a ser deixado em paz e direito a apagar dados — e seus reflexos no Direito brasileiro.⁸³

⁸³ CONJUR. Consultor Jurídico. **DIREITO DE APAGAR DADOS E A DECISÃO DO TRIBUNAL EUROPEU NO CASO GOOGLE ESPANHA**, Otavio Luiz Rodrigues Junior é advogado da União, professor doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e doutor em Direito Civil (USP), com estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no Max-Planck-Institut für ausländisches und

ANEXO 2

JULGADO: RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) RECORRENTE : GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS : JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO(S) JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(S) RECORRIDO : JURANDIR GOMES DE FRANÇA ADVOGADO : PEDRO D'ALCÂNTARA MIRANDA FILHO E OUTRO(S). RELATÓRIO. O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator): 1. Jurandir Gomes de França ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A). Informou o autor ter sido indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", mas que, a final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Noticiou que a ré o procurou com o intuito de entrevistá-lo em programa televisivo ("Linha Direta - Justiça") - posteriormente veiculado -, tendo sido recusada a realização da referida entrevista e mencionado o desinteresse do autor em ter sua imagem apresentada em rede nacional. Porém, em junho de 2006, foi ao ar o programa, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. Segundo entende, levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares. Por entender que a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita e causou-lhe intenso abalo moral, pleiteou o autor indenização no valor de 300 (trezentos) salários mínimos. O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia acerca de "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório (fls. 130-137). Em grau de apelação, a sentença foi reformada, por maioria, nos termos da seguinte ementa: Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a

informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento. V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).

Opostos embargos infringentes, também por maioria, foram rejeitados - nos termos da seguinte ementa: Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivojornalística: "chacina da Candelária". Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, alfim, inocentada. Uso inconsciente de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação "vs" Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não-pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios. 1. Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor - acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de glória lembrança, a "chacina da Candelária". Por isto mesmo, não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção - alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir. 2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década. Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte. 3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância. 4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado "direito ao esquecimento", também chamado pelos norte-americanos de "direito de ser deixado em paz". Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem. Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida. 5. Analisado como

sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado. 6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsentido da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra. Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (CF. art. 5º, V, da CF). 7. Tomando em linha de conta a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor (relançado na persona de "suspeito" entre as pessoas de sua convivência comunal), e o conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral, a verba aparentemente exagerada de R\$ 50.000,00 se torna adequada - tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico. Desprovemento do recurso (fls. 297-299).⁸⁴

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP. 1.334-097 RJ**. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado e disponível no Dje em 28/05/2013.