

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Elisandro Machado**

**TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O  
DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DOS  
TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL E DO TRIBUNAL SUPREMO  
ESPAÑOL**

Santa Maria, RS  
2017

**Elisandro Machado**

**TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DIREITO  
AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO  
BRASIL E DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial à obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS  
2017



**Elisandro Machado**

**TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DIREITO  
AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO  
BRASIL E DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial à obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

**Aprovado em 17 de Março de 2017**

---

**Valéria Ribas do Nascimento, Dr<sup>a</sup>. (UFSM/RS)**  
(Presidente/Orientador)

---

**Rafael dos Santos Oliveira, Dr. (UFSM/RS)**  
Membro

---

**Angelita Maria Maders, Dr<sup>a</sup>. (URI/RS)**  
Membro

Santa Maria, RS  
2017

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, Eliseu e Vanir, meus irmãos, Vanderson e Andriara, e à minha noiva, Franciele, que têm me ensinado os maiores valores da vida: a importância da honestidade, da transparência, da lealdade, do amor, da dedicação e da humildade.*

## AGRADECIMENTOS

Somente foi possível concluir esta pesquisa devido ao apoio, à orientação, ao carinho e ao companheirismo de várias pessoas. Agradeço a todos aqueles que contribuíram, de uma forma ou de outra, para a concretização deste projeto e, de uma maneira especial, agradeço:

A Deus, por permitir que eu prossiga nesta caminhada diária em busca do esclarecimento e do saber.

À minha família, pelo apoio e compreensão frente aos muitos momentos de ausência, necessários à elaboração desta dissertação.

À minha noiva, Franciele Lopes dos Santos, por todo amor e companheirismo demonstrado durante nossa caminhada.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Valéria Ribas do Nascimento, por pacientemente direcionar meus passos no caminho do saber.

Ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, cujas contribuições, por ocasião da defesa do Projeto de Dissertação, foram fundamentais para o desenvolvimento final do trabalho.

Aos demais professores, bem como a meus colegas do Mestrado em Direito, não só pelo companheirismo demonstrado, mas também pelo conhecimento compartilhado em cada aula, fazendo com que eu pudesse ampliar meus horizontes ao subir nos ombros desses gigantes.

Aos meus amigos e colegas de trabalho do 4º Batalhão de Bombeiro Militar, pelo apoio e incentivo constantes, sem o qual não conseguiria ter êxito nesta pesquisa.

A todos os mestres que contribuíram para que este objetivo fosse alcançado, em especial aos meus orientadores em outros projetos, Prof. Ms. Juliano Heinen, Prof. Dr. Gilnei Luiz de Moura, Prof. Ms. Everton de Souza Dias, Prof. Ms. Fábio Rijo Duarte, Prof. Dra. Daniele Soncini Bonella, e aos meus amigos Prof. Ms. Wagner A. H. Pompéo, Prof. Ms. Rafael Friedrich, Prof. Ms. Guilherme Ziegler Huber, pessoas que têm sido um farol a guiar meus passos.

*Caminante, son tus huellas  
el camino y nada más;  
Caminante, no hay camino,  
se hace camino al andar.  
Al andar se hace el camino,  
y al volver la vista atrás  
se ve la senda que nunca  
se ha de volver a pisar.  
Caminante no hay camino  
sino estelas en la mar.*

(Antônio Machado)

## RESUMO

As Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação, em especial a Internet, têm impactado significativamente a maneira como o ser humano se relaciona com tudo aquilo que o cerca. Na Sociedade da Informação, surge a necessidade de ampliação do conceito de privacidade, para abarcar situações nas quais os dados ou as informações pessoais são disponibilizados na rede mundial de computadores sem que tenham efetivo interesse público. Surge, assim, uma corrente doutrinária e jurisprudencial que vai ao encontro da ideia de que o excesso de memória, provocado pela ampla capacidade de armazenamento da Internet, resta por fazer com que o ser humano fique impossibilitado de se desligar do passado, sendo perseguido, por toda a vida, por seus equívocos. Fala-se, assim, na possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento virtual, decorrente da tutela da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, como a prerrogativa que tem o ser humano de não ser perseguido eternamente por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. O direito ao esquecimento é oriundo do campo penal, sendo que sua aplicação, em âmbito cível, em especial em relação à possibilidade de supressão ou ocultamento de dados ou informações pessoais verdadeiras dos mecanismos de busca da Internet, é o que torna o tema novo e relevante. Sendo assim, a presente pesquisa investiga como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm enfrentando o tema em questão. Buscou-se apresentar pontos de encontro entre os critérios adotados para a tomada de decisão, estabelecendo balizas teóricas que possibilitem a realização da ponderação entre os direitos em conflito, quais sejam, a liberdade de expressão e a tutela da privacidade.

**Palavras Chave:** Tutela da Privacidade; Direito ao Esquecimento; Tribunais Superiores do Brasil; Tecnologias da Informação e da Comunicação; Proteção de Dados.

## ABSTRACT

The New Technologies of Information and Communication, especially the Internet, have significantly impacted the way in which the human being relates to everything that surrounds him. In the Information Society, there is a need to extend the concept of privacy, to cover situations in which data or personal information are made available on the global computer network without having an effective public interest. Thus, a doctrinal and jurisprudential current emerges, which is in line with the idea that the excess memory caused by the Internet's ample storage capacity has made human beings unable to detach themselves from the past, being persecuted, For the rest of his life, for his misunderstandings. It speaks of the possibility of applying the right to virtual forgetfulness, due to the protection of the dignity of the human person and the right to privacy, as the prerogative of the human being not to be eternally persecuted for acts or facts of the past that Have no legitimate public interest. The right to forgetfulness comes from the criminal field, and its application, in a civil sphere, especially in relation to the possibility of suppression or concealment of personal data or personal information of the Internet search engines, is what makes the subject new and relevant. Thus, the present research investigates how the Supreme Courts of Brazil and the Spanish Supreme Court are facing the issue in question. We sought to present meeting points between the criteria adopted for decision-making, establishing theoretical frameworks that allow the weighting between conflicting rights, namely, freedom of expression and protection of privacy.

**Keywords:** Privacy Guardianship; Right to Forgetfulness; Superior Courts of Brazil; Information and Communication Technologies; Data Protection.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEPD	Agência Espanhola de Proteção de Dados
ANEL	Associação Nacional dos Editores de Livros
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Constituição Espanhola
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IP	Internet Protocol
IRPF	Imposto de Renda de Pessoa Física
NTICs	Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação
PGR	Procuradoria Geral da República
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TICs	Tecnologias da Informação e da Comunicação
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TSE	Tribunal Supremo Espanhol
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Europeia

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. “A PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA”: O TEMPO SE CURVA DIANTE DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
1.1 FUTURO DOMINADO: A NECESSIDADE DE ESQUECIMENTO NA ERA DA MEMÓRIA PERFEITA .....	22
1.1.1 A Sociedade da Informação e a tutela da dignidade da pessoa humana como norma (valor, princípio e regra) maior nas sociedades democráticas .....	31
1.1.2 A proteção da memória individual frente à vulnerabilidade dos direitos da personalidade na rede mundial de computadores .....	42
1.2 A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTERNET E A PROTEÇÃO DE DADOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESPANHOL .....	54
1.2.1 O Marco Civil da Internet e a (necessidade de regulamentar a) proteção de dados no Brasil .....	57
1.2.2 A proteção de dados e a tutela dos direitos da personalidade na Espanha .....	63
1.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO .....	70
1.3.1 O tratamento jurídico dos direitos da personalidade no Brasil .....	70
1.3.2 Antecedentes históricos do direito ao esquecimento .....	75
<b>2. DIREITO AO ESQUECIMENTO: A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL E DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL .....</b>	<b>82</b>
2.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	84
2.1.1 Inaplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil .....	89
2.1.2 Aplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil .....	95
2.2 A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL E O “ <i>DERECHO AL OLVIDO DIGITAL</i> ” .....	99
2.2.1 Aplicabilidade do “ <i>derecho al olvido digital</i> ” na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol .....	103
2.2.2 Inaplicabilidade do “ <i>derecho al olvido digital</i> ” na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol .....	108
2.3 POLÍTICA DA JUSTA MEMÓRIA: PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS PARA AVALIAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO VIRTUAL .....	111
2.3.1 Convergências e divergências em relação ao direito ao esquecimento virtual no Brasil e na Espanha .....	115

<b>2.3.2 Parâmetros para solução de demandas envolvendo o direito ao esquecimento virtual.....</b>	<b>119</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da sociedade contemporânea, no campo jurídico, consiste em buscar alternativas que auxiliem na solução do constante conflito entre as liberdades constitucionalmente asseguradas e a proteção aos direitos da personalidade, em especial o respeito à privacidade, conflito este que assume novos contornos com a ampliação do uso da Internet. Devido aos avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos tornou-se possível a divulgação de dados e informações<sup>1</sup> de forma quase instantânea, e para um grande número de pessoas, por meio da rede mundial de computadores.

Da mesma forma que as novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) facilitam a interação entre as pessoas, fazem com que as informações, uma vez divulgadas, escapem ao controle de quem as disponibilizou na rede. Verifica-se, assim, que a Internet apresenta novos modos de interação social que merecem proteção jurídica, o que exige não somente do legislador, mas também do aplicador do direito, uma abordagem lastreada na proteção dos direitos fundamentais<sup>2</sup>, a fim de enfrentar adequadamente as problemáticas próprias da Sociedade da Informação<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Com relação à utilização dos termos *dados e informações*, verifica-se que o conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias. Ambos os termos têm sido utilizados para representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. Semanticamente, *dado* apresenta uma conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como se fosse a informação em estado potencial, antes de ser transmitida. A *informação*, por sua vez, estaria relacionada a algo além da representação contida no *dado*, chegando ao limiar de uma cognição (DONEDA, 2014). No presente trabalho os termos serão utilizados em conjunto, na maior parte das vezes, representando a ideia de que a proteção jurídica da privacidade deve se dar tanto com relação aos *dados* quanto com relação às *informações*.

<sup>2</sup> Opta-se por utilizar a expressão direitos fundamentais, filiando-se à doutrina que estabelece que direitos fundamentais seriam os “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço e temporalmente”, enquanto os direitos humanos, ou direitos do homem, “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)” (CANOTILHO, 2003, p. 393). No mesmo sentido Têmis Limberger, para quem “os direitos humanos são anteriores a qualquer positivização, prevalecem diante de todos. A expressão costuma ser muito utilizada na órbita internacional. Os direitos fundamentais são os direitos positivados no ordenamento constitucional, são associados à órbita do direito interno” (2007b, p. 75). Ingo Wolfgang Sarlet (2012) diferencia direitos humanos de direitos fundamentais entendendo que os direitos humanos estão fundados necessariamente na dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais são considerados como direitos que, independentemente de terem ou não relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional. Assim, como uma das premissas da presente pesquisa é a de que a tutela da privacidade na Sociedade da Informação comporta o direito ao esquecimento, este derivado da dignidade da pessoa humana e do respeito à esfera privada/íntima do indivíduo, optou-se por utilizar a expressão direitos fundamentais, já que o respeito à vida privada está fundamentado na dignidade da pessoa humana e também assegurado na maioria das constituições ocidentais. Apesar disso, muitas vezes ambos os termos serão utilizados separadamente, devendo ser entendidos como sinônimos na presente pesquisa. Por fim, cumpre dizer que a investigação proposta no trabalho está centrada na “dimensão concreta dos direitos fundamentais, tais quais se encontram plasmados na órbita do direito constitucional positivo (perspectiva estatal, portanto)” (SARLET, 2010, p. 22).

<sup>3</sup> A expressão Sociedade da Informação é utilizada designar a contemporaneidade, ou seja, a fase atual do desenvolvimento social. A escolha por tal expressão se dá, entre outros motivos, pelo fato de que muitos dos autores utilizados na presente pesquisa também utilizam os termos citados para designar as últimas décadas. Além disso, conforme será visto posteriormente, a expressão foi cunhada no início da década de 1980, na

Neste contexto, a proposta do presente estudo é abordar o direito ao esquecimento virtual, investigando a origem e a natureza deste direito, aplicável à tutela privacidade, da memória individual e à proteção de dados e informações pretéritas, especificamente com relação à possibilidade de aplicação de tal direito para supressão de dados e informações verdadeiras, porém desatualizadas, dos provedores de busca da Internet. Na sequência, a pesquisa pretende apresentar um mapeamento de como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol<sup>4</sup> vêm decidindo acerca da proteção dos direitos da personalidade em âmbito virtual, analisando as exposições de motivos e os critérios utilizados para a tomada de decisão nos julgados encontrados nos últimos três anos<sup>5</sup> que façam referência ao direito ao esquecimento.

Busca-se, assim, encontrar pontos de convergência, que possibilitem o estabelecimento de critérios aplicáveis às demandas judiciais que buscam a tutela do direito ao esquecimento virtual, auxiliando o Poder Judiciário na tomada de decisões constitucionalmente adequadas, promovendo a necessária tutela da dignidade do ser humano sem ferir o direito coletivo à informação.

Considerando os aspectos acima mencionados, esta pesquisa busca responder às seguintes questões: é possível falar em direito ao esquecimento como um direito da personalidade, derivado da dignidade da pessoa humana e decorrente da tutela da privacidade, autorizando a supressão de informações pessoais verdadeiras desatualizadas, dos mecanismos de busca da Internet? Quais os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores do Brasil, e pelo Tribunal Supremo Espanhol, nas decisões relativas ao direito ao esquecimento virtual, nos termos propostos no presente trabalho?

---

Europa, por ocasião da regulamentação da liberdade de circulação de serviços, sendo utilizada, muitas vezes, no mesmo contexto que Tecnologias da Informação e da Comunicação. Além disso, o Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, utilizado para trazer à luz o direito ao esquecimento em âmbito nacional, apropria-se da expressão, conforme será visto na sequência.

<sup>4</sup> Com relação ao sistema jurídico espanhol, cumpre situar quais são as principais cortes do referido país, em tradução livre das lições expostas na obra coordenada por Francisco Balaguer Callejón: A Audiência Nacional é o órgão competente para julgar assuntos como o terrorismo, o narcotráfico, os delitos monetários, e sua jurisdição se projeta sobre a totalidade do território nacional. O Tribunal Supremo também possui jurisdição sobre todo o território nacional e, de acordo com o Art. 123 da Constituição Espanhola, é “superior em todas as ordens de jurisdição” (civil, penal, administrativa, trabalhista e militar), “sem prejuízo das garantias constitucionais”, cuja competência é do Tribunal Constitucional (CALLEJÓN, 2008, p. 543). Conforme será visto, a maioria das decisões relativas ao direito ao esquecimento é encontrada no Tribunal Supremo Espanhol, o que fundamenta a escolha do referido Tribunal para o estudo comparado.

<sup>5</sup> Apesar de existirem demandas anteriores a 2013, na presente pesquisa utiliza-se como lapso temporal os últimos três anos, a fim de averiguar como a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol recepcionou a decisão oriunda do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa ao Sr. Mario Costeja González, que será melhor apresentada posteriormente. Foram encontradas diversas decisões, relativas ao tema, nos últimos anos, sendo apresentadas aquelas que possuem maior relevância e/ou que utilizem a expressão *derecho al olvido*.

O direito ao esquecimento foi trazido à luz, em âmbito brasileiro, pelo Enunciado 531, do Conselho de Justiça Federal (CJF), no qual está positivado que “a tutela da dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação inclui o direito ao esquecimento” (JUSTIÇA FEDERAL, 2013). No contexto do presente estudo entende-se por direito ao esquecimento a possibilidade de ocultamento de dados e informações pessoais desatualizadas, ou que não possuam interesse público, dos mecanismos de busca da Internet, ou supressão destes nos *sites* que hospedam a informação, como pressuposto da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a necessidade de que os fatos passados não persigam o ser humano por toda a vida.

Percebe-se a importância e atualidade do tema no contexto social e jurídico no momento em que diversos julgados têm utilizado a expressão, tanto em âmbito nacional quanto na esfera internacional, sem que haja uniformidade de critérios adotados nas decisões. Com o aumento do número de demandas que buscam a supressão de informações pessoais dos mecanismos de busca, como pressuposto do respeito à dignidade da pessoa humana, torna-se necessário estabelecer parâmetros para avaliação do que pode ou não ser suprimido em caso de divulgação de dados e informações pessoais na Internet.

Não é demais referir que, no ano de 2014, foi promulgada a Lei 12.965, que busca estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil, também chamada de “Marco Civil da Internet”. De acordo com a referida Lei, a disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento (art. 3º I), bem como a proteção da privacidade (art. 3º II), e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (art. 3º III). Tal norma, entretanto, não deixa claro quais os limites para a utilização dos meios virtuais no que tange à veiculação de informações que possam ferir os direitos da personalidade, exigindo, ainda, a promulgação de legislação específica acerca da proteção de dados pessoais.

Sendo assim, necessário averiguar quais os parâmetros que possibilitem dar uma resposta constitucionalmente adequada quando da colisão entre as liberdades constitucionalmente asseguradas e a proteção dos direitos da personalidade em ambiente virtual. A divulgação de dados e informações na Internet pode, ao mesmo tempo, significar o exercício de um direito, como, também, configurar lesão à dignidade da pessoa humana, sendo necessário estabelecer balizas para que se possa averiguar, frente a cada situação concreta, se cabível a aplicação do direito ao esquecimento virtual.

Inicialmente, foi necessário selecionar os países e Tribunais objetos do estudo, sendo estes os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol. A Espanha foi escolhida devido ao fato de que foi a partir de provocação judicial feita pelo cidadão espanhol

Mário Costeja González que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu pela aplicação do direito ao esquecimento em mecanismos de busca na Internet. Também contribuiu para a escolha o fato de que a Espanha protege constitucionalmente a intimidade com relação ao tratamento informatizado de dados pessoais. Também o fato de que o Poder Judiciário espanhol disponibiliza o inteiro teor das decisões em âmbito virtual, facilitando o acesso por parte do pesquisador, contribuiu para escolha do referido país para estudo comparado.

Ainda, foi considerado que a Espanha passou por um período ditatorial que durou trinta e sete anos, sendo que a Constituição atualmente vigente foi sancionada após o período em que a Espanha foi governada de forma autoritária por Francisco Franco<sup>6</sup>. Assim, de forma semelhante ao ocorrido no Brasil, a Constituição atualmente vigente na Espanha foi forjada em um ambiente de supressão de direitos, já que ambos os países foram tomados por regimes marcadamente repressores e com histórico de violência<sup>7</sup>. Por fim, como teoria de base são utilizados autores brasileiros e espanhóis, em especial Manuel Castells, Antônio Henrique Pérez Luño, Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso e Têmis Limberger, o que contribuiu para a escolha dos referidos países.

Verifica-se que o tema apresenta contornos jurídicos e sociais que extrapolam o mero interesse subjetivo da pesquisa. No plano pessoal, o trabalho está inserido no âmbito das pesquisas desenvolvidas durante a graduação pelo mestrando, que envolvem a proteção aos direitos fundamentais e a análise dos impactos sociais e jurídicos derivados da ampliação do uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação. A utilidade do trabalho reside no fato de que o tema está sendo debatido atualmente em âmbito doutrinário e jurisprudencial, não se tendo chegado a um consenso com relação aos parâmetros de aplicabilidade do direito ao esquecimento virtual.

O trabalho parte da premissa de que o direito ao esquecimento é um direito fundamental, decorrente da tutela da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, podendo ser aplicado tanto em âmbito de Brasil quanto de Espanha. Utiliza-se a matriz teórica

---

<sup>6</sup> Outro País que apresenta características semelhantes, tendo uma Constituição que prevê a utilização da informática e o resguardo dos direitos fundamentais é Portugal (LIMBERGER, 2007b). A escolha da Espanha decorre, fundamentalmente, de que o precedente Mario Costeja Gonzalez surge a partir de provocação a tribunais do referido país, conforme se verá. Além disso, a legislação portuguesa, relativa à proteção de dados, possui estrutura semelhante à legislação espanhola.

<sup>7</sup> A Constituição do Brasil de 1988 surge após a ditadura militar, tendo por inspiração o constitucionalismo jovem europeu, sendo que institutos como o *Habeas Data* foram inspirados na previsão existente na Constituição Espanhola (LIMBERGER, 2007b). Especificamente com relação aos direitos fundamentais, inquestionável a aproximação do modelo adotado no Brasil com os modelos adotados no ordenamento lusitano e espanhol (SARLET, 2010, pg. 23).

hermenêutico-fenomenológica<sup>8</sup>, tendo-se por método de abordagem o método dialético que, penetra no mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade. O método de procedimento será o método comparativo, avaliando-se as similitudes e as divergências entre as decisões encontradas, por meio da técnica da pesquisa bibliográfica, a partir da realização de fichamentos e resumos.

Destaca-se, ainda, que a dissertação está diretamente alinhada com o objetivo do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, vinculando-se à área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, dentro da Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, na qual são investigados os impactos no campo jurídico da utilização das novas tecnologias.

Portanto, o desafio que ora se propõe é efetuar um mapeamento de como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo com relação ao tema tutela da privacidade em ambiente virtual, buscando pontos de convergência com relação aos critérios utilizados para aplicação ou não do direito ao esquecimento, a fim de serem estabelecidas balizas teóricas que possibilitem a tomada de decisões constitucionalmente adequadas. A presente pesquisa se articula em torno de duas teses centrais: (1) a tutela dos direitos da personalidade, na Sociedade da Informação, exige um olhar diferenciado com relação à potencialidade de lesão derivada da ampliação das novas tecnologias, sendo necessário que seja observada a centralidade do conceito de dignidade da pessoa humana para que seja tomada uma decisão constitucionalmente adequada em caso de colisão de liberdades constitucionais e direito à privacidade; (2) e em sendo o direito ao esquecimento derivado da tutela da privacidade, torna-se necessário o estabelecimento de critérios para sua aplicação em casos concretos, a fim de que seja respeitado o direito coletivo à memória dos fatos relevantes para a sociedade.

---

<sup>8</sup> Na pesquisa será utilizado “o “método” fenomenológico-hermenêutico, visto, a partir de Heidegger, como “interpretação ou hermenêutica universal”, é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indistigável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade*, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade” (STRECK, 2014, p. 20). Conforme leciona Lênio Luiz Streck, através da fenomenologia hermenêutica “o horizonte de sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer) onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido” (STRECK, 2014a, p. 19) Para a hermenêutica, “o elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica pode, e deve, ser explorado fenomenologicamente. É possível oferecer limites ou anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. Isso é uma questão de controle democrático das decisões.” (STRECK, 2014a, p. 51)

A pesquisa será desenvolvida em dois capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “A Persistência da Memória’: o tempo se curva diante das Tecnologias da Informação e da Comunicação” serão trazidos conceitos necessários ao entendimento do tema em questão, referindo-se à necessidade de que ocorra a compatibilização entre os avanços tecnológicos e a proteção dos direitos da personalidade. Ainda na primeira parte do trabalho, será demonstrada a constante possibilidade de colisão, no âmbito da Internet, de direitos fundamentais, em especial os direitos da personalidade e as liberdades constitucionais, fazendo-se um apanhado com relação à legislação de proteção de dados e tutela dos direitos da personalidade em âmbito de Brasil e Espanha.

No segundo capítulo, cujo título é “Direito ao esquecimento: a tutela dos direitos da personalidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil e do Tribunal Supremo Espanhol”, será investigado como os referidos Tribunais vêm decidindo as demandas relativas ao direito ao esquecimento, averiguando as razões pelas quais existem decisões tanto no sentido da aplicação, quanto da inaplicabilidade do referido direito. Por fim, far-se-á um cotejo entre os argumentos das decisões encontradas nos últimos três anos, a fim de definir parâmetros para aplicação do esquecimento virtual.

## 1. “A PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA”<sup>9</sup>: O TEMPO SE CURVA DIANTE DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO<sup>10</sup>

É possível viver quase sem lembrança, e mesmo viver feliz, como mostra o animal; mas é inteiramente impossível, sem esquecimento, simplesmente viver.

Friedrich Nietzsche

A revolução derivada do advento das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs) tem redimensionado as relações dos seres humanos com a natureza, as interações dos seres humanos com os outros, e consigo mesmo (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 20). E, de todas as ferramentas tecnológicas existentes atualmente, por certo é a Internet a que possui maior impacto no cotidiano da sociedade, impacto esse que é sentido, na maior parte das vezes, sem o menor espaço e tempo para reflexão.

Há alguns anos, a maneira pela qual a informação chegava às crianças era por meio das famílias. A escola constituía uma experiência “tardia”, em geral após os seis anos. Nas últimas décadas, com a disseminação da TV a cabo, dos DVDs, dos aparelhos de jogos, com a possibilidade de interação cada vez maior proporcionada pela Internet, pela ampliação do uso de *smartphones*, nem família nem escola conseguem ser filtros da informação (FERRAZ JUNIOR, 2014, p. XIX), já que “nos encontramos, na atualidade, à beira do digital” (TOURIÑO, 2014, p. 14, tradução nossa)<sup>11</sup>.

Em pouco mais de vinte anos, a rede mundial de computadores tornou-se um dos principais meios de comunicação do Brasil e, para as novas gerações, torna-se difícil acreditar na existência de um mundo sem tal tecnologia. É preciso observar, contudo, que as potencialidades trazidas pelas novas ferramentas tecnológicas também se traduzem em desafios para a tutela da dignidade da pessoa humana, especialmente em um cenário em que a utilização de dados e informações pessoais se torna cada vez mais importante, sendo essencial

<sup>9</sup> A Persistência da Memória (em espanhol: La persistencia de la memoria; em catalão: La persistència de la memòria) é uma pintura de 1931 de Salvador Dalí. A pintura está localizada na coleção do Museu de Arte Moderna (MoMA) de Nova Iorque desde 1934. É amplamente reconhecida e frequentemente referenciada na cultura popular. Em sua autobiografia, Dalí conta que levou duas horas para pintar a maior parte da obra (do total de menos de cinco horas), enquanto esperava sua esposa, Gala, voltar do teatro. Neste dia, o pintor se sentira cansado e com uma leve dor de cabeça, não indo ao teatro com sua esposa e amigos. Quando sua esposa retornou, Dalí mostrou-lhe a obra, vendo em sua face a "contração inequívoca de espanto e admiração". Ele então, perguntou se ela achava que em três anos esqueceria aquela imagem, tendo como resposta que "ninguém poderia esquecê-la uma vez vista" (A PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA, 2016).

<sup>10</sup> A expressão é uma adaptação de termos da física, cunhados para descrever a teoria da relatividade geral, publicada em 1915 por Albert Einstein, que demonstra, entre outras coisas, que há uma curvatura do espaço-tempo diante da gravidade, teoria que teria impactado significativamente Salvador Dalí no desenvolvimento de sua obra “A persistência da memória”.

<sup>11</sup> No original: “nos encontramos em la actualidad em el precipício de lo digital”.

para que a pessoa possa se mover com autonomia e autoridade nos corredores da Sociedade da Informação (DONEDA, 2014, p. 61).

O problema se agiganta a partir do momento em que, no fundo, quase tudo é digital. Não existe empresa, profissional ou administração que não seja afetado em maior ou menor medida por um processo crescente de informatização dentro da Internet e suas conexões. Esta nova sociedade em que se misturam bits e átomos também traz novos problemas que nem sempre são fáceis de resolver (TOURINO, 2014, p. 11, tradução nossa).<sup>12</sup>

A dimensão que a sociedade contemporânea ganhou com a Internet, e com os meios de comunicação em geral, é inquestionável. Atualmente as fronteiras se tornaram mais estreitas em decorrência do fácil acesso à informação e às possibilidades quase ilimitadas de comunicação. Entretanto, problemas complexos surgem em decorrência de tal estreitamento de fronteiras entre as comunidades, e da dificuldade de filtrar o que é disponibilizado em âmbito virtual (MARTINEZ, 2014, p. 174), sendo que de nada adianta um país oferecer um nível de proteção razoável internamente se as relações de comunicação hoje transcendem fronteiras (LIMBERGER, 2007a, p. 196).

Resta produzido, deste modo, um fenômeno dual: por um lado as Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação têm conduzido à grande desenvolvimento e melhoria na condição de vida da humanidade. Ao mesmo tempo, determinados usos e abusos tecnológicos se traduzem em grave ameaça às liberdades, o que exige a formulação de novos direitos ou atualização e adequação de conceitos para garantia dos direitos já existentes (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 20). Assim, resta investigar qual a contribuição do Direito e do Poder Judiciário em relação à proteção do indivíduo frente às novas possibilidades de violação à dignidade da pessoa humana decorrentes da Sociedade da Informação.

Com a criação da rede mundial de computadores, de potencialidade praticamente ilimitada com relação aos fluxos informacionais, o paradigma da liberdade se instaurou rapidamente pelo mundo. O referido paradigma teve bases tanto tecnológicas quanto institucionais, já que a Internet foi desenvolvida nos Estados Unidos, sob a proteção constitucional da livre expressão imposta pelos tribunais americanos (CASTELLS, 2003, p. 139).

---

<sup>12</sup> No original: “El problema se agiganta desde el momento en que, en el fondo, digital es casi todo. No existe empresa, profesional o administración que no esté afectado en mayor o menor medida por un proceso creciente de computerización dentro del que Internet y sus conexiones son básicos. Esta nueva sociedad en la que se entrecruzan los bits y los átomos trae también nuevos problemas que no siempre son fáciles de solucionar”.

Além disso, o processo de vigilância era demasiadamente dispendioso para que os governos investissem sobremaneira na fiscalização do cometimento de delitos em âmbito virtual, sendo que a única maneira de controlar a Internet, no início, era não estar nela, o que logo se tornou um preço demasiadamente caro de se pagar para países do mundo inteiro, tanto em termos de oportunidades de negócio quanto de acesso à informação global (CASTELLS, 2003, p. 140). Assim, em poucos anos a rede mundial de computadores se tornou o paradigma dominante no mundo, sendo que a maioria das pessoas – ao menos nas sociedades mais desenvolvidas – necessita dos meios tecnológicos para se movimentar diariamente pelos mais diversos campos sociais.

Por tal motivo, faz-se necessário refletir criticamente acerca do papel do Direito frente à possibilidade de violação da dignidade da pessoa humana em âmbito de Internet, em especial no que se refere à disseminação de dados e informações acerca de indivíduos que, muitas vezes, passam a ter sua vida dissecada publicamente. Por outro lado, somente a reflexão acerca do tema se torna insuficiente para o objetivo que se propõe, qual seja, apresentar parâmetros para verificação, frente a casos concretos, se a divulgação e manutenção de determinada informação em ambiente virtual constitui violação da privacidade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, após analisados os pressupostos teóricos e jurídicos relacionados ao tema em questão, verificar-se-á como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo acerca do direito ao esquecimento, buscando pontos de convergência que se traduzam em critérios para proteção de dados e informações pessoais quando disponibilizados indevidamente na Internet, ou quando não possuam interesse público relevante. Verifica-se que o advento das novas tecnologias restou por possibilitar o amplo armazenamento de arquivos em bancos de dados acessíveis remotamente, arquivos estes que, muitas vezes, são disponibilizados por meio de links.

Neste contexto, o espaço para reflexão acerca do que deve ou não ser armazenado restou por ser superado pela necessidade de informação rápida, mesmo que inútil. Assim, as notícias se tornam desatualizadas instantes após a divulgação, motivo pelo qual muitos jornais têm investido em publicações curtas, atualizadas minuto a minuto na Internet. Não há tempo para verificar se a informação é fidedigna, o que se traduz em motivo de preocupação, especialmente para aqueles que são sujeitos – objetos – da notícia.

Uma vez efetuada a publicação na Internet, aquela foge ao alcance do emissor, podendo ser acessada permanentemente. Assim, a potencialidade de lesão a direitos da personalidade se amplia, tornando-se necessário o estabelecimento de mecanismos jurídicos

que possibilitem maior proteção à dignidade da pessoa humana frente aos desafios trazidos pela contemporaneidade.

Verifica-se que a revolução por meio das TICs difundiu-se em todo o globo na velocidade da luz, em menos de duas décadas, entre os anos 1970 e 1990 (CASTELLS, 1999, p. 70) e, neste contexto, o Direito apresenta dificuldade para acompanhar as modificações sociais proporcionadas por estas novas tecnologias. Tal problemática se acentua já que, no campo da Internet, as questões relacionadas ao tempo e ao espaço assumem um aspecto próprio.

As informações geradas localmente ganham uma amplitude global no mesmo instante. As redes de comunicação de dados fazem com que o ser humano fique com a impressão de que o tamanho do mundo diminuiu, de que os cidadãos e os povos se acham dinamicamente mais próximos do que em qualquer etapa histórica anterior (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 101).

A circulação das imagens e das informações nas redes multimídia ilustra bem essa nova relação com o mundo e com o tempo. Por um lado, a contração dos espaços e dos intervalos temporais permite receber mensagens imediatamente, seguir os acontecimentos minuto a minuto, em tempo real, seja qual for o ponto do planeta em que se desenrolem. A atualidade se torna soberana – só conta o que se passa no instante (OST, 1999, p. 349).

Assim, na contemporaneidade, a rapidez das transformações faz com que haja uma sensação de um presente que foge (SANTOS, 2008, p. 28). Em sentido contrário, a capacidade praticamente ilimitada de armazenamento dos meios virtuais faz com que fatos passados há muitos anos estejam permanentemente presentes, ao alcance de uma simples pesquisa em um provedor de busca, como se a memória pudesse ser armazenada em um dispositivo portátil. A quantidade de informações que pode ser armazenada e transmitida por meios virtuais é de tal magnitude que exige o estabelecimento de soluções para os problemas que podem resultar da relação entre informática e intimidade (LIMBERGER, 2007a, p. 199).

É neste contexto que se insere o Poder Judiciário, muitas vezes chamado a resolver conflitos envolvendo novas tecnologias como, por exemplo, o conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão<sup>13</sup>, especialmente quando ocorrido em âmbito de

---

<sup>13</sup> Na presente pesquisa, optou-se pela utilização da denominação liberdade de expressão como uma noção que abrange as demais liberdades constitucionais, especialmente devido à “ausência de uma terminologia uniforme na Constituição Federal de 1988”, conforme diagnosticado por Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 127). Necessário dizer, entretanto, que a doutrina brasileira distingue liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente os fatos, e ao direito difuso de ser deles informado, enquanto a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor ou qualquer outra manifestação do pensamento humano, entendendo que a liberdade de informação insere-se na liberdade de expressão em sentido amplo. Além das duas expressões há também a liberdade de imprensa, expressão que designa a liberdade reconhecida aos meios de comunicação em

Internet. Sendo assim, além de uma breve reflexão acerca da relação entre o ser humano e o tempo, a necessidade de esquecimento em um contexto social na qual as relações são mediadas pela tecnologia, faz-se necessário refletir acerca dos problemas jurídicos advindos da Sociedade da Informação, em especial os decorrentes da exposição da vida privada, da intimidade<sup>14</sup>, da honra e da imagem<sup>15</sup> na Internet, investigando de que maneira os tribunais de Brasil e Espanha têm enfrentado as questões relacionadas à tutela de dados e informações pessoais disponibilizados nos meios virtuais, especialmente com relação à possibilidade de supressão destes, sob o signo do direito ao esquecimento virtual.

### 1.1 FUTURO DOMINADO<sup>16</sup>: A NECESSIDADE DE ESQUECIMENTO NA ERA DA MEMÓRIA PERFEITA

O surgimento e a ampliação do uso das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação têm produzido efeitos que, certamente, só poderão ser avaliados de forma fidedigna no futuro. Entretanto, desde já é possível perceber que, especialmente a Internet, tem modificado a relação entre o ser humano e tudo o que o cerca, fazendo com que as gerações nascidas entre o final do Século XX e o início do Século XXI adquiram uma perspectiva singular acerca da relação com o outro e, principalmente, com o tempo e com o espaço.

Por um lado, a possibilidade de contato virtual proporcionado pelas TICs faz com que as pessoas distantes fisicamente possam interagir de forma quase instantânea. Por outro, muitas pessoas, próximas fisicamente, optam (in)conscientemente pela interação virtual, por meio de redes sociais. Um terceiro aspecto, cuja referência se faz necessária, é que a natural propensão do ser humano em buscar ser notado pelo outro faz com que haja uma alta taxa de exposição voluntária da intimidade e da vida privada na Internet, e “o cidadão médio tende a

---

geral de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de informação (BARROSO, 2007, p. 81-81).

<sup>14</sup> Entende-se por direito à intimidade a esfera que permite a seu titular dispor sobre o conhecimento de seu âmbito privado, de tal maneira que seja inacessível aos demais, salvo mediante seu prévio consentimento. Trata-se de um direito da personalidade, sendo aplicável a ele todas as características e formas que distinguem os mesmos (BASTERRA, 2014, p. 364).

<sup>15</sup> Do ponto de vista jurídico, é mais amplo que o “retrato”, sendo compreendido não só o retrato propriamente dito, mas também toda a forma gráfica ou visual que reproduza ou pretenda reproduzir a determinada pessoa, sem importar o meio empregado, mas somente a finalidade perseguida. Assim, entende-se a reprodução da figura humana em forma visível e reconhecível, se constituindo em um direito que têm os indivíduos de não ter difundida sua imagem física, através de qualquer meio (BASTERRA, 2011, p. 364).

<sup>16</sup> A expressão é buscada na obra *O Tempo do Direito* (OST, 1999, p. 247) que se propõe a fazer uma reflexão acerca das relações entre o direito e o tempo.

mergulhar em ritmo vertiginoso na tecnologia que lhe rodeia sem ser consciente, em muitos casos, dos riscos que isso implica” (TOURINO, 2014, p. 21, tradução nossa).<sup>17</sup>

A utilidade assacada [atribuída] a alguns destes meios é praticamente inquestionável. Mas o não cumprimento das regras de proteção de dados pessoais, inclusive as regras de segurança, por qualquer uma das entidades que os recolhem e utilizam, ou por entidades terceiras, põe em perigo a nossa privacidade. [...] Apesar da ameaça à privacidade que os tratamentos de dados pessoais podem constituir – daí que, como veremos, a Constituição e as leis tenham velado pela sua garantia -, as vantagens da sua utilização são tantas, que provavelmente já não imaginamos o nosso dia a dia sem a utilização de tratamentos de dados pessoais. Vamos, aos poucos, fazendo cedências, comprimindo o nosso direito a permanecer na penumbra (CASTRO, 2005, p. 21).

Porém, tudo o que acontece no mundo virtual é armazenado de alguma forma, mesmo que não seja de fácil acesso para todos os usuários. Neste contexto, uma fotografia comprometedor, tirada na adolescência, durante uma festa da turma da faculdade, pode acompanhar o currículo de um candidato a um emprego já que, mediante uma simples busca em um provedor de pesquisa, ou em páginas de redes sociais, o empregador tem acesso a tal conteúdo<sup>18</sup>. O campo jurídico não deixa de ser impactado por tais questões, sendo que o Poder Judiciário é frequentemente acionado para resolver conflitos relacionados à utilização das TICs.

Verifica-se que as NTICs estão dando passagem ao que se denomina uma “arquitetura mais complexa” que convida a “navegar” mais livremente entre a informação que se fornece e, inclusive, a interagir com o conteúdo (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 69). Isto ocorre devido ao fato de que a Internet funciona, simultaneamente, como meio de publicação e de comunicação, o que permite aos usuários “falar” ou “escutar” de maneira intercambiável sendo que, a qualquer momento, um receptor pode se converter em administrador de conteúdos, inclusive mediante reexpedição de conteúdos de terceiro, conferindo uma nova dimensão às questões referentes ao controle dos conteúdos que circulam pela Rede (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 69).

<sup>17</sup> No original: “el ciudadano medio tende a sumergirse a ritmo vertiginoso em la tecnologia que le rodea sin ser consciente em muchos casos de los riesgos que allo implica”.

<sup>18</sup> No ano de 2006 Stacy Snyder, uma professora de 25 anos, em treinamento em uma escola em Lancaster, postou uma foto em sua página no MySpace que mostrava a mesma em uma festa, usando um chapéu de pirata, e bebendo em um copo plástico, com a legenda “Pirata Bêbada”. Ao descobrir a foto, seu supervisor considerou que a conduta não era profissional, afirmando que a referida profissional estaria promovendo o consumo de álcool por parte de seus alunos menores de idade. Dias antes da graduação programada por Stacy, a universidade negou-lhe o grau de ensino. Stacy foi uma das primeiras, mas não a única a ser impactada pela capacidade ilimitada de armazenamento da Internet. Até hoje é possível encontrar a referida foto mediante uma simples busca em um provedor de pesquisa (ESTADOS UNIDOS, 2010).

As inovações tecnológicas propiciaram, conforme se vê, um redimensionamento do papel do homem no mundo; não somente na consideração de sua entidade física, mas também do sistema de valores que guia sua atuação e o faz avançar (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 65). Assim, faz-se necessário refletir acerca do que importa à memória individual e à memória coletiva, do que deve ser mantido e do que pode ser apagado, em termos de dados e informações, em um contexto no qual a Internet se traduz em uma memória praticamente perfeita.

É incontroverso que o esquecimento é uma necessidade do indivíduo (MARTINEZ, 2014, p. 58). Mas como falar de esquecimento em um contexto no qual praticamente tudo o que é disponibilizado permanece na rede? Cumpre, portanto, verificar os reflexos da Sociedade da Informação para o ser humano e para a sociedade, a fim de investigar se é possível falar em um “novo”<sup>19</sup> direito da personalidade, o direito ao esquecimento virtual, que possibilita ao ser humano retomar as rédeas em sua relação com o tempo e com a memória.

É bem verdade que a citada relação entre o ser humano e o tempo, a memória e o esquecimento foi, desde o princípio, conflituosa. Utilizando-se do conteúdo mitológico, François Ost vai apresentar a perspectiva grega de formação do mundo, na qual demonstra que a relação entre o homem e o tempo é marcada pelo ideário da violência com que Kronos corta os testículos de seu pai, negando o passado, e pela violência com que ele come seus próprios filhos, negando o futuro, a possibilidade da existência de qualquer descendência (OST, 1999, p. 09-10). A relação do ser humano com o tempo está vinculada umbilicalmente à noção de memória e, conseqüentemente, à de esquecimento.

Desde já se torna necessário deixar assentado que a perspectiva filosófica não possui aspecto central no presente estudo, tendo em vista dificuldade em tratar de temas como tempo, memória, esquecimento, com profundidade, especialmente em uma dissertação. Tais questões foram objeto de estudo de alguns dos mais importantes filósofos, entre eles Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Nietzsche, Heidegger, entre outros. O conceito de tempo é de compreensão tão difícil que “confundiu Santo Agostinho, desorientou Newton, inspirou Einstein e preocupou Heidegger” (CASTELLS, 1999, p. 555). Entretanto, para falar em possibilidade de esquecimento, cumpre trazer à pesquisa algumas reflexões filosóficas, buscando situar o Direito nesse contexto.

---

<sup>19</sup> O termo “novo” é colocado entre aspas devido ao fato de que, na presente pesquisa, parte-se da premissa de que a tutela constitucional da privacidade serve de lastro para aplicação do direito ao esquecimento e, portanto, não se estaria falando efetivamente em um novo direito, mas sim em uma configuração diversa para um direito tradicional, devido principalmente à necessidade de atualização dos conceitos devido ao advento das NTICs. Tal ótica é defendida por alguns autores utilizados na pesquisa, entre eles Ingo Wolfgang Sarlet e Vinícius Borges Fortes (2016).

Na literatura e no cinema, não poucos os momentos em que os autores se aventuraram a tratar da citada relação. Um dos casos mais célebres é o conto “Funes, o memorioso”, de Jorge Luis Borges, no qual o personagem principal, após sofrer um acidente, é acometido de uma doença singular: a incapacidade de esquecer. Justamente por isso, por se lembrar de cada detalhe do dia anterior, Irineu Funes se apresentava incapaz de ter ideias gerais, de compreender o mundo. Devido ao fato de que possuía uma ilimitada capacidade de memória, Funes era incapaz de pensar, pois não sabia o que fazer com tanta informação (OST, 1999, p. 162). Tal conto demonstra, sem sombra de dúvidas, a necessidade de esquecimento por parte do ser humano, a fim de que possa estabelecer vínculos de memória com o passado apenas em relação aos fatos que sejam necessários ao seu crescimento.

Na mitologia grega as deusas de longa memória eram denominadas *Erínias*, e “nascem quanto caem na terra três gotas da ferida de Urano, se dedicando à vingança dos crimes de sangue” (OST, 1999, p. 10). Em todas as civilizações a memória possui grande relevância já que, sem lembranças, uma sociedade não consegue ter identidade, ou mesmo aspirar a qualquer espécie de perenidade. Porém, também o perdão possui uma importância fundamental, ao possibilitar um recomeço, sem o qual o risco da repetição compulsiva do passado impossibilitaria qualquer espécie de futuro (OST, 1999, p. 45).

Para Friedrich Wilhelm Nietzsche o esquecimento é força inibidora positiva e ativa, não correspondendo à força inerte, cuja qualidade seria a de impedir que determinadas experiências penetrassem na consciência humana funcionando, portanto, como o guardião da porta da consciência, o zelador da ordem psíquica. A força viva produzida pelo esquecimento possibilitaria à humanidade condições de felicidade, pois bloquearia os efeitos da presentificação do passado (CARVALHO, 2013, p. 24).

Neste ponto, torna-se fundamental diferencial dois sentidos de memória: a individual (aspecto privado) e a social (aspecto público). Na ótica de Halbwachs (apud MARTINEZ, 2014, p. 68-69), a memória não se limita às experiências pessoais, mas também está relacionada a experiências pessoais que passam a ser compartilhadas pelo grupo, possuindo um caráter coletivo. Assim, a referida memória social (ou coletiva) apoia-se na importância que cada um dos membros da sociedade dá para determinado evento, sendo fundamental para construção da identidade do grupo. Verifica-se que “uma coletividade só se constrói sobre uma memória partilhada, e é ao direito que cabe instituí-la” (OST, 1999, p. 49).

Já a memória individual é aquela produzida apenas na perspectiva do indivíduo, em sua vida pessoal, mesmo que seja compartilhada com os demais. Porém, a importância de

determinado fato é, sobretudo, da esfera privada do indivíduo, motivo pelo qual o direito à memória – e, conseqüentemente, ao esquecimento – interessa apenas a ele.

Paul Ricoeur vai investigar a diferenciação entre memória pessoal (individual) e memória coletiva, partindo do que chama de “dilema paralisante”: a memória é primordialmente pessoal ou coletiva? Para o referido autor, em que pese a memória individual e a memória coletiva sejam colocadas em posições opostas “elas não se opõe no mesmo plano, mas em universos de discursos que se tornaram alheios um do outro” (RICOEUR, 2000, p. 106). É, portanto, na dialética lembrança/esquecimento, memória individual/memória coletiva, liberdade de expressão/direito ao esquecimento que o trabalho está inserido, buscando estabelecer parâmetros que possibilitem falar em justa memória, em lembranças que não comprometam sobremaneira o futuro individual.

Em se tratando de direito ao esquecimento, torna-se necessário abordar dois aspectos, duas ideias relacionadas ao fenômeno mnemônico: a primeira leva à ideia de um esquecimento definitivo, um esquecimento por apagamento de rastros, enquanto a segunda leva à ideia de esquecimento reversível e, até mesmo, à ideia do inesquecível (RICOEUR, 2001, p. 427). No trabalho, o que jamais deve ser esquecido será trabalhado sob o signo do dever de memória, especialmente em relação aos crimes hediondos, crimes contra a humanidade, etc.

Em regra a ação do tempo é incontrolável, sendo que o que se vive hoje, tão logo aconteça, transforma-se em passado, em experiência, em rastro. Apesar disto, deve-se destacar que a informação que ficará talhada, marcada na memória de uma pessoa, não necessariamente é aquela que de fato foi vivenciada, já que, consciente ou inconscientemente, o ser humano seleciona a exclusão de momentos não desejados (MARTINEZ, 2014, p. 59).

Neste contexto, afirma-se que a principal característica que diferencia o ser humano do restante da natureza, sua capacidade de agir de forma contrária a seu instinto e, portanto, de forma racional, também o torna refém dos erros cometidos. O homem toma decisões todos os dias, decisões estas que interferem na sua vida, na vida de seus familiares, bem como na natureza a seu redor. Agindo assim, torna-se passível de julgamento social, sendo sua conduta avaliada diariamente pelos demais.

Até pouco tempo, um dos únicos recursos disponíveis ao ser humano para que este se ligasse com seu passado era a memória. Uma ambição, uma pretensão está vinculada à memória: a de ser fiel ao passado (RICOEUR, 2000, p. 40). Com o advento das NTICs a possibilidade de guardar de forma fidedigna os fatos foi potencializada, já que a gravação de

vídeos e o armazenamento de fotos se tornaram fáceis para qualquer pessoa que possua uma conta de email, um celular, um perfil em redes sociais.

Verifica-se que se vive em uma era de memória aparentemente perfeita, em que qualquer fato pode ser evocado à vontade, sendo que a lembrança total torna irrelevante o contexto. Assim, algo que ocorreu há quarenta anos – um caso de imprudência juvenil ou acadêmica, por exemplo – continua sendo importante e pode voltar a perseguir alguém como se tivesse acontecido ontem (VAIDHYANATHAN, 2011, p. 194), como ocorreu com Andrew Feldmar, um psicoterapeuta canadense de quase setenta anos que vive em Vancouver.

Em 2006, em seu caminho para pegar um amigo de Seattle, ele tentou atravessar a fronteira Estados Unidos/Canadá, como havia feito uma centena de vezes antes. Desta vez, no entanto, um guarda de fronteira consultou o seu nome em um motor de pesquisa na Internet. Constatou, assim, que Feldmar havia escrito para uma revista interdisciplinar, em 2001, um artigo no qual mencionou que havia usado LSD na década de 1960. Feldmar foi detido por quatro horas, foram tomadas as suas impressões digitais e, depois de assinar uma declaração de que tinha usado drogas há quase quatro décadas, foi impedido de continuar a entrada nos Estados Unidos. Andrew Feldmar, um profissional realizado, sem nenhum registro criminal, sabia ter violado a lei quando usou LSD, na década de 1960, mas não usava drogas desde 1974, mais de trinta anos antes de o guarda de fronteira o deter. Para Feldmar o delito há muito estava esquecido pela sociedade, sendo irrelevante para a pessoa que ele tinha se tornado. Mas, por causa da tecnologia digital, a capacidade da sociedade de esquecer ficou suspensa, substituída por uma memória perfeita (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 4-5, tradução nossa)<sup>20</sup>

A Internet passou a desempenhar, portanto, o papel de memória social, uma memória com capacidades ilimitadas. Com isso, a memória se torna apenas um dispositivo de armazenamento que permite trocas deslocalizadas, desespecializadas, e em tempo real

---

<sup>20</sup> No original: Web 2.0 has fueled this development, but conventional publishing - paired of the power of Internet - has rendered surprisingly similar results. Take the case of Andrew Feldmar, a Canadian psychotherapist in his late sixties living in Vancouver. In 2006, on his way to pick up a friend from Seattle - Tacoma International Airport, he tried to cross the U.S./Canadian border as he had done a hundred times before. This time, however, a border guard queried an Internet search engine for Feldmar. Out popped an article Feldmar had writing for any interdisciplinar journal in 2001, in which he mencioneded he had taken LSD in the 1960s. Feldmar was held for four hours, fingerprinted, and after signing a statement that he had taken drugs almost four decades ago, was barred from further entry into the Unites States. Andrew Feldmar, an accomplished professional with no criminal record, knows he violated the law when he took LSD in the 1960s, but the maintains he has no taken drugs since 1974, more than thirty years before the border guard stopped him. For Feldmar, it was a time in his life that was long past, and offense that he thought had long been forgotten by society as irrelevant to the person he had become. But because of digital tecnology, society's ability to forget has become suspended, replace by perfect memory.

(SALDANHA, 2013, p. 180). Entretanto, para que se justifique a rememoração de uma situação pretérita, principalmente levando-se em consideração a possibilidade de afronta aos direitos fundamentais do indivíduo pertencente do grupo, deve existir efetivo interesse social, atualidade e correção na informação, pois, caso contrário, a rememoração se caracterizaria como abuso do direito da liberdade de informação, violando direitos da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 68).

É neste contexto que está inserida a discussão acerca do direito ao esquecimento virtual, como a prerrogativa que todos têm de não serem perseguidos eternamente por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. O direito ao esquecimento seria, portanto, um mecanismo de proteção individual (MARTINEZ, 2014, p. 79).

Não ser lembrado, ser esquecido, faz parte do conceito de dignidade humana, já que algumas recordações podem trazer sofrimento e dor, e nem sempre possuem justificativas aceitáveis ou perdoáveis pelo próprio “eu”. Neste contexto, tudo o que se almeja é o direito de recomeçar ou, melhor dizendo, “começar de novo”, pois o recomeço parte daquilo que já passou e o começar anula o passado que possa ter existido, mesmo que apenas na mente, mas não na alma de seus partícipes (PIRES; FREITAS, 2013, p. 163).

Por outro lado, persiste o risco de que o pleito pela aplicação do direito ao esquecimento em determinada situação sirva como escudo para que alguém tente apagar seu passado a fim de ter oportunidade de cometer novos crimes, como no caso de políticos condenados por corrupção<sup>21</sup>, pessoas condenadas por crimes sexuais ou crimes contra a humanidade. Torna-se, portanto, necessário estabelecer uma política da justa memória, a fim de que sejam mantidos todos os dados e informações necessários à memória coletiva sem, contudo, que a dignidade da pessoa humana seja violada.

Em síntese, verifica-se, que na contemporaneidade a relação entre o ser humano e o tempo assume contornos singulares, já que a Internet possibilita que nada seja esquecido, pois as informações jogadas na rede não se apagam, impossibilitando segundas chances. Por isso, é preciso “reintroduzir no ser humano sua capacidade de esquecer” (MARTINEZ, 2014, p. 67), sendo papel do Direito instituir uma política da justa memória. Ocorre, atualmente, uma inversão no parâmetro básico da relação do homem com o tempo, já que, na maior parte da história humana, o esquecimento tem sido a regra, e a lembrança o desafio.

---

<sup>21</sup> O senador pelo PSDB e ex-candidato à Presidência da República Aécio Neves ingressou, no ano de 2013, com ação requerendo que os portais Google, Yahoo e Microsoft retirassem dos resultados de pesquisa de seus buscadores links de notícias que o relacionam com o desvio de dinheiro durante a gestão como Governador de Minas Gerais, não obtendo êxito em primeira instância. Atualmente o processo encontra-se arquivado definitivamente, não sendo possível acessar seu conteúdo tendo em vista ter tramitado em segredo de justiça (BRASIL, 2013).

Na Sociedade da Informação as memórias e visões de mundo passaram a ser compartilhadas por meio de mídias sociais, dificultando que estas sejam individualmente definidas. Com isso, o esquecimento não pode ser mais concebido apenas como um aspecto inerente à cognição humana. O desenvolvimento tecnológico alterou radicalmente o equilíbrio entre lembrança e esquecimento, visto que a regra, hoje, é a recordação dos fatos ocorridos, enquanto esquecer se tornou a exceção (MARTINS, 2014, p. 12).

Assim, verifica-se que a problemática decorrente do armazenamento ilimitado de dados e informações é crescente, já que a Internet se apresenta como um campo cada vez mais personalizado ou, em outros termos, cada vez mais vigiado pelas principais empresas que operam no setor, extraindo lucros bilionários (MARTINS, 2014, p. 6). São diversos os mecanismos de busca que se propõem a apresentar a resposta mais adequada aos questionamentos apresentados, trazendo as informações desejadas por meio de um rápido acesso virtual.

Neste contexto, a facilidade de obter informações através buscador do Google, por exemplo, deixa as pessoas preguiçosas demais para lembrar-se das coisas. Por outro lado, torna-se possível a estas fingir que nunca esquecem (VAIDHYANATHAN, 2011, p. 193). Ocorre, atualmente, uma massificação das memórias, gerando a construção de uma “memória coletiva”.

Entretanto, conforme ressaltado anteriormente, tanto a memória como o esquecimento são importantes para o ser humano, sob pena de que não haja futuro, tempo para reflexão, ou possibilidade de recomeço. Trata-se, pois, de um ponto de contato que se encontra exatamente no escopo entre o natural avanço das tecnologias da informação e as transformações como o direito ao esquecimento passou a ser exercido (MARTINS, 2014, p. 11). Ocorre, portanto, um fenômeno estigmatizante, um “passado que não passa”.

A obsessão é para a memória coletiva aquilo que a alucinação é para a memória privada, uma modalidade patológica da incrustação do passado no seio do presente, cujo par é a inocente memória-hábito que, ela também, habita o presente, mas para ‘animá-lo’, diz Bergson, mas não para obsedá-lo, ou seja, para atormentá-lo (RICOEUR, 2000, p. 70).

No presente estudo advoga-se a tese de que, para que os fatos que tenham relevância apenas para o indivíduo possam ser ocultados em meios virtuais faz se necessário o estabelecimento de critérios objetivos, sendo aplicado de forma excepcionalíssima, a fim de possibilitar que o indivíduo não seja perseguido eternamente por seus erros, mas sempre respeitando o interesse público na manutenção das informações de relevância social.

Em meio à discussão apresentada está o princípio da dignidade da pessoa humana, um consenso ético no mundo ocidental, que faz com que as questões envolvendo a necessidade de preservação da memória coletiva, do respeito à liberdade de informação e à liberdade de expressão, quando em conflito com os direitos da personalidade, recebam uma resposta constitucionalmente adequada, capaz de resolver as questões existentes sem suprimir nenhum direito.

O Poder Judiciário exerce papel deveras importante, já que falar em esquecimento só é possível em um contexto no qual há percepção de que algo foi esquecido. “Como *falar* do esquecimento senão sob o signo da lembrança do esquecimento, tal como autorizam e caucionam o retorno e o reconhecimento da ‘coisa’ esquecida? Senão, não saberíamos que esquecemos” (RICOEUR, 2000, p. 48).

É neste contexto que está inserido também o Direito, com seu tempo próprio, sendo responsável por tornar presente o que não deve ser esquecido e, ao mesmo tempo, garantindo que os indivíduos não sejam perseguidos por toda a vida por decisões equivocadas do passado.

Em cada caso, o direito institui um tempo próprio pela forma dos seus performativos: contra a naturalidade do esquecimento, instaura a tradição; face ao irrecusável do erro e ao inextinguível da dívida, arrisca o perdão que assinala a vitória da liberdade; confrontado com a incerteza do amanhã, institui a aliança, a promessa e a lei que são como o mapa de um país ainda inexplorado; e, contra a força da sua própria letra, sabe inventar ainda os processos do questionamento para reencontrar o vestígio do espírito que aí se tinha perdido. Ligando aquilo que ameaça desatar-se, desligando o que se tornou inextricável, o tempo jurídico sabe operar ‘a contratempos’, ou seja, contra o tempo natural, homogêneo, linear, irresistivelmente arrastado na sua vertente entrópica (OST, 1999, p. 46).

Traçados os limites filosóficos da pesquisa, cumpre dizer que a pretensão maior da primeira parte do trabalho é investigar os contornos jurídicos do direito ao esquecimento, como um “novo” direito da personalidade, derivado da dignidade da pessoa humana, nos termos do Enunciado nº 531 do Conselho de Justiça Federal. Na segunda parte, por meio de estudo comparado, buscar-se-á o estabelecimento de critérios para tutela da privacidade e aplicação do direito ao esquecimento em ambiente virtual.

Neste primeiro momento ficou demonstrada tanto a importância do esquecimento no plano individual como da lembrança, especialmente quando se fala em construção de uma identidade social. É na dialética apresentada que está inserido o trabalho, buscando o estabelecimento de critérios que possam ser utilizados para a tomada de decisões adequadas na solução de conflitos entre o direito individual e o direito coletivo primando, portanto, por

uma política da justa memória. Na sequência, serão apresentados conceitos relacionados à Sociedade da Informação, bem como serão trazidos ao trabalho os contornos doutrinários relativos à dignidade da pessoa humana, verificando como se é possível falar em um novo direito da personalidade, qual seja, o direito ao esquecimento virtual.

### **1.1.1 A Sociedade da Informação e a tutela da dignidade da pessoa humana como norma (valor, princípio e regra)<sup>22</sup> maior nas sociedades democráticas<sup>23</sup>**

No ano de 1998 o patrão do grupo relojoeiro Swatch, Nick Hayek, instalou, na fachada de sua empresa em Bienna (Suíça), uma marca que simbolizava o ‘novo meridiano’, com a intenção de que o mesmo servisse como a “referência universal” para medição do tempo. Propôs a adoção de um novo modelo de contagem, que fazia referência ao que chamou de tempo da Internet (OST, 1999, p. 13). Apesar de não ter sido adotado amplamente, o padrão proposto leva à reflexão acerca de que a forma que as gerações atuais se relacionam com o tempo difere significativamente da forma como tal relação ocorria há poucos anos, em especial devido à mediação tecnológica que ocorre.

O papel revolucionário da Internet passa a ser sentido com maior intensidade a partir da última década do Século XX, sendo que todos os campos sociais são impactados sobremaneira pelas novas tecnologias. As potencialidades das modernas tecnologias têm permitido, pela primeira vez, estabelecer comunicações em escala planetária (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 22). Afirma-se, portanto, que se está diante de um novo paradigma, derivado da ampliação do uso das TICs: o advento da Sociedade da Informação.

Tal sociedade se caracteriza como uma plural, aberta, complexa, na qual as TICs, em especial a Internet<sup>24</sup>, invadem todas as esferas da vida social. E o aumento da utilização deste

---

<sup>22</sup> A terminologia utilizada é buscada nos trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, que ensina que “o dispositivo (o texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida(s), nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgada, já que cada direito fundamental pressupõe, na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça. Assim, [...], verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso o art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais uma norma, mas que estas(s), para além do seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais” (2012, p. 75).

<sup>23</sup> Verifica-se que a dignidade da pessoa humana “continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito” (SARLET, 2012, p. 48).

<sup>24</sup> Um dos aspectos que demonstra o quão impactante é o advento da Internet para a sociedade contemporânea reside no fato de que, por meio da utilização da referida ferramenta, se cruzam três foros que, tradicionalmente, apresentam um regime jurídico distinto, quais sejam, a palavra escrita, a palavra falada e a imagem (AZPITARTE, 2007, p. 264).

meio de comunicação, associado ao volume de informação pessoal que permite tratar, à possibilidade de recolha de informação à distância, muitas vezes sem o consentimento do titular ou, até, do seu conhecimento, faz da Internet uma ameaça à privacidade (CASTRO, 2005, p. 154). A sociedade atual, portanto, exige um sistema jurídico capaz de se adequar à rapidez com que as mudanças ocorrem sem, contudo, abdicar da reflexão, característica do Direito.

A Sociedade da Informação nasce sob um viés extremamente liberal, fruto do amadurecimento do sistema capitalista e, portanto, por princípio tende a se opor a qualquer tipo de limitação aos fluxos de informação e riqueza. Em razão disso se pode afirmar que essa sociedade, em sua origem, tem na liberdade o seu fundamento e valor superior. Contudo, em sentido contraposto, a defesa dos direitos fundamentais - sobretudo em um cenário pós II Guerra - exige um mínimo de regulação e proteção do ser humano, tudo isso a fim de garantir a preservação da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões<sup>25</sup>.

A expressão Sociedade da Informação surgiu na Europa, na conferência internacional de 1980, na qual a Comunidade Econômica Europeia reuniu estudiosos para avaliar o futuro de uma nova sociedade assim denominada, tendo em vista a regulamentação da liberdade de circulação de serviços, buscando medidas para a efetivação de acesso aos bens e serviços por parte dos Estados membros. Na ocasião, foi utilizada pela primeira vez a expressão TIC – Tecnologias da Informação e da Comunicação (MARTINS, 2014, p. 6).

A referida Sociedade se consolidou a partir dos avanços trazidos pelo advento das novas TICs, em especial a rede mundial de computadores. Verifica-se que a Internet tem tornando o mundo mais integrado, em redes globais de instrumentalidade, sendo que a comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais (CASTELLS, 2016, p. 57). Neste contexto, todas as esferas da sociedade sofrem transformações, sendo impactadas pela utilização crescente das ferramentas tecnológicas.

As premissas da revolução informacional trazem a ideia de uma substituição da produção pela informação, defendendo a tese de uma interpenetração complexa entre indústria e serviços, concepção e fabricação, ciência e experiência e, conseqüentemente, entre assalariados da produção e assalariados da concepção. Assim, está-se diante de uma substituição inexorável (ligada ao progresso técnico) das atividades fundadas no tratamento da informação – tal como se assistiu, no século passado, à substituição da agricultura pela indústria (LOJKINE, 2002, p. 238-239).

---

<sup>25</sup> Para estudo mais aprofundado das dimensões da dignidade da pessoa humana, ver Sarlet (2007).

Portanto, “a tecnologia do computador é para a era da informação o que a mecanização foi para a Revolução Industrial” (NAISBITT apud KUMAR, 2006, p. 48). É fato que “o computador, por si só, transformaria muitas das operações da sociedade industrial. Mas o que gerou a sociedade da informação foi a convergência explosiva de computador e telecomunicações” (KUMAR, 2006, p. 49).

A expressão Sociedade da Informação se apresenta cada vez mais atual, devido principalmente ao impacto dos avanços das telecomunicações ocorrido nas últimas décadas. O final do Século XX e, especialmente, o início de Século XXI “acena com uma mutação revolucionária para toda a humanidade, mutação só comparável à invenção da ferramenta e da escrita, ao albor das sociedades de classes, e que ultrapassa largamente a Revolução Industrial do século XVIII”<sup>26</sup> (LOJKINE, 2002, p. 11).

A primeira característica do novo paradigma tecnológico é que a informação é sua matéria prima: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia. Outra característica é que, como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados, embora não determinados, pelo novo meio tecnológico. Verifica-se, ainda, que o paradigma da tecnologia da informação é baseado na flexibilidade (CASTELLS, 1999, p. 108-109).

Neste contexto, a disseminação de dados e informações em âmbito virtual se torna regra, sendo que “o tempo real invadiu o dia a dia de trabalho, com tudo para ontem, excesso de informação e carência de conhecimento” (PINHEIRO, 2013, p. 41). Por fim, outra característica dessa revolução tecnológica é a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, no qual as trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado. Assim, a microeletrônica, as telecomunicações, a optoeletrônica e os computadores são todos integrados nos sistemas de informação (CASTELLS, 1999, p. 108-109).

Considerando as características acima trazidas, ficando constatado que as modificações tecnológicas ocorridas nos últimos anos impactaram significativamente a vida em sociedade, verifica-se que o Direito não deve abdicar da reflexão necessária a fim de tentar reduzir os conflitos da aproximação espacial e aceleração temporal proporcionada pelas TICs. Torna-se necessário (re)afirmar o papel do Direito como ferramenta fundamental de

---

<sup>26</sup> A revolução da tecnologia da informação possui, no mínimo, a mesma importância histórica que a Revolução Industrial do Século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura (CASTELLS, 1999, p. 50).

tutela da dignidade da pessoa humana, em especial quando se está diante da potencialidade lesão a direitos fundamentais, consagrados historicamente, utilizando-se como ferramenta as TICs. Neste momento, cumpre investigar se é possível falar em um “novo” direito da personalidade, derivado da dignidade da pessoa humana e da tutela da privacidade, qual seja, o direito ao esquecimento.

A proposta de um conceito de dignidade da pessoa humana como valor fundamental para a noção de pessoa e personalidade é atribuída a Immanuel Kant. A dignidade implica, na teoria kantiana, a dimensão moral da personalidade, que tem como fundamento a própria liberdade e autonomia da pessoa. Reside aí o fato de a dignidade da pessoa humana representar o princípio legitimador dos denominados “direitos da personalidade” (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 118).

A aceitação do direito ao esquecimento como um direito fundamental, derivado da dignidade da pessoa humana e da tutela da privacidade, pressupõe a concordância com a ideia de que “os direitos constroem incessantemente novos significados e valores, além de conferir dignidade e proteção a novos sujeitos, situações e pessoas” (DOUZINAS, 2009, p. 349). Nesta linha, constata-se que o conceito de dignidade da pessoa humana assume caráter central, por se tratar de um conceito dependente das circunstâncias concretas de tempo, lugar, contexto social, dotado de abertura suficiente para acomodar as transformações significativas das representações éticas e morais vigentes (MACHADO, 2007, p. 136).

Verifica-se que “a expansão incessante dos direitos é a principal característica de sua história: direitos políticos e civis foram ampliados para direitos sociais e econômicos e, depois, para direitos na cultura e no meio ambiente” (DOUZINAS, 2009, p. 261). A mutação histórica dos direitos humanos determinou o aparecimento de sucessivas dimensões de direitos.

Em sua gênese, os direitos humanos surgem com marca individualista, como liberdades individuais, configurando a primeira fase ou dimensão. Com o processo de erosão derivado das lutas sociais do Século XIX, surge a necessidade de complementação com uma segunda dimensão de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais. Atualmente, a estratégia reivindicativa dos direitos humanos gira em torno de temas como direito à paz, direito dos consumidores, direitos na esfera da manipulação genética, direito à qualidade de vida e à liberdade informática (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 16-17). Com relação aos direitos do homem, assim expõe Mireille Delmas-Marty:

Conquistados dos Estados, e não impostos por eles, opõe-se, eventualmente, ao direito oficial. A grande novidade - a outra mudança histórica - é que se tornaram

juridicamente “oponíveis” aos Estados. Nascidos sob a forma de declarações de princípios, portanto submetidos à boa vontade dos Estados, os direitos do homem se transformaram, depois do choque da Segunda Guerra Mundial, em verdadeiros princípios de direito sobre os quais se fundam, eventualmente, a censura de uma lei ou a condenação de um Estado (DELMAS-MARTY, 2004, p. X).

### Verifica-se que

As reivindicações do movimento trabalhista, alentadas durante o século XIX pelas teses marxistas e auspiciadas pela social-democracia e pelas teses do liberalismo progressista, puseram de manifesto que o catálogo de direitos fundamentais não era uma obra fechada e acabada e que os proclamas puramente formais do constitucionalismo liberal – concretizados nos direitos políticos ou de participação e em liberdades estritamente negativas que consistiam em um *não fazer* por parte do Estado – necessitavam do acréscimo dos direitos-prestação que permitiam a conquista efetiva de maiores doses de igualdade material e que se traduziam em compromisso ativo do Estado na transformação da ordem social e na remoção de obstáculos que impediam o exercício efetivo das liberdades (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 21)

Constata-se, assim, o caráter histórico dos direitos fundamentais, que não devem estar à margem das transformações sociais e da realidade jurídica. O conceito de dignidade da pessoa humana assume caráter central neste ponto, fundamentando a busca por novos direitos, bem como exercendo papel singular na fundamentação das decisões envolvendo questões complexas, como é o caso do embate entre as liberdades constitucionais e o direito à intimidade, à honra, à imagem e ao respeito à vida privada, especialmente quando tal conflito ocorre nos meios virtuais. O conceito de dignidade possui a mesma importância histórica do conceito de direitos humanos, podendo ser analisado conjuntamente com ele.

No entanto, até o final do Século XVIII a dignidade não estava relacionada com os direitos humanos<sup>27</sup> (BARROSO, 2013, p. 13). Em um sentido pré-moderno o referido conceito estava relacionado a uma posição superior em uma sociedade hierarquizada, sendo que a desigualdade entre os indivíduos constituía a própria sociedade (SARLET, 2012, p. 34). Ainda que na tradição judaico-cristã o conceito de unidade da raça humana seja encontrado no Velho Testamento, é com o movimento iluminista que o conceito de dignidade da pessoa humana assume um aspecto que se afasta da concepção unicamente religiosa (BARROSO, 2013, p. 15).

Com os horrores vivenciados ao longo da primeira metade do Século XX, e especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana vai sendo incorporada ao

---

<sup>27</sup> Atualmente, direitos humanos e dignidade da pessoa humana são conceitos intrinsecamente ligados, como as duas faces da mesma moeda, ou as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas e a outra, voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 75).

discurso político dos países vitoriosos, traduzindo-se em uma das bases para a consolidação de um mundo lastreado nos direitos humanos e na democracia, como fundamentos para promoção de uma paz duradoura.

Assim, diversos documentos internacionais são produzidos tendo por inspiração o valor da dignidade da pessoa humana, que se constituiu também na base para a construção de diversas constituições, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e a Constituição da Espanha (CE). Ainda, verifica-se a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra (BARROSO, 2013, p. 19).

Neste contexto, em uma sociedade contemporânea profundamente influenciada por valores éticos, a dignidade da pessoa humana desempenha um valor crescente. Ao mesmo tempo, o advento das TICs faz o mundo atual assumir um caráter essencialmente complexo, no qual se torna necessário reafirmar constantemente o compromisso político e jurídico para com a dignidade que deve ser garantida a todos os seres humanos.

Neste ponto, faz-se necessário traçar alguns limites conceituais, especialmente porque a dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana se mostra um terreno fértil para justificar decisões contraditórias entre si. Mesmo antes de assumir um caráter central em relação aos direitos humanos, a dignidade esteve presente em escritos de natureza menos democrática, tais como o esboço de constituição do Marechal Petain (1940), na França, elaborado durante o período de colaboração com os nazistas, e a Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola (BARROSO, 2013, p. 20).

Após a Segunda Guerra Mundial inúmeros países, especialmente os do ocidente, passaram a apresentar uma linguagem que exige a proteção da dignidade, sendo objeto inclusive do preâmbulo de constituições como a da Irlanda, do Canadá e da Índia. Em países como Estados Unidos e França, em que pese não haver referência textual à dignidade nas constituições, a Suprema Corte e o Conselho Constitucional invocam sua força normativa e argumentativa nas decisões proferidas<sup>28</sup> (BARROSO, 2013, p. 21).

Apesar de a dignidade humana ser considerado um consenso ético no mundo ocidental, em especial a partir do término da Segunda Guerra Mundial<sup>29</sup>, nenhum instrumento

---

<sup>28</sup> Para uma análise mais aprofundada do tema, imprescindível a leitura da obra “A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo”, de Luis Roberto Barroso (2013). No trabalho, o autor investiga a importância do conceito de dignidade para diversos ordenamentos jurídicos, entre eles o da França, da Alemanha, dos Estados Unidos, do Canadá, de Israel, da África do Sul, do Brasil, além de traçar um panorama da utilização do conceito nos documentos e na jurisprudência internacional.

<sup>29</sup> Verifica-se que “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão” (SARLET, 2012, p. 34). É, porém, com a constatação de que o direito positivo não conseguiu

jurídico trouxe definição para a expressão, deixando seu significado intrínseco. Cumpre verificar, portanto, qual o conteúdo mínimo da ideia de dignidade, a fim de avaliar se o direito ao esquecimento pode ser considerado derivado de tal princípio, conforme entendimento do Conselho da Justiça Federal no Enunciado 531.

Luis Roberto Barroso (2013) vai apresentar uma concepção minimalista de dignidade humana, na qual a identifica com o (1) valor intrínseco a todos os seres humanos, a (2) autonomia de cada um dos indivíduos, sendo (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário), entendendo que esses três elementos traduzem o conteúdo mínimo do conceito.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é<sup>30</sup>

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2012, p. 73).

No Brasil, está clara a importância dada à dignidade da pessoa humana, se traduzindo em um dos fundamentos da República (Art. 1º, III da CF), servindo também de parâmetro para a aplicação das regras contidas na Constituição Federal de 1988<sup>31</sup>. Situa-se, portanto, no topo do sistema constitucional, sendo que qualquer interpretação constitucional não deve se

---

impedir os horrores ocorridos na primeira metade do Século XX que surge um movimento pela reaproximação do Direito e da Moral, baseando os ordenamentos jurídicos em princípios. Neste contexto, a Declaração Universal da ONU (1948), especialmente seu art. 1º, de certa forma revitalizou e universalizou as premissas basilares da doutrina kantiana (SARLET, 2012, p. 55). Uma das novidades mais relevantes do constitucionalismo do pós-guerra é a introdução de princípios e normas programáticas. O Estado Social de Direito supõe a ampliação do catálogo de direitos para aqueles que se convém denominar direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que, inspirados pelo valor da igualdade, comportam uma atuação positiva do Estado como direitos-prestações com a conquista de objetivos de caráter social que requerem do Estado o desenvolvimento de determinadas políticas. Os princípios, neste contexto, servem para delimitar o conteúdo axiológico da norma fundamental, aos quais deverão estar subordinadas todas as normas do ordenamento (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 31-33).

<sup>30</sup> O doutrinador apresenta um conceito de dignidade, observando a dificuldade em conceituar claramente o que seja dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental (SARLET, 2012, p. 49). Entretanto, refere que a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva, impõe-se, em face da “exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário” (SARLET, 2012, p. 70).

<sup>31</sup> Importante observar que a Constituição atual foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado na parte inaugural do texto, após o preâmbulo, e antes dos direitos fundamentais. Tal ocorreu, entre outros fatores, devido à necessidade de reação ao período autoritário precedente, de forma semelhante ao caminho percorrido por ordens constitucionais como a Lei Fundamental da Alemanha e pelas Constituições de Portugal e Espanha (SARLET, 2012, p. 75).

afastar de tal conceito. Assim, “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional” (SARLET, 2012, p. 75).

Com relação ao Direito Internacional, nele também o conceito de dignidade assume um papel de destaque, conforme se vê.

De fato, a dignidade da pessoa humana tem sido proeminentemente inserida no preâmbulo ou no texto de uma grande quantidade de declarações e tratados, [...], incluindo a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), entre outros. Muitos desses documentos são aplicados diretamente por Cortes Internacionais, como a Corte Europeia de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (BARROSO, 2013, p. 30).

É possível verificar, também, uma crescente relevância do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (SARLET, 2012). Mesmo no Tribunal de Justiça da União Europeia, sediado em Luxemburgo, e considerado o mais elevado Tribunal da UE, o conceito de dignidade tem sido utilizado para fundamentar uma infinidade de casos, ressaltando-se o entendimento da Corte de que a dignidade humana pode ter diferentes significados e alcances dentro das jurisdições de cada país integrante (BARROSO, 2013, p. 31).

Verifica-se que, na maioria das vezes a expressão está presente na argumentação dos dois lados em conflito, tornando a discussão deveras complexa. Assim, qualquer utilização jurídica do conceito deve ser balizada por critérios que possibilitem uma jurisdição constitucionalmente adequada, sob pena de que o princípio seja utilizado para fundamentar a pretensão de ambos os litigantes.

Em circunstâncias como esta, o pano de fundo cultural e político pode influenciar o modo de raciocínio do juiz ou da corte, o que, de fato, acontece com frequência, por exemplo, nos casos que envolvem conflitos entre a privacidade (no sentido de defesa da reputação) e a liberdade de imprensa. Na verdade, este não é um conflito entre a liberdade e a dignidade, mas entre a dignidade como um valor intrínseco e a dignidade como autonomia (BARROSO, 2013, p. 67).

Ingo Wolfgang Sarlet expõe que

[...] não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo ainda mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua maior eficácia e efetividade (2012, p. 96).

Em se tratando da colisão de direitos fundamentais, ambos tendo sua gênese na dignidade da pessoa humana, torna-se necessário verificar a importância específica de cada um deles para a situação concreta, a fim de avaliar qual dos direitos deve ser aplicado a um determinado caso em questão, já que ao contrário das regras, eles não se aplicam na ‘modalidade tudo ou nada’, e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido às exigências de outras razões ou princípios<sup>32</sup> que apontem para uma direção diferente (BARROSO, 2013, p. 65).

Neste contexto, o autor refere que

os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento de sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas. Como forma de dois dos seus papéis principais, pode-se visualizar um princípio como dois círculos concêntricos. O círculo interno, próximo do centro, contém o conteúdo essencial do princípio e é uma fonte direta de direitos e deveres. Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta. É claro que quando já existem regras mais específicas – indicando que os constituintes ou legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto – não há necessidade de se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana. Porém, em outro exemplo, nos países onde o direito à privacidade não está expresso na constituição – como nos Estados Unidos – ou o direito geral contra a autoincriminação não está explicitado – como no Brasil – eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e, consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente numerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras (BARROSO, 2013, p. 66).

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “o dispositivo (texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contidas, nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgada” (2012, p. 83). Entretanto, deve-se ter sempre em mente que “nem mesmo em nome da dignidade se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa” (SARLET, 2012, p. 122) sendo

---

<sup>32</sup> A superação do *jusnaturalismo* e as insuficiências do positivismo abriram caminho ao pós-positivismo, o qual atribui um papel importante à normatividade dos princípios. Apesar de, há muito tempo, os princípios estarem no direito, a novidade é sua normatividade. Os princípios constitucionais fazem uma síntese de valores no ordenamento jurídico e têm como funções principais conferir unidade ao sistema e auxiliar a atividade de interpretação (LIMBERGER, 2007, p. 34b).

que, por se tratar de um conceito com contornos abertos, disputado e contestado por inúmeras ontologias, mundividências, epistemas e concepções de vida e do bem, o referido conceito deve ser utilizado pelos operadores jurídicos com especial prudência, especialmente quando se trata de restringir as liberdades comunicativas (MACHADO, 2007, p. 133)

É fato que

o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária comporta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa) (SARLET, 2012, p. 56).

Portanto, ao se falar em direito ao esquecimento, está-se falando, também, em dignidade da pessoa humana, tendo por base seu elemento nuclear. Entretanto, ao tratar do tema deve-se ter sempre em mente que qualquer interpretação do ideal de dignidade deve ser feita tendo por base a integridade<sup>33</sup> do Direito, calcada no respeito à Constituição, sob pena de uma desvalorização dos direitos fundamentais. Sendo assim, em se entendendo que a proteção da memória individual em meio digital é decorrente da dignidade da pessoa humana, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão ou de informação e a privacidade.

Aparentemente foi o papel da dignidade da pessoa humana de fonte direta de direitos e deveres que fez o Conselho da Justiça Federal emitir o Enunciado n°. 531, durante a VI Jornada de Direito Civil, por meio da qual entendeu que a proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Segundo parcela da doutrina o Conselho da Justiça Federal resta por admitir, portanto, a existência de um “novo” direito, derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Posteriormente, durante a VII Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal reforçou o entendimento de que há um chamado direito ao esquecimento e, por meio do Enunciado 576, deixou assentado que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (JUSTIÇA FEDERAL, 2015). Neste contexto, muitos tribunais já vêm utilizando os referidos Enunciados para fundamentar suas decisões, seja aplicando o direito ao esquecimento, seja entendendo pela impossibilidade de sua aplicação do instituto.

---

<sup>33</sup> “No pensamento jurídico contemporâneo, foi seguramente Ronald Dworkin que desenvolveu este tema com mais eficácia: a sua concepção do ‘direito como integridade’ não passa, com efeito, de um discurso a favor da fidelidade de uma comunidade política aos princípios da moralidade política que inspiraram através do tempo o desenvolvimento das suas normas jurídicas” (OST, 1999, p. 96)

Ressalte-se que não há consenso na doutrina com relação ao que seria o direito ao esquecimento. Na presente pesquisa será utilizada a expressão direito ao esquecimento como sendo a faculdade que dispõe o titular do direito à proteção de dados e informações de requerer a supressão ou ocultamento destas dos mecanismos de busca na Internet, passado determinado lapso temporal, por serem considerados desatualizados, ou não possuírem mais interesse público relevante.

Entretanto, a doutrina relacionada à proteção de dados, à intimidade, e à privacidade, é divergente com relação ao conteúdo do direito ao esquecimento. Conforme será visto posteriormente, nos Estados Unidos o termo *right to be forgotten* é utilizado, muitas vezes, como sinônimo de direito à privacidade, assim como o *derecho al olvido* na Espanha. Entretanto, com uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia - que posteriormente será apresentada - entendendo como direito ao esquecimento a possibilidade de supressão de dados dos mecanismos de busca da Internet, tal expressão resta por assumir novo conteúdo.

Tendo por base os diferentes conceitos e argumentos históricos acima expostos, percebe-se que o conteúdo intrínseco ao conceito de dignidade da pessoa humana comporta o direito ao esquecimento, como pressuposto para criar condições a que o ser humano possa ter uma vida saudável, se despidendo de fatos degradantes de seu passado que sejam de interesse apenas da memória individual.

Resta clara a necessidade de ser aprofundado o debate acerca do conflito entre estes direitos constitucionais, quais sejam, as liberdades – especialmente as elencadas no Art. 5, IX -, e a preservação dos direitos da personalidade (Art. 5º, X). Na resolução de conflitos envolvendo princípios, especialmente aqueles explicitados na Constituição Federal, o aplicador da lei deve sempre objetivar fornecer máxima efetividade a ambos (BARROSO, 2013).

É preciso observar que a estrutural capacidade expansiva dos princípios faz com que estes, diferentemente das regras, não possam ser delimitados com precisão o que faz com que, muitas vezes, ocorram conflitos entre princípios diferentes, que devem ser resolvidos mediante o juízo de ponderação pelos juízes que assim decidem em cada caso que princípio deve prevalecer no suposto conflito entre dois ou mais, e definir eventualmente que grau de satisfação de um princípio concreto está de acordo com as exigências da Constituição (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 33).

Torna-se fundamental investigar como o direito vem atuando para se adequar às modificações sociais que ocorrem, sendo que a comparação entre ordenamentos jurídicos diversos se apresenta como uma ferramenta importante para a investigação que se propõe.

Neste contexto, o presente trabalho está investigando quais parâmetros devem ser utilizados para verificar, frente a casos específicos, se deve prevalecer a liberdade de expressão ou o direito ao esquecimento em âmbito virtual, ambos direitos fundamentais derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Faz-se necessário que a ciência jurídica apresente capacidade reflexiva suficiente para preservar o passado e anteciper o futuro. Trata-se de buscar, por meio do direito, a capacidade de reinterpretar o passado (sem anulá-lo ou apagá-lo) – por exemplo, pela responsabilização normativa por aquilo que aconteceu – e de orientar o futuro (sem impedir que ele ocorra). Entre o passado e o futuro, esse tempo cultural que aparece como duração, ou seja, cuja experiência se dá no presente, que o homem vive como um contínuo, tem de ser conceitualmente dominado. Pois a duração desafia o tempo cronológico, que tudo corrói: torna o passado (que não é mais) algo mais interessante (como faz a memória) e faz do futuro (que ainda não ocorreu) um crédito, base de promessa. E a promessa, para esses efeitos, torna-se tema jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 12).

Estabelecidas as premissas filosóficas e conceituais da pesquisa, demonstrando-se que as tecnologias próprias da Sociedade da Informação, dentre as quais é a Internet a que apresenta maior impacto, restam por modificar a relação entre o ser humano e o tempo, faz-se necessário verificar como os direitos da personalidade e, em consequência, o Direito, têm sido impactado pela utilização maciça da rede mundial de computadores, o que será feito na sequência.

### **1.1.2 A proteção da memória individual frente à vulnerabilidade dos direitos da personalidade na rede mundial de computadores**

Cada época apresenta, às instituições jurídicas e políticas que com ela operam, um perfil característico. A marca da contemporaneidade se manifesta por meio de uma inquietude urgente e difusa por maior proteção tanto individual quanto coletiva (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 138). O embate constante entre liberdade de expressão e tutela da privacidade é clássico, tendo sido ampliado nas últimas décadas, com o maior uso da Internet.

Verifica-se que, para fazer frente às novas formas de criminalidade que se apresentam, e que se utilizam amplamente da rede mundial de computadores, os Estados têm se aparelhado de potentes sistemas de segurança, contendo mecanismos de investigação e espionagem (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 107). Ao mesmo tempo, as ferramentas utilizadas pelos

governos se traduzem em mecanismos de violação de dados pessoais<sup>34</sup>, trazendo preocupante risco para as liberdades cívicas, já que possibilitam o controle social e violação da privacidade.

Também na relação entre particulares a problemática ora apresentada se torna relevante já que, em uma sociedade excessivamente consumista, os dados e as informações disponibilizadas na rede são uma ferramenta importante para que se possa traçar o perfil de consumo dos cidadãos. Aliado a isso, a capacidade praticamente ilimitada de armazenamento faz com que nada se perca na Internet, estando ao alcance por meio de uma simples pesquisa em mecanismos de busca.

Logo, a sociedade e a legislação mal conseguem se adaptar às inovações tecnológicas, deixando vácuos e campos de incerteza, zonas cinzentas, como se pode constatar da dificuldade da sociedade contemporânea em lidar com questões como bioética e regulação da Internet. Verifica-se, assim, que a facilitação na obtenção de dados a um simples clique em um buscador ligado à grande rede mundial modificou a sociedade, fazendo com que situações já sedimentadas e esquecidas sejam lembradas e rediscutidas em qualquer momento (MARTINEZ, 2014, p. 59).

A etapa atual de desenvolvimento tecnológico, junto a avanços e progressos indiscutíveis, tem gerado novos fenômenos de agressão aos direitos e liberdades. Neste contexto, inicia-se na doutrina jurídica e na jurisprudência de países com maior grau de desenvolvimento tecnológico a tendência ao reconhecimento do direito de liberdade informática e a faculdade de autodeterminação informativa (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 23).

O direito geral à autodeterminação informativa se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais. Tal direito pode exigir a criação de meios de defesa jurisdicionais (CANOTILHO, 2003). A questão que se apresenta é se não somente os dados, mas também as informações disponibilizadas por meio da Internet podem ser controladas pelo titular do direito.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Entende-se por dados pessoais “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. [...] Quando os dados não permitam identificar uma pessoa, mesmo que sejam dados que se referem, em abstrato, a pessoas, não são dados pessoais: é o caso dos dados estatísticos que não permitem ‘voltar’ a saber a quem se referiam. Constituirão dados pessoais, toda a informação, seja ela numérica, alfabética ou gráfica, fotográfica, acústica ou de qualquer outro tipo, relativa a uma pessoa física identificada ou identificável” (CASTRO, 2005, p. 70-71).

<sup>35</sup> Danilo Doneda expõe que o conceito de autodeterminação informativa foi estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão por meio de sentença de 15 de dezembro de 1983, consistindo no direito de um indivíduo controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos à sua pessoa (DONEDA, 2014, p. 64). No mesmo sentido Têmis Limberger, para quem a sentença do Tribunal Constitucional Alemão, de 1983, “conferiu fluidez e consideração no início da autodeterminação informativa,

## Para Catarina Sarmiento e Castro, o direito à autodeterminação informativa

já não é, tão somente, um direito de garantia do direito à reserva da vida privada, ou um direito que resguarda o cidadão das intromissões não autorizadas de terceiros nas informações que lhe respeitam, num sentido de direção de defesa. Este **direito de proteção, de sentido negativo**, permite ao indivíduo negar informação pessoal ou opor-se à sua recolha, difusão, impondo-se em face às agressões do Estado e de terceiros, os quais deverão abster-se de proceder a tratamento de seus dados pessoais. Hoje o direito à autodeterminação informativa é um verdadeiro direito fundamental, com seu especial <Schutzbereich>, e não apenas uma garantia do direito à intimidade da vida privada. Ele é um verdadeiro feixe de prerrogativas que asseguram que cada um de nós não caminhe desprovido de um manto de penumbra, numa sociedade que deseja, cada vez mais, obrigar cada indivíduo a viver num mundo com paredes de vidro (CASTRO, 2005, p. 27). **Grifos no original.**

Neste contexto, o direito ao esquecimento virtual, na concepção do presente estudo, decorreria também da modificação do conceito tradicional privacidade, e do fato de que, na sociedade contemporânea - na qual as imagens são disponibilizadas praticamente em tempo real nos meios virtuais - torna-se possível que determinada pessoa tenha sua vida privada exposta indevidamente, necessitando de mecanismos jurídicos capazes de tutelar sua privacidade.

É o caso, por exemplo, da espetacularização das prisões, transmitidas em tempo real pelos meios de comunicação. Nessas ocasiões, muitos dos presos são algemados de forma que as mãos fiquem visíveis, fugindo à técnica policial. Algumas vezes tais pessoas são absolvidas posteriormente, sendo que as imagens permanecerão disponíveis para acesso de qualquer pessoa na rede mundial de computadores. Neste caso, por se tratar de um procedimento vexatório, lesionando o direito à imagem dos indivíduos, poderiam estes solicitar a retirada das imagens dos meios virtuais, através de ação judicial, a fim de proteger os direitos da personalidade? A resposta a esse questionamento é uma das pretensões desta pesquisa

É relevante destacar que, com relação ao direito de imagem, mesmo o réu não pode ficar privado inteiramente de seu direito, uma vez que fotografias de situações extra delito, que não tenham relação com o fato criminoso, podem ser proibidas, em que pese, na prática, o respeito aos direitos da personalidade de investigados raramente se concretize. No Brasil ainda é costumeiro observar exposições públicas de imagens de pessoas apontadas como

---

centrado no direito de a pessoa decidir quando e como está disposta a permitir que seja divulgada a sua informação pessoal ou a difundi-la por vontade própria” (2007b, p. 103). Para Catarina Sarmiento e Castro (2005, p. 25) o direito à autodeterminação informativa nasce para garantir um direito à intimidade privada no que os tratamentos de dados pessoais dizem respeito. No contexto do presente estudo, entende-se que o direito à autodeterminação informativa comporta, na contemporaneidade, a supressão de conteúdos verdadeiros dos mecanismos de busca da Internet, desde que os referidos dados ou informações estejam desatualizados, ou não exista interesse público relevante, denominando tal faculdade de direito ao esquecimento.

possíveis autoras de infrações, procurando desesperadamente fugir das câmeras, ou mesmo detentos coagidos para serem filmados nas celas das delegacias policiais (FERRIGOLO, 2005, p. 140).

Tais questões se mostram relevantes, no sentido de que são problemas que assolam praticamente todas as sociedades que apresentam elevado grau de desenvolvimento tecnológico. Percebe-se, portanto, que a Internet não só apresenta grandes benefícios, mas também potencializa lesões a direitos, bens e interesses jurídicos, traduzindo-se em veículo especialmente poderoso para perpetrar atentados criminais contra bens jurídicos básicos: a intimidade, a imagem, a dignidade e a honra das pessoas, a liberdade sexual, a propriedade intelectual e industrial, o mercado e os consumidores, a segurança nacional e a ordem pública (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 105).

Porque não existe forma mais eficaz de entreter e divertir do que alimentar as paixões baixas do comum dos mortais. Entre estas ocupa lugar de destaque a revelação da intimidade do próximo, sobretudo se figura pública, conhecida e prestigiada. Este é um esporte que o jornalismo de nossos dias pratica sem escrúpulos, amparado no direito à liberdade de informação. Embora existam leis a respeito e algumas vezes – raras – haja processos e sentenças judiciais que penalizam os excessos, trata-se de um costume cada vez mais generalizado, que conseguiu, de fato, fazer que em nossa época a privacidade desaparecesse, que nenhum recôndito da vida de quem quer que ocupe a cena pública esteja livre de ser averiguado, revelado e explorado com o fim de saciar a fome voraz de entretenimento e diversão que jornais, revistas e noticiários são obrigados a levar em conta se quiserem sobreviver e não ser alijados do mercado (LLOSA, 2012, P. 49).

Assim, torna-se mais evidente o “grave perigo de desrespeito ao direito à intimidade, garantido constitucionalmente, na grande maioria dos países democráticos” (NASCIMENTO, 2012, p. 102) Neste contexto, uma reflexão acerca do papel do Direito para consolidação dos direitos fundamentais, na Sociedade da Informação, se faz necessária. A reivindicação dos direitos fundamentais no momento atual se apresenta com novas perspectivas, articulando-se em torno de questões tais como direitos dos consumidores, o direito à qualidade de vida e, especialmente, à liberdade informática. Junto a eles, se postulam também outros direitos de natureza muito diversa, tais como: as garantias frente à manipulação genética, o direito de morrer com dignidade, o direito ao gozo do patrimônio histórico e cultural, e o direito à mudança de sexo, etc. (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 65).

Inicialmente os direitos fundamentais possuíam um acentuado caráter individualista, tendentes a assegurar o conjunto de interesses individuais juridicamente relevantes frente à atividade do Estado, consagrando a liberdade em sentido negativo. Frente ao progressivo incremento do aparato e do domínio estatal, o indivíduo sentia a necessidade de resguardar

um espaço para si, alheio ao controle público e no qual ele pudesse desenvolver seus anseios e expectativas. Tais liberdades individuais constituíram a primeira geração<sup>36</sup> dos direitos humanos (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 65).

Porém, dita concepção negativa da liberdade sofreu amplo processo de impugnação por ocasião das lutas e reivindicações sociais do século XIX, fundamentalmente do proletariado, que manifestou a necessidade de uma reformulação da atividade estatal. As desigualdades sociais, as injustiças, a crise do modelo econômico liberal, colocaram em manifesto a necessidade de uma intervenção estatal de redistribuição da riqueza, protetora dos mais desfavorecidos, que tivesse como ideal e valor guia a igualdade. Colocou-se em manifesto a necessidade de completar o catálogo das liberdades individuais com uma segunda geração de direitos econômicos, sociais e culturais (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 65).

Especialmente

a partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos, vulgarmente chamados de *direitos de terceira geração*. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. (CANOTILHO, 2003, p. 386)

Verifica-se, portanto, o dinamismo dos direitos humanos, consequência de uma tensão histórica entre fatores socioeconômicos, culturais e políticos. Sugere-se, assim, a questão de que a sociedade atual se encontra frente a uma terceira dimensão de direitos humanos, complementadora das fases anteriores. Aparecem, assim, novas formas de proteção aos direitos humanos, que eram desconhecidas, e se mostram como uma resposta ao fenômeno da “contaminação das liberdades”<sup>37</sup>, termo com o qual se alude à erosão e degradação que sofrem os direitos humanos frente a determinados usos das tecnologias (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 65).

É neste ponto que se insere o direito ao esquecimento virtual, como um “novo” direito, derivado do direito à privacidade e da tutela da dignidade da pessoa humana, possibilitando que o indivíduo não seja perseguido por toda a vida pelos equívocos cometidos no passado. Para compreender adequadamente tal direito, faz-se necessário partir da premissa de que os

<sup>36</sup> Mantém-se o termo conforme o autor, geração de direitos humanos, mesmo entendendo-se que o mais adequado é se falar em dimensões, conforme defende Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o termo “gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, o que não se mostra uma verdade, pois os direitos não se substituem com o tempo e estão sempre em processo de evolução, cumulação e fortalecimento (2012, p. 45).

<sup>37</sup> Ingo Wolfgang Sarlet vai afirmar, ancorado nas palavras de Pérez Luño, que os direitos fundamentais de terceira dimensão “podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de ‘poluição das liberdades’, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias” (SARLET, 2010, p. 49).

princípios e direitos das sociedades avançadas de nossa época estão submetidos a um constante processo de transformação, como consequência do impacto em seu âmbito das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs) (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 09). E é aqui que se torna possível falar em ocultamento de informações dos mecanismos de busca, como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Este é, como defendem alguns autores, um direito fundamental de terceira geração. É um direito que permite que cada cidadão decida até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe respeitam. É uma liberdade, um poder de dispor das suas informações pessoais, um poder de controle através de cujo exercício se permitirá que cada indivíduo preserve a sua própria “identidade informática”. Este direito assume-se como um direito de personalidade que defende outras facetas, permitindo ao seu titular o controle da utilização das informações que lhe respeitem (CASTRO, 2005, p. 29)

Percebe-se que a Internet transmite, indiscutivelmente, todos os tipos de conteúdos, lícitos ou ilícitos, bem como conteúdos nocivos. A Internet possibilita transmitir pornografia, incitação ao ódio, conteúdos violentos, conteúdos falsos, bem como outras formas de abuso. A diversidade de tradições jurídicas e culturais nacionais dá lugar a uma ampla disparidade e a uma falta de transparência das normas reguladoras na tutela contra tais conteúdos, principalmente devido ao seu caráter transnacional (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 70).

Os atentados à vida privada e à intimidade podem ser percebidos em diversos programas, sites e páginas da internet, o que leva a sérios riscos aos direitos dos cidadãos. Também o controle de dados pessoais é um outro problema, já que é possível se verificar preferências musicais, artísticas, literárias, hábitos de vida, viagens, operações financeiras, crenças religiosas, problemas de saúde, etc., apenas com um monitoramento *on-line*.[...] Devido a esses fatores é importante que, cada vez mais, se desenvolvam normas jurídicas, nacionais e internacionais, de proteção de dados (NASCIMENTO, 2012, p. 103).

Na Europa, o escândalo relacionado com o tráfico de imagens de prostituição infantil por meio da Internet, assim como a utilização da rede para difundir propaganda de grupos neonazistas ou terroristas, confirma que se está diante de um perigo há tempos antecipado (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 104). Atualmente, milhares de conteúdos criminosos circulam livremente, não só na *Deep Web*<sup>38</sup>, mas também na Web tradicional, motivo pelo qual a reflexão acerca dos problemas jurídicos acentuados pelo uso das TICs se faz necessária.

---

<sup>38</sup> Existe um universo paralelo na Internet, no qual a informação é inacessível para os mecanismos de busca tradicionais, como o Google. O espaço da rede mundial de computadores, acessível à maioria dos usuários, corresponde apenas a 4% (quatro por cento) de toda a web. A *Deep Web* é a camada da Internet que não pode ser acessada por meio de uma simples “googlada”. A *Deep Web* é considerada a camada real da rede mundial de computadores, comumente explicada em analogia a um iceberg: a internet indexada, que pode ser

O grande desafio que se impõe é, portanto, “conciliar a rapidez da evolução tecnológica com a liberdade de expressão dos usuários, marcante no desenvolvimento da Internet” (MARTINS, 2014, p. xiv). Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire um aspecto central, sendo considerado o “mais alto valor normativo ou jurídico, posição que requer da hermenêutica constitucional abrangente entendimento, pois nenhum valor é absoluto. Mesmo os valores fundamentais como liberdade e dignidade precisam ser compatibilizados na estrutura social” (FERRIGOLO, 2005, p. 30).

Ocorre que delimitar o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana é algo extremamente complexo, conforme visto anteriormente, pois, enquanto conceito jurídico indeterminado, pode funcionar como um espelho no qual cada indivíduo projeta os seus próprios valores, possibilitando sua representação por meio de significados ambíguos. Assim, tanto a liberdade de informação quanto a proteção da intimidade têm seus discursos fundamentados na dignidade humana (MARTINEZ, 2014, p. 13).

Em se tratando de direitos da personalidade, também há significativa dificuldade em delimitar o que seria da esfera privada, de foro íntimo, ou relativo à honra e à imagem. Verifica-se que o direito à intimidade, um dos direitos da personalidade mais violados em âmbito virtual, é utilizado com tal grau de indeterminação que resta por esvaziá-lo, justamente por dificultar seu sentido e alcance jurídico (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 91). Assim, na dificuldade existente em delimitar o que pertence exclusivamente à esfera privada ou à esfera íntima do indivíduo reside um dos argumentos contrários à aplicação do direito ao esquecimento.

Portanto, faz-se necessário investigar a origem dos termos acima citados e, assim, demarcar o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento. O termo intimidade possui raiz etimológica no termo latino *intimus*, que evoca a ideia do mais interno e recôndito. Intimidade será a interioridade da pessoa, como disposição peculiar da pessoa à introspecção, ao secreto. Muitas vezes o termo intimidade é utilizado como sinônimo de privacidade, em que pese o constituinte brasileiro tenha utilizado ambos os termos (Art. 5º, X).

O direito à *'privacy'* foi autonomizado pela primeira vez em 1980, quando Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram, na *Harvard Law Review*, um artigo sob o título *'The right to privacy'*. Reclamavam, nessa altura, a proteção do Direito para aspectos da personalidade humana que até aí apenas haviam sido jurisprudencialmente protegidos mediante recurso à violação do direito de propriedade privada, à violação de confidencialidade, da confiança, ou de uma obrigação de tipo contratual. Até então, os tribunais, tal como a lei, não tinham ainda

identificado aquilo que os dois autores de Boston haveriam de batizar como o ‘right to be let alone’, que seria, em seu entender, um ‘right against the world’, destinado a proteger ‘da curiosidade popular’ variadas dimensões da personalidade (CASTRO, 2005, p. 17).

No célebre trabalho pioneiro *The Right to Privacy*, Samuel Warren e Louis Brandeis trazem à luz as bases técnico-jurídicas da noção de *privacy*, a concebem como um direito à solidão, como a faculdade de “*to be let alone*”; como a garantia do indivíduo frente a qualquer invasão do sagrado recinto de sua vida privada e doméstica (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 92).

Entretanto, para a ciência do direito importa precipuamente a noção de intimidade que transcende a esfera do indivíduo, já que o conceito é transportado para o âmbito das relações sociais. Trata-se, portanto, de um problema jurídico, que, em que pese tenha fundamentos filosóficos, deve ser abordado de forma técnica no momento em que transcende à esfera individual. Verifica-se assim que o direito à intimidade começa num aspecto negativo, o direito a não ser molestado, e evolui em direção a um aspecto positivo, o direito a pedir prestações concretas do Estado. É de tal reconfiguração que surge o direito à objetividade dos dados, o direito ao esquecimento, a necessidade de prazo para armazenamento de informações negativas e a comunicação de repasse de dados, a fim de favorecer o direito de acesso e retificação de informação (LIMBERGER, 2007a, p. 209).

No início do Século XX, a privacidade era fundamentalmente ameaçada pelo crescimento da imprensa escrita, associada à imagem fotográfica. [...] hoje, as ameaças à privacidade advêm também da revolução provocada pelas possibilidades abertas através do tratamento automatizado dos dados pessoais, que permite que sejamos “perseguidos” durante todo o dia, e nos transformou em “pessoas eletrônicas”, encerradas em um mundo de vidro (CASTRO, 2005, p. 19).

Na contemporaneidade, portanto, a doutrina tem modificado seu centro de gravidade já que, inicialmente, a noção de intimidade correspondia à ideia de que a pessoa teria uma esfera particular, um âmbito de vida pessoal no qual não poderia ocorrer qualquer tipo de intromissão perturbadora. Atualmente, passou-se a admitir uma noção diferente, mais aberta e dinâmica, qual seja, a concepção de que o direito à intimidade e à privacidade confere a faculdade de poder controlar determinadas informações que são relevantes para cada sujeito (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 93).

Além disso, cabe à pessoa titular do direito à privacidade eleger com quem irá repartir os fatos que importam apenas à sua esfera individual. Precisamente essa faculdade de eleição da pessoa sobre a revelação ou não de determinadas informações constitui o núcleo da

chamada autodeterminação informativa<sup>39</sup>, enquanto aspecto básico da intimidade, conforme ressaltado anteriormente. Assim, para avaliar se determinadas informações podem ou não ser disponibilizadas em ambiente virtual cabe questionar, primeiro, qual a relevância social da disponibilização daquela informação (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 94).

No contexto de desenvolvimento tecnológico atual, “não há como viver integrado à sociedade moderna sem deixar diversos rastros de informação, não necessariamente sigilosa. Daí decorre a importância da ideia de privacidade como o controle sobre informações e dados pessoais” (LEONARDI, 2012, p. 67). Os dados pessoais traduzem aspectos da personalidade e revelam comportamentos e preferências, permitindo até traçar um perfil psicológico dos indivíduos. Por meio da análise dos dados pessoais é possível produzir uma imagem pormenorizada da pessoa, que pode demonstrar traços da personalidade, inclusive na esfera da intimidade, convertendo o cidadão no denominado “homem de cristal” (LIMBERGER, 2007a, p. 215)

São inúmeras as informações que, ao serem disponibilizadas na rede, podem configurar lesão à dignidade da pessoa humana, por permitirem que ocorra intromissão indevida na esfera mais particular do indivíduo. Assim, o grande desafio para o estudioso do direito é conseguir categorizá-los de forma que a aplicação do direito ao esquecimento virtual não ocorra sem critérios, ao arbítrio do juiz.

Frente à constatação abstrata e irreal de determinadas concepções e regulações normativas do direito à intimidade, se advoga hoje por um sistema de tutela dos dados pessoais baseado na intensidade social da conduta, já que todo o comportamento, para ter relevância jurídica, deve ser colocado em dimensão social. Nesse contexto, serão contrapostos os valores e interesses, públicos e privados, que entrarão em conflito frente ao desejo da pessoa em manter seus dados em um plano de reserva, e o direito público de ter acesso às informações relevantes para construção da memória social (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 94).

É fato que apenas parcela das ações do ser humano importa ao direito e à coletividade, sendo que a maioria das condutas tem importância apenas ao foro íntimo do indivíduo. Uma das características do ser humano é buscar esconder as ações consideradas socialmente inadequadas, sejam elas criminosas ou somente imorais, sendo a penalização uma maneira de permitir a expiação da culpa. Por muito tempo, era comum desestimular o cometimento de ilícitos por meio da divulgação dos crimes de alguém, seja pelo sacrifício público, seja pela

---

<sup>39</sup> Pérez Luño reconhece o direito da *autodeterminação informativa* como sendo uma construção da doutrina e jurisprudência germânica que equivale à liberdade informática, com uma importância indiscutível para a sociedade contemporânea. Sua função garantiria aos cidadãos direito de informação, acesso e controle dos dados que lhes concernem (LIMBERGER, 2007b, p. 103).

exposição de partes do corpo do condenado, a fim de que todos conhecessem seus erros e agissem de forma diversa (RODRIGUES JUNIOR, 2013b).

Na contemporaneidade, porém, o paradigma derivado da ampliação da proteção conferida à dignidade humana faz com que tais medidas não devam ser mais utilizadas. Entretanto, apesar da proteção legal conferida ao ser humano com relação à exposição pública, tal proteção se apresenta insuficiente quando a lesão ocorre na rede mundial de computadores.

A Internet se apresenta como uma enciclopédia universal, atualizada minuto a minuto com fotos, informações, opiniões, geralmente sem qualquer critério, hierarquia, controle prévio ou mesmo posterior. Assim um crime cometido<sup>40</sup>, a atuação em um filme erótico<sup>41</sup>, uma discussão de trânsito, uma briga conjugal, uma traição flagrada<sup>42</sup>, ou até mesmo um vídeo íntimo feito com um celular, ao serem disponibilizados em meio virtual, passam a ser objeto de julgamento público por parte das mais variadas pessoas, não existindo qualquer controle por parte de quem teve sua imagem, honra, vida privada ou intimidade expostas.

---

<sup>40</sup> Em 19 de dezembro de 2016 o Juiz de Direito Francisco Alves Júnior, da 6ª Vara Cível de Aracajú, julgou improcedente o pedido de um professor de séries iniciais que solicitou, com base no direito ao esquecimento, a retirada de matérias em nome do autor relacionadas à prática de pedofilia, tendo em vista ter sido condenado, tendo cumprido a pena e se beneficiado por sursis e indulto. O Juiz entendeu que os precedentes criminais nos quais se alcança o direito ao esquecimento são relativos a casos em que o interessado na retirada do conteúdo ou foi inocentado ou foi beneficiado pelo arquivamento das investigações ou pela prescrição. No caso dos autos, tratava-se de conteúdo que fazia referência a situação verídica, confirmada pelo requerente, condenado por fatos que envolviam a pedofilia. Importante referir a preocupação do julgador, no presente caso, em efetuar a ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, utilizando oito critérios expressos pelo Ministro Luis Roberto Barroso para a ponderação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, quais sejam: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção das informações; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Assim, após a ponderação, o Juiz entendeu haver interesse público na manutenção dos links jornalísticos que envolvem a prática do crime de pedofilia pelo requerente, especialmente pela profissão que este desempenhava, qual seja, professor da educação básica (BRASIL, 2017).

<sup>41</sup> Em 1992, a atriz e apresentadora Xuxa Meneghel impediu na justiça o lançamento em videocassete do filme *“Amor, estranho amor”*, por recear que sua imagem junto ao público infantil fosse manchada. Na ocasião, a pretensão da apresentadora foi reconhecida no voto do Desembargador Thiago Ribas Filho, na Apelação Cível nº 1991.001.03819, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No ano de 2012, após a divulgação de trechos do filme na Internet, Xuxa ingressou com ação ordinária requerendo que os resultados fossem removidos do mecanismo de busca da empresa Google (MARTINS, 2014, p. 19). A análise dos argumentos das decisões relativas ao presente caso, proferidas em sede de Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, será feita posteriormente.

<sup>42</sup> No ano de 2015 o então jogador de futebol do Palmeiras, Valdívia, ingressou na justiça contra a empresa Google tendo por objetivo impedir que a referida empresa disponibilizasse, em seu banco de dados, qualquer pesquisa que expusesse sua vida privada, especialmente devido ao fato de ter sido flagrado, no ano de 2011, beijando uma mulher em uma casa noturna em São Paulo. O fato, publicado por alguns jornais, abalou o casamento do jogador. Não foi possível encontrar, na Internet, notícia sobre o resultado da demanda (BRASIL, 2015).

Depois de disponibilizados na rede mundial de computadores, portanto, tais fatos e informações fogem ao alcance do emissor, sendo facilmente acessíveis por meio de uma pesquisa rápida em um motor de busca. A tensão entre o erro cometido e o direito de não ver tal fato propagado indefinidamente no tempo está na raiz dos debates acerca do que se convencionou chamar de direito ao esquecimento (RODRIGUES JUNIOR, 2013b).

A problemática reside no fato de que não há consenso com relação aos limites para a aplicação do esquecimento virtual, ou mesmo critérios a serem respeitados pelo Poder Judiciário no momento em que se analisa a aplicação do referido direito. A questão necessita ser enfrentada com urgência. Atualmente, quase tudo o que acontece no mundo virtual se torna público, sendo que, desde o nascimento, muitas das informações a respeito das pessoas são publicadas na Internet.

Verifica-se assim que o direito ao esquecimento se direciona a um problema urgente na era digital, já que “é muito difícil escapar do seu passado na Internet, pois cada foto, atualização de *status* e *tweet* vive para sempre na nuvem” (MARTINS, 2014, p. 6). A invenção da máquina fotográfica e, posteriormente o desenvolvimento da indústria cinematográfica, permitiu a consagração da imagem na criação e expressividade de ideias. Recentemente, com a explosão da informática, desde a televisão, computadores pessoais, Internet, as redes sociais, surge uma nova cultura “ciberespacial”, definindo novos conceitos de produção, comercialização e difusão de informações, configurando-se em mais um desafio às regras jurídicas (FERRIGOLO, 2005, p. 126-127).

Na contemporaneidade, portanto, resulta insuficiente conceber o direito à privacidade somente como um direito (*status* negativo) de defesa frente a qualquer intromissão na esfera privada, sem contemplá-lo, ao mesmo tempo, como um direito ativo de controle (*status* positivo), sobre o fluxo de informações que concernem a cada sujeito. Assim, existe estreita correlação entre o direito à autodeterminação informativa e o direito à privacidade, no contexto em que esta deixa de ser um privilégio do homem para tornar-se um valor constitucional na vida comunitária (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 95).

Diante desta evolução do direito à intimidade, há a nítida demonstração da própria evolução do Estado e a tutela dos direitos fundamentais, mostrando-se necessário observar que este direito não pode ser tutelado de uma única e definitiva forma, mas protegido na medida em que a sociedade evolui e cria novas formas de violação e, também, de preservação dos direitos. Por tais razões, em meio à sociedade informacional que hoje se vivencia, há a constante preocupação em tutelar não apenas a ciência de dados pelos indivíduos a que se referem, como também que os indivíduos possam escolher a quem, como e em que medida os compartilham, o que pode ser entendido como a autodeterminação informativa (RODEGHERI et al, 2013, p. 883-884).

Neste ponto, é preciso lembrar que a privacidade é o direito fundamental com maior número de modalidades de transgressão, e um dos que conta com maior quantidade de vítimas reais ou potenciais. Desde os anos setenta é notório que os bancos de dados do setor público norte americano processam informações sobre atitudes individuais e comportamento político que afetam milhões de cidadãos (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 114). Tal problemática se acentuou com a ampliação do uso das ferramentas tecnológicas pela sociedade já que, atualmente, não só o setor público, mas também as empresas privadas têm investido na captação de dados que, ao serem cruzados, fornecem preciosas informações, usadas especialmente para fomentar o consumo.

Os dados pessoais, a intimidade e a vida privada têm se convertido, na Sociedade da Informação, em uma mercadoria cujo valor se calcula em termos da lei da oferta e da procura. Na contemporaneidade a intimidade de cada um possui o valor que os demais, em particular os meios de comunicação, estão dispostos a pagar por tornar a informação pública (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 120). As novas tecnologias convertem a informação em uma riqueza fundamental da sociedade. A função da intimidade em âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que o indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados, mas também evitar que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem consideração de seus aspectos subjetivos (LIMBERGER, 2007a, p. 217).

Outro fator a ser destacado tem relação com o perigo da disponibilização de informações íntimas ou privadas acerca do indivíduo na rede, já que, quando as mesmas informações

[...] circulam em um pequeno grupo de pessoas que o conhecem bem, seu significado pode ser ponderado ante outros aspectos do caráter e da personalidade desse indivíduo. Em contrapartida, quando essas mesmas informações são removidas do contexto original e reveladas a estranhos, o indivíduo se torna vulnerável, correndo o risco de ser julgado com base em seus gostos e suas preferências mais embaraçosas – e por isso mais memoráveis (LEONARDI, 2012, p. 65).

Portanto, faz-se necessário o estabelecimento de uma política da justa memória, no sentido de prestigiar tanto a liberdade de expressão e de informação quanto o respeito à privacidade, para que tais direitos fundamentais sejam garantidos em âmbito virtual. Em seguida, será analisado como os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol abordam o tema proteção de dados e tutela da privacidade, especialmente com relação à possibilidade de lesão

em âmbito de Internet. Posteriormente serão apresentados alguns antecedentes históricos do direito ao esquecimento, demonstrando que se trata de um direito já considerado clássico na doutrina e na jurisprudência, mas que assume novos contornos com o advento Sociedade da Informação.

## 1.2 A REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTERNET E A PROTEÇÃO DE DADOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESPANHOL

A ampla – e necessária – utilização dos dados pessoais para o desenvolvimento das mais variadas atividades faz como que estes se tornem fundamentais para que a maioria das pessoas se movimentem na Sociedade da Informação. Neste contexto, o tratamento automatizado de dados se torna uma atividade que apresenta riscos cada vez maiores, sendo que o perigo se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva dos referidos dados (DONEDA, 2014, p. 61)<sup>43</sup>. E

quando falamos de riscos e de direitos afetados pelo advento da Internet e das novas tecnologias pensamos principalmente nos aspectos relacionados com a proteção de dados de caráter pessoal e com o direito à honra, à intimidade e à própria imagem (TOURIÑO, 2014, p. 27, tradução nossa).<sup>44</sup>

A necessidade de que o cidadão esteja juridicamente protegido com relação a seus dados pessoais reside no fato de que estes possuem conteúdo econômico, pela possibilidade de sua comercialização (LIMBERGER, 2007b, p. 58). Além disso, uma das principais problemáticas envolvendo tal situação decorre do fato de que, muitas vezes, as informações produzidas por meio da análise de tais dados não são totalmente corretas, representando erroneamente o titular.

É incontroverso que “a satisfação de novas necessidades, isto é, aquelas sentidas pela sociedade tecnológica, não deve acontecer a qualquer preço. E não se deve fazê-lo, porque as novas tecnologias incorporam alguns riscos evidentes de agressão aos direitos dos cidadãos” (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 63). Como adverte Touriño “o que ocorre, e não é obviamente

<sup>43</sup> Exemplo da facilidade com que podem ser obtidos dados pessoais de qualquer pessoa, favorecendo o abuso por parte das empresas do setor, é o site [www.tudosobretodos.se](http://www.tudosobretodos.se). No referido site é possível efetuar pesquisa por nome e CPF, sendo que, mediante pagamento, o site se propõe a fornecer informações pessoais de qualquer pessoa ou empresa. No referido endereço, de acordo com a empresa responsável, é possível encontrar o bairro, CEP, RG, local de trabalho, registro profissional, e mesmo o endereço de qualquer pessoa (ZERO HORA, 2015).

<sup>44</sup> No original: “cuando hablamos de riesgos y de derechos afectados por el advenimiento de Internet y las nuevas tecnologías pensamos principalmente en los aspectos relacionados con la protección de datos de carácter personal y con el derecho al honor, la intimidad y a propia imagen”

nem a primeira nem a última vez que acontecerá, é que estes novos ambientes necessitam, e nós entramos no pantanoso terreno do Direito, de uma regulação adequada” (2014, p. 14, tradução nossa)<sup>45</sup>.

Faz-se necessário encontrar a justa medida, a fim de que seja possível continuar auferindo dos benefícios advindos da ampliação do uso das TICs sem, contudo, abdicar dos direitos fundamentais conquistados historicamente. No contexto da Sociedade da Informação, a proteção de dados deve assumir um caráter de prestação positiva, garantindo ao cidadão não somente o acesso e retificação, mas também a supressão de informações, mesmo as consideradas verdadeiras, desde que estas estejam desatualizadas, ou não possuam efetivo interesse público envolvido, como pressuposto da dignidade da pessoa humana, garantindo a proteção da memória individual.

Torna-se fundamental, portanto, que as pessoas tenham conhecimento e controle sobre seus próprios dados e informações, que são expressão da própria personalidade do indivíduo. A informação pessoal está diretamente ligada à privacidade por uma equação que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice versa. Tal equação não comporta toda a complexidade da problemática em torno da referida relação, porém, pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida no ordenamento jurídico na contemporaneidade, traduzindo-se em desdobramento da tutela do direito à privacidade (DONEDA, 2014, p. 63).

Atualmente, conforme visto, o conceito clássico de privacidade não é suficiente para abarcar as complexidades das relações sociais, especialmente aquelas derivadas das interações mediadas pelas novas tecnologias. Conforme demonstrado anteriormente, o conceito de privacidade como o direito de ser deixado – *the right to be let alone* – foi formulado por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em 1890, em um artigo intitulado *The Right to Privacy*<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> No original: “o que ocorre, y no es obviamente esta ni la primera ni la última vez que sucederá, es que estos nuevos entornos carecem, y nos adentramos ya en el pantanoso terreno del Derecho, de una regulación adecuada”.

<sup>46</sup> Têmis Limberger trata o tema como direito à intimidade, aduzindo que “o direito à intimidade, *the right to privacy*, surgiu por criação de Samuel Warren e Louis D. Brandeis, sendo que este último, posteriormente, foi juiz da Suprema Corte. O Senador Samuel Warren considerou que a imprensa de Boston tinha exagerado ao divulgar notícias reservadas sobre o matrimônio e sua filha. Warren pediu ajuda ao jurista Brandeis, a fim de verificar se a *common law* oferecia uma norma para proteger a intimidade do cidadão. A partir da análise dos precedentes, documentou-se o reconhecimento na *common law* de um direito geral à *privacy*, reconstruível através dos casos de violação de propriedade (*property*), violações da confiança (*breach of confidence*), violações do direito do autor (*copyright*) e também dos casos de difamação (*defamation*). A conclusão a que chegaram foi a de que, através do direito geral à *privacy*, era possível obter uma proteção jurídica também no caso de a violação da vida privada ocorrer por meio da imprensa. As conclusões foram publicadas num artigo de 1890” (LIMBERGER, 2007b, p. 55).

Na época, a preocupação com a potencial violação da vida doméstica e privada por tecnologias e meios de comunicação em ascensão, como máquinas fotográficas e a indústria dos jornais, fez com que os autores profetizassem que “aquilo que é sussurrado no quarto será proclamado dos telhados”. Assim, os autores entendiam o direito à privacidade como derivado da *common law*, sendo definido como o “direito de ser deixado só” (LEONARDI, 2012, p. 53).

O referido conceito, no sentido exposto naquele momento, não deixa margem para se fale em supremacia do interesse público, em construção da memória coletiva, em autodeterminação informativa, se caracterizando como excessivamente restritivo. O *status* negativo do conceito não comporta as complexidades de uma sociedade profundamente impactada pelas TICs, exigindo sua releitura a fim de tornar possível a tutela dos direitos da personalidade, decorrentes da dignidade da pessoa humana, especialmente com relação à proteção de dados ou informações pessoais desatualizadas, ainda constantes nos mecanismos de busca da Internet.

Em um segundo momento, o conceito de privacidade também foi entendido como *resguardo contra interferências alheias*, não equivalendo ao isolamento total do indivíduo, mas sim ao direito de subtrair-se da publicidade para recolher-se na sua própria reserva, escolhendo em que medida irá manter os assuntos para si ou submetê-los à observação e discussão públicas (LEONARDI, 2012, p. 55-56). Uma terceira maneira de conceituar a privacidade é entendê-la como direito de segredo ou sigilo, no sentido de que determinadas informações gozam de status binário: ou são públicas, ou são privadas.

Por fim, uma quarta faceta, mais contemporânea, refere o direito à privacidade como sendo a faculdade de ter controle sobre informações ou dados pessoais, chamado por alguns autores de *autodeterminação informativa*, conforme visto anteriormente.

Através da proteção de dados pessoais, garantias a princípio relacionadas à privacidade passam a ser vistas em uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, abrangendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais. Para uma completa apreciação do problema, esses interesses devem ser levados em consideração pelo operador do direito pelo que representam, e não somente pelo seu traço visível - a violação da privacidade (DONEDA, 2014, p. 64).

Com relação à possibilidade de acesso às informações e aos dados pessoais há diversos precedentes na jurisprudência nacional e internacional. Porém, a possibilidade de supressão ou ocultamento de informações verdadeiras dos mecanismos de busca é algo controverso na doutrina. A questão passou a ser debatida com maior ênfase especialmente

após decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em um processo movido pela megacorporação Google contra a Agência Espanhola de Proteção de Dados e contra o cidadão espanhol Mario Costeja Gonzáles, no qual o referido cidadão obteve o direito de que determinada informação acerca de sua pessoa não figurasse entre as respostas no mecanismo de busca.

No Brasil, o Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal trouxe o tema ao debate, durante a VI Jornada de Direito Civil, na qual se entendeu que a proteção conferida pela dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação incluía o direito ao esquecimento. “Vale lembrar que a redação do Enunciado inicialmente proposta era: ‘A tutela da dignidade da pessoa humana na *Internet* pressupõe o direito ao esquecimento, em vista do ambiente da rede mundial de computadores, cujos meios de comunicação potencializam o surgimento de dados novos’” (MARTINEZ, 2014, p. 88).

Na VII Jornada de Direito Civil o CJF reforçou o entendimento de que há um chamado direito ao esquecimento, por meio do Enunciado 576, entendendo que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (JUSTIÇA FEDERAL, 2015). A possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil é tema de veras controverso, sendo criticado por parcela da doutrina devido principalmente à dificuldade de ser avaliado o que pode ou não ser suprimido.

Assim, cumpre verificar se o ordenamento jurídico nacional comporta o direito ao esquecimento, nos termos do referido enunciado, criando o lastro teórico e jurídico para averiguar se existem critérios que possibilitem avaliar, frente a situações concretas, se determinado dado ou determinada informação pode ser suprimida dos mecanismos de busca. Nestes termos, na sequência será apresentada uma abordagem jurídica acerca da lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), averiguando como tal norma trata da privacidade e da proteção de dados.

### **1.2.1 O Marco Civil da Internet e a (necessidade de regulamentar a) proteção de dados no Brasil**

Apesar de a rede mundial de computadores ter sido criada há décadas, apenas no final do Século XX ela passou a ter a dimensão que se vê atualmente. Nos últimos vinte anos as empresas que desenvolvem tecnologias digitais movimentaram trilhões de dólares, fazendo bilionários alguns dos jovens que desenvolveram mecanismos de busca como o Google, ou redes sociais como o Facebook. Devido à dimensão que Internet tomou, foi necessário buscar

regulamentação jurídica em relação ao que ocorre em âmbito virtual, sendo que a proteção de dados possui aspecto fundamental neste contexto.

A América Latina iniciou tardiamente a regulamentação da proteção de dados, sendo que foi a Argentina<sup>47</sup> o país pioneiro na elaboração legislativa referente ao tema na região, por meio da Lei n.º. 25.326, de outubro de 2000, posteriormente regulamentada pelo Decreto n.º 1.558, de novembro de 2001. Também o Uruguai regulamentou a matéria, ainda que com âmbito restrito, protegendo especificamente os dados para informes comerciais, e estabelecendo o *Habeas Data* (Lei n.º. 17.838, de setembro de 2004) (LIMBERGER, 2007b, p. 100-101).

Com relação à proteção de dados no Brasil, é preciso desde já deixar assentado que não existe previsão constitucional específica sobre o tema, ao contrário do que ocorre em Espanha e em Portugal, sendo possível construir doutrinariamente as diretrizes da proteção de dados por meio da análise de institutos como o *Habeas Data* (art. 5º LXXII), a proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º X), a inviolabilidade das comunicações (art. 5º XII) e a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII da CF).

No ano de 2014 foi dado um significativo passo na regulamentação da matéria da proteção de dados em âmbito virtual, por meio da promulgação da Lei n.º. 12.965, o Marco Civil da Internet, que explicita a necessidade de que seja elaborada lei para proteção de dados (art. 3º, III). No entanto, até o presente momento não houve promulgação de lei específica de proteção de dados, existindo apenas Projeto de Lei para regular o tema.

O Anteprojeto de Lei para proteção de dados pessoais esteve em debate público até 05 de julho de 2015. A partir de tal debate foi elaborado o texto final do Anteprojeto de Lei que *dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para proteger a personalidade e a dignidade da pessoa natural*, transformado no Projeto de Lei n.º. 5276/2016, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados<sup>48</sup>.

Com relação ao tema ora debatido, qual seja, o direito ao esquecimento, importante o teor do Art. 18, especialmente o inciso IV, do referido Projeto, por meio do qual se entende como direito do titular *a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei*. A possibilidade de

---

<sup>47</sup> A proteção legal conferida pela legislação Argentina estabelece a tutela de dados pessoais no âmbito público e privado, bem como definições como dados pessoais, dados sensíveis, armazenamento e tratamento de dados informatizados, titular e usuário dos dados e dissociação dos dados, versando, ainda, a respeito de questões polêmicas como consentimento do titular quanto ao repasse dos dados, direito de informação sobre o uso desses dados, prevendo, ainda, um órgão de controle dos mesmos: a Agência de Proteção de Dados, a exemplo do que ocorre na Espanha (LIMBERGER, 2007b, p. 101).

<sup>48</sup> Necessário ressaltar que o objetivo precípua da presente pesquisa não é avaliar o referido Projeto.

*anonimização*, entendido como o *qualquer procedimento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo* pode ser uma importante ferramenta para garantia do direito ao esquecimento, nos termos propostos na presente pesquisa (BRASIL, 2016).

Verifica-se, assim, que,

se por um lado o Marco Civil da Internet representa um avanço significativo na construção normativa relacionada às demandas da sociedade da informação, recepcionando terminologias adequadas ao contexto da internet, por outro lado trouxe a necessidade de regulamentação de dispositivos específicos, como é o caso da seção que trata da proteção da privacidade e dos dados pessoais na rede. Além disso, cabe salientar que o Brasil também evoluiu o debate sobre a criação de uma lei de proteção de dados pessoais, com a finalidade de tutelar o uso de dados pessoais em sentido amplo, abrangendo inclusive os dados obtidos, armazenados e tratados a partir de aplicações da internet (FORTES, 2015, p. 147).

Percebe-se, assim, que o Brasil começa a se preocupar com a questão da regulamentação do uso da Internet, mesmo que tardiamente, necessitando efetivar proteção legal específica a respeito da proteção de dados, a exemplo das iniciativas em âmbito de União Europeia e de alguns países da América Latina. Desde já é importante afirmar que a inexistência de previsão legal para proteção de dados no país é um dos argumentos utilizados para que o direito ao esquecimento virtual não seja aplicado. A seguir, serão apresentados alguns aspectos da Lei 12.965/14 importantes para o debate que ora se propõe.

### ***1.2.1.1 Marco Civil da Internet no Brasil***

Conforme demonstrado, no ordenamento jurídico brasileiro tanto o acesso aos dados quanto o registro da conduta dos usuários da Internet eram destituídos de regulamentação específica até o advento da Lei 12.965/14. Portanto, “o Marco Civil da Internet representou um significativo avanço no panorama normativo brasileiro, particularmente por recepcionar a compreensão jurídica da Internet” (FORTES, 2015, p. 112). Apesar disso, o referido diploma legal não tem se mostrado suficiente para proteger os indivíduos frente à constante violação de dados que ocorre em âmbito virtual.

Portanto, cumpre averiguar quais as garantias à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, para a proteção dos direitos da personalidade e para tutela dos dados pessoais que a referida Lei contém. De início, traz-se ao trabalho um breve esboço do contexto histórico em que se deu a publicação do referido diploma legal.

Em 1º de novembro de 2013 a Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, e a Primeira-Ministra da Alemanha, Angela Merkel, que haviam sido vítimas de espionagem por meio da Internet, apresentaram em conjunto, à Organização das Nações Unidas, uma proposta de regulamentação dos procedimentos, práticas e legislações no que tange à vigilância das comunicações, sua interceptação e coleta de dados pessoais, sob o título de Privacidade na Era Digital (MARTINS, 2014, p. xiv).

Tal iniciativa derivou, além disso, da constatação de que a rede mundial não respeita fronteiras físicas, e da tomada de consciência dos riscos da falta de regulamentação da Internet no Brasil. Constatou-se que a sociedade atual se encontra cada vez mais interconectada, sendo que as regulações internas de cada país dão o tom de – e, na maioria das vezes são insuficientes para definir – como o tema da colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, ocorridos em âmbito virtual, serão tratados.

No Brasil, em 22 de abril de 2014 a Presidente Dilma Rousseff sancionou simbolicamente o Marco Civil da Internet, aprovado na véspera pelo Senado Federal, e posteriormente publicado no Diário Oficial da União como Lei nº 12.965/2014. Tal mecanismo legal busca definir os direitos e responsabilidades dos cidadãos, empresas e governos, na Internet, sendo que a minuta de anteprojeto foi submetida à discussão pública no período compreendido entre 2009 e 2010, tendo recebido mais de 2.000 (duas mil) contribuições e 18.500 (dezoito mil e quinhentas) visitas (MARTINS, 2014, p. xvi).

A Lei 12.965/14 teve sua origem no Projeto de Lei nº 2.126/11, elaborado pelo Ministério da Justiça, com o apoio de sugestões da sociedade civil e de especialistas na área. Conforme referido anteriormente, o projeto ganhou força nos últimos meses de 2013 devido principalmente aos episódios de espionagem que atingiram a Presidente Dilma Rousseff, passando a tramitar, a partir de então, em regime de urgência.

O Marco Civil da Internet enuncia como tríplice vertente a (1) preservação da neutralidade da rede, a (2) privacidade e a (3) liberdade de expressão (MARTINEZ, 2014, p. 134). Ressalte-se que a liberdade de expressão é apresentada como fundamento e como princípio da disciplina do uso da Internet no Brasil, traduzindo-se em vetor de grande importância na solução de lides derivadas do conflito entre princípios constitucionais.

Nos termos do Art. 2º da Lei, com relação à garantia da liberdade de expressão não há qualquer limite, qualquer censura oficial a ser oponível, sendo apenas possível a responsabilização civil ou criminal em face dos perpetradores da lesão. Assim, com a infinidade de conteúdos que são distribuídos por meio da rede, natural que muitos destes configurem lesão a direitos da personalidade, sendo fundamental que exista uma ferramenta

jurídica capaz de tutelar tais direitos, sob pena de que o ambiente seja utilizado para disseminar informações falsas, sem qualquer possibilidade de supressão posterior.

O art. 7º do referido diploma legal replica o exposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, ao garantir a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando o direito à sua proteção e à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação. Com relação à autodeterminação informativa dos usuários, a Lei 12.965/2014 trata de tal tema nos arts. 8º e 10 prevendo, ainda, como direito do usuário, “exclusão definitiva de dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas” na lei (Art. 7º, X) (BRASIL, 2014)<sup>49</sup>.

Necessário dizer, também, que desde 18 de novembro de 2011 está em vigor a Lei nº 12.527, que regula o acesso à informação, prevendo a existência de informações que podem permanecer restritas pelo prazo de cinco, quinze, ou até vinte e cinco anos, em razão de sua imprescindibilidade para os interesses do Estado ou da Sociedade (informação reservada, secreta, ou ultrassecreta)<sup>50</sup>, constituindo-se em verdadeiro limitador ao acesso às informações públicas. Não se tratando de limitação estabelecida pela referida lei, a regra é a de que a

<sup>49</sup> Neste ponto, necessário fazer referência à existência do Projeto de Lei nº 2.712/2015, de autoria do Deputado Federal Jeferson Campos, “que modifica a Lei nº 12.965/2014, obrigando os provedores de aplicação da internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos” (CÂMARA, 2015). A ótica defendida na presente pesquisa é a de que o referido Projeto de Lei não deve prosperar, já que deixaria nas mãos da iniciativa privada a faculdade de decidir se determinado fato é considerado histórico, bem como se há interesse público envolvido. Ressalta-se o posicionamento pessoal do autor de que o direito ao esquecimento deva ser concedido em situações excepcionais, sendo analisado pelo Poder Judiciário ou por órgão público criado especialmente para a proteção de dados e informações pessoais, a exemplo do que ocorre em países como a Espanha.

<sup>50</sup> Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no **caput**, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II - secreta: 15 (quinze) anos; e

III - reservada: 5 (cinco) anos.

§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final (BRASIL, 2011).

informação possa ser disponibilizada aos requerentes, exceto na hipótese em que a informação requerida seja classificada como uma informação pessoal.

Verifica-se, portanto, que a transparência e a prestação de contas têm sido exigidas pela sociedade, o que traz também o risco de que sejam disponibilizados dados que possam ferir direitos e garantias individuais. É possível perceber que, na sociedade atual, a informação tem adquirido uma importância crescente, e a faculdade de comunicação e de acesso à informação aparece como uma forma irrenunciável de liberdade. A fim de diminuir o monopólio informativo por parte do Estado, a sociedade democrática reivindica o pluralismo informativo, bem como o livre acesso e a livre circulação de informações (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 346).

Entretanto, apesar de o Estado Social e Democrático de Direito necessitar da informática como um veículo imprescindível para assegurar a vigência de um de seus principais valores, qual seja, a certeza do direito, a ameaça que o uso indiscriminado e abusivo da informática pode representar é constante (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 348). O excesso de informação – muitas vezes inútil -, produzida e disseminada via Internet, traduz se em risco de contaminação dos direitos fundamentais, relegando os titulares de direitos a um papel de meros fornecedores de dados.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer um mecanismo legal que regule a proteção de dados no Brasil, a fim de possibilitar que o Poder Judiciário possa dar respostas adequadas às demandas que diariamente requerem proteção jurídica aos dados disponibilizados na rede. Na Espanha, assim como no Brasil, a proteção conferida aos direitos da personalidade encontra sua fonte na Constituição.

Após a Constituição espanhola, a Lei Orgânica 1/1982, de 5 de Maio, desenvolve o artigo 18 CE, e regula o exercício dos direitos à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem pessoal. A lei, no entanto, não diferencia o conceito de honra da privacidade e da imagem, mas afirma juntos os três direitos (CALLEJÓN, 2008, p. 127, tradução nossa).<sup>51</sup>

No referido País, diversas normas foram editadas com o objetivo de oferecer proteção jurídica aos dados de caráter pessoal. Um dos principais institutos é a Lei Orgânica 15, de 13 de dezembro de 1999, que tem por objetivo garantir e proteger, no que concerne ao tratamento

---

<sup>51</sup> No original: “Com posterioridade a la Constitución española, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, desarrolla el artículo 18 CE y regula el ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La ley, sin embargo, no diferencia el concepto de honor de la intimidad y de la imagen, sino que enuncia de manera conjunta los tres derechos.”

de dados pessoais<sup>52</sup>, as liberdades públicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas, especialmente sua honra e intimidade pessoal e familiar. Também a Lei 19/2013, que trata de transparência, acesso à informação pública e bom governo possui um artigo especial, dedicado á proteção de dados de caráter pessoal (MAÑAS, 2013). Na sequência, serão apresentadas algumas das principais ferramentas legais que fornecem tutela aos direitos da personalidade e proteção de dados na Espanha.

### 1.2.2 A proteção de dados e a tutela dos direitos da personalidade na Espanha<sup>53</sup>

O tratamento jurídico dos direitos fundamentais, na Europa, tem exigido grande atenção por parte do legislador (CANOTILHO, 2003, p. 523). Na União Europeia, em geral, se parte do princípio de que o que é ilegal fora da rede também é nela, motivo pelo qual os Estados Membros devem punir tais condutas ilícitas (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 111-112). Os países membros da União Europeia devem, a partir do advento da Diretiva 95/46, que trata da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, tratar uniformemente o tema em questão.

Das várias disposições europeias e internacionais que têm vindo a regular a matéria da proteção de dados resulta, regra geral, a ideia de que se pretende com elas conciliar um **direito à circulação da informação** (direito de pedir, receber ou partilhar informações), com um **direito sobre a informação**, que é o direito à reserva da intimidade da vida privada. A circulação de informações anda também associada à necessidade de funcionamento de um mercado interno de livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, ideia que ressalta com particular intensidade a Diretiva 95/46/CR (preâmbulo) (CASTRO, 2005, p. 27). **Grifos no original.**

Assim, com o objetivo de avaliar o tratamento de dados na Espanha faz-se necessário, primeiro, trazer à luz alguns preceitos legais relativos à proteção dos direitos da personalidade em âmbito constitucional e infraconstitucional, sempre ressaltando o fato de que o referido país integra a União Europeia e, portanto, deve obedecer às diretrizes emanadas das instituições da UE.

<sup>52</sup> De acordo com a normatização europeia dados pessoais são objeto de tratamento quando sujeitos a qualquer operação ou conjunto de operações, efetuadas com ou sem meios automatizados, tais como recolha, registro, organização, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição (CASTRO, 2005, p. 105).

<sup>53</sup> Para o presente estudo comparado importa apresentar um esboço da maneira pela qual os países Brasil e Espanha protegem os dados e informações pessoais. Têmis Limberger apresenta uma abordagem mais aprofundada da legislação relativa à proteção de dados em diversos países (2007b).

Especificamente com relação ao referido País, antes da promulgação da Constituição Espanhola de 1978 (CE), o direito à intimidade<sup>54</sup> carecia de proteção específica, mesmo em âmbito de direito civil (BASTERRA, 2011, p. 360). Com o advento da CE, o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, bem como a direito à própria imagem, passaram a ser tutelados, de forma semelhante a como tal proteção existe atualmente no Brasil.

O enfrentamento da questão da proteção de dados na Espanha se dá a partir do art. 18.4 da Constituição Espanhola. A legislação infraconstitucional está inserida na terceira geração de proteção de dados e se caracteriza por alguns estados preverem na Constituição a garantia de proteção à intimidade com relação ao tratamento de dados pessoais e pelo direito unificado, principalmente pela Diretriz 95/46<sup>55</sup> (LIMBERGER, 2007b, p. 98).

O art. 18.4 da CE faz referência expressa à informática e à tutela dos direitos da personalidade, estabelecendo que “a lei limitará o uso da informática para garantia da honra, da intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos.”<sup>56</sup> Tal artigo vai ao encontro do que dispõe o Art. 10 da Constituição Espanhola, que trata dos direitos e deveres fundamentais, estabelecendo que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”<sup>57</sup>. Portanto, resta claro que o direito à intimidade (e também o respeito à vida privada) estão vinculados

---

<sup>54</sup> No Direito Espanhol, privacidade e intimidade apresentam características distintas, já que a primeira refere-se a um conjunto mais amplo e global, incluindo facetas referentes à personalidade do indivíduo e à proteção de bens jurídicos, tais como a inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondência, enquanto a segunda refere-se ao círculo mais reservado da vida das pessoas, possuindo um aspecto mais restritivo. “Anteriormente, a honra era preponderante e compreendia a intimidade. Na atualidade, ela diz respeito ao aspecto exterior da pessoa, enquanto a intimidade se relaciona ao aspecto interior” (LIMBERGER, 2007b, p. 116). De igual forma, na presente pesquisa é sustentada a tese de que há diferença entre privacidade e intimidade, em que pese os termos sejam utilizados, na maior parte das vezes, como sinônimos.

<sup>55</sup> A Diretriz 95/46 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de dados das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, tem por objetivo maior garantir a livre circulação de dados em âmbito europeu, promovendo a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. De acordo com a referida Diretiva e com a Lei de Proteção de Dados da Espanha são exemplos de dados pessoais o nome, número da segurança social, número de contribuinte, número do registro de identidade, de passaporte, telefone, email, classificações escolares, história clínica, dívidas e créditos, compras que efetua, registro de meios de pagamento que utiliza, etc., desde que, por estarem associados a uma pessoa, estes permitam identifica-la (CASTRO, 2005, p. 74)

<sup>56</sup> No original: “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.” Importante referir que “o limite apontado pelo art. 18.4 da CE não é imposto somente aos organismos públicos. O legislador constituinte não restringiu o campo de aplicação dessa garantia. É evidente que o uso indevido da informática se constitui numa ameaça para as liberdades que independe da natureza pública ou privada que armazena os dados” (LIMBERGER, 2007b, p. 41).

<sup>57</sup> No original: “La dignidade de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden política y de la paz social.”

diretamente à dignidade da pessoa humana, sendo considerados direitos da personalidade, da mesma forma como ocorre no Brasil.

Na Espanha, em nível infraconstitucional, os direitos da personalidade se encontram tutelados pela “Lei de Proteção Civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar, e da própria imagem, Lei n.º. 1/82”<sup>58</sup> (ESPANHA, 1982). A referida norma regulamenta as disposições contidas no artigo 18 da Constituição Espanhola estabelecendo, em seu Art. 1º, a tutela civil dos direitos fundamentais: a) à honra; b) à intimidade pessoal e familiar; c) à própria imagem, frente a todo tipo de ingerência e intromissões ilegítimas. Ainda, alguns desses direitos possuem também proteção penal, como ocorre com o direito à honra (BASTERRA, 2011, p. 362).

Os três direitos citados – honra, intimidade e imagem – não conformam um único direito com três facetas diferentes, mas constituem três direitos específicos e distintos, ainda que exista estreita relação entre os mesmos (BASTERRA, 2011, p. 362). Entretanto, em se tratando de violação a tais direitos em âmbito de Internet, o tratamento jurídico deve ser semelhante, especialmente quando se está diante da necessidade de supressão de fotos, reportagens, etc., que violem a honra, à intimidade, ou a imagem das pessoas, fundadas no direito ao esquecimento virtual.

A Lei espanhola 1/82, é bastante clara com relação a ingerências ilegítimas em relação aos direitos da personalidade, conforme se depreende da leitura dos artigos 7º e 8º, em especial os números 3, 4, 5 e 6 do art. 7º .

#### DA PROTEÇÃO CIVIL DE HONRA, À INTIMIDADE E PRÓPRIA-IMAGEM.

7. será considerada interferência ilegítima no âmbito de proteção definido no artigo 2º desta lei:

[...]

3. Divulgação de fatos relativos à vida privada de uma pessoa ou família que afeta a sua reputação e bom nome, assim como a divulgação ou publicação do conteúdo de cartas, memórias ou outros escritos pessoais íntimos.

4. A divulgação de dados privados de uma pessoa ou família conhecida através do oficial profissional ou quem os revela atividade.

5. O recrutamento, a reprodução ou a fotografia de publicação, filme, ou qualquer outro procedimento, a imagem de uma pessoa em locais ou momentos de sua vida privada ou fora delas, salvo nos casos previstos no artigo 8.2.

6. O uso do nome, voz ou imagem de uma pessoa para a publicidade, natureza comercial ou usos semelhantes (ESPANHA, 1982, tradução nossa).<sup>59</sup>

<sup>58</sup> No original: “Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal e Familiar, y a la Propria Imagen”, Ley n.º 1/82”.

<sup>59</sup> No original: **DE LA PROTECCIÓN CIVIL DEL HONOR, DE LA INTIMIDAD Y DE LA PROPIA IMAGEN.**

7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

[...]

Percebe-se, portanto, o caráter constitucional da proteção aos direitos da personalidade na Espanha. Com relação à governança da Internet no referido País, os principais instrumentos legislativos que regulam a matéria são a Lei 34/02, que regulamenta os serviços de sociedade de informação e de comércio eletrônico, e a Lei 25/07, que dispõe sobre a conservação de dados relativos às comunicações eletrônicas e das redes públicas de comunicação.

A Lei nº. 25/07 obriga aos prestadores de serviços disponíveis ao público ou aos exploradores de redes públicas de comunicação a conservar dados. No caso da Internet, os agentes deverão conservar dados de origem através da identificação do usuário, nome e endereço do assinante da rede e direção do Internet Protocol (IP); dados de destino; dados para determinar data, hora e local da comunicação; dados para identificar o tipo de comunicação, o equipamento de comunicação e a localização do equipamento. Devido às obrigatoriedades de identificação impostas pela lei espanhola, não é possível acesso anônimo à Internet, quando disponibilizada através de rede pública (BRASIL, 2015).

A obrigação de conservação dos dados, segundo a mesma lei, é de doze meses, com possibilidade de ampliação até vinte e quatro meses. Os dados somente poderão ser cedidos com prévia autorização judicial. Os agentes autorizados a receber dados são os seguintes: membros das Forças e Corpos de Segurança; funcionários da Direção de Vigilancia Alfandegária; e funcionários do Centro Nacional de Inteligência (BRASIL, 2015).

Nos termos da Lei 34/02, art. 16, a respeito da responsabilidade dos provedores de Internet em relação à publicação de artigos de terceiros, os prestadores de serviço de intermediação que hospedam dados não serão responsáveis pela informação armazenada à petição do destinatário sempre que não tenham conhecimento efetivo de que a informação é ilícita ou que lesione bens ou direitos de terceiros. Em caso de conhecimento do conteúdo ilícito, os provedores devem atuar com diligência para retirar os dados ou impossibilitar o seu

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias ou otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (ESPAÑA, 1982).

acesso. A lei acrescenta que o conhecimento efetivo dar-se-á pela declaração de órgão competente sobre a ilicitude dos dados.

A Lei 34/02 outorga as funções de supervisão e controle de seus dispositivos ao Ministério de Indústria, Energia e Turismo, por meio da Secretaria de Estado de Telecomunicações e para a Sociedade da Informação. Nos casos relativos a comunicações comerciais eletrônicas (arts. 21 e 22), a competência sancionadora recai sobre a Agência Espanhola da Proteção de Dados (AEPD) (BRASIL, 2015).

No país estudado, é a Lei nº 15/99, que regula o tratamento de dados pessoais, as liberdades públicas e os direitos fundamentais das pessoas físicas, especialmente sua honra e intimidade pessoal e familiar. Importante dizer que, a Lei sobre Proteção de Dados de Caráter Pessoal deixou de fazer menção expressa ao art. 18.4 da Constituição Espanhola (BRASIL, 2015).

A referida Lei nº 15/99 estabelece, em seu art. 18, que “as situações contrárias ao disposto na presente lei podem ser objeto de reclamação pelos interessados perante a Agência de Proteção de Dados, na forma do regramento que se determine”<sup>60</sup>. Foi com base em tal dispositivo que o cidadão espanhol Mario Costeja González se insurgiu em face da disponibilização de informações pessoais nos mecanismos de busca, que remetiam à notícia do Jornal *La Vanguardia*, a qual fazia referência ao não pagamento de dívidas com a seguridade social, ocasionando a aplicação do direito ao esquecimento no sentido proposto nesta pesquisa, qual seja, no sentido da possibilidade de supressão ou ocultamento de informações verdadeiras dos mecanismos de busca, passado determinado lapso temporal, respeitados determinados requisitos.

A sistemática da Lei “conduz à preservação das garantias da honra e da intimidade em relação ao tratamento dos dados pessoais” (LIMBERGER, 2007b, p. 99). Assim, conforme referido anteriormente, para o controle dos dados foi criada a Agência Espanhola de Proteção de Dados<sup>61</sup>, sendo esta a autoridade estatal responsável por exercer o controle e por velar pelo cumprimento das normativas sobre proteção de dados, garantindo a tutela do direito fundamental à proteção de dados de caráter pessoal dos cidadãos (LIMBERGER, 2007b, p. 99).

<sup>60</sup> No original “ Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.”

<sup>61</sup> A criação da AEPD se deu em 1992, sendo que esta passou a funcionar efetivamente em 1994. A Agência governamental é responsável por velar pelo cumprimento de normativas relacionadas à proteção de dados pessoais, em particular a Lei Orgânica 15/1999. A AEPD conta com cerca de 150 funcionários, distribuídos entre Secretaria-geral; Subdireção de Registro Geral de Proteção de Dados; Subdireção de Inspeção de Dados; e pessoal de apoio. Dados relativos às atribuições e estrutura da agência estão disponíveis em sua página eletrônica: (<http://www.agpd.es/>).

A Agência é um ente de direito público, com personalidade jurídica própria e plena capacidade pública e privada, que atua com independência das Administrações Públicas no exercício de suas funções, se relacionando com o governo por meio do Ministério da Justiça (ESPANHAa, 2016). Percebe-se, portanto, que a Espanha possui não só legislação avançada com relação à proteção de dados pessoais, mas também que tal proteção conferida pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais abrange a tutela das relações em âmbito de Internet.

Ainda, em âmbito europeu, a Diretriz n° 95/46-CE incide sobre qualquer tratamento automatizado de dados pessoais, estejam ou não contidos em cadastros, sendo aplicável ao tratamento não automatizado caso os dados estejam contidos em um cadastro (LIMBERGER, 2007b, p. 66). Com o advento da referida Diretriz os Estados membros da União Europeia tiveram que promover mudanças em sua legislação interna, a fim de se adequar à normatização da UE.

A Diretriz n°. 95/46 contempla dois importantes propósitos em âmbito de União Europeia, quais sejam, a livre circulação de dados pessoais e a proteção dos direitos fundamentais das pessoas (LIMBERGER, 2007b, p. 70). Depois da Diretriz 95/46, passou a ser adotada a DC 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/12/1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e de proteção da intimidade no setor de telecomunicações, que complementa a Diretriz anteriormente referida, dirigindo-se a um setor específico. Em síntese, a Diretiva aponta para a livre circulação dos dados e para a proteção dos direitos dos cidadãos. O desafio que se apresenta é como conciliar esses dois aspectos (LIMBERGER, 2007b, p. 67).

Entretanto, atualmente a Diretriz 95/46/CE não é mais o (único) regramento geral de proteção de dados já que, em 27 de abril de 2016 foi publicado o *Reglamento (EU) 2016/679* do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas físicas no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados, revogando a Diretriz 95/46. Ocorre que, conforme Art. 99 do referido regramento, o mesmo está em vigor, mas será aplicado a partir de 25 de maio de 2018, sendo obrigatório a todos os membros da União Europeia (BÉLGICA, 2016).

O referido *Reglamento* considera como direito fundamental a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais, estabelecendo os (1) princípios e regras que deverão ser respeitados por todos os estados membros em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais independentemente da

nacionalidade ou do local de residência destas, estabelecendo, ao longo de 99 artigos, as principais (2) diretrizes da proteção de dados em âmbito europeu.

Dentre os diversos direitos dos titulares dos dados está, além do direito de retificação (art. 16º), o direito ao apagamento dos dados (art. 17º) - também chamado de direito a ser esquecido -, o qual estabelece algumas hipóteses que fundamentam o apagamento dos dados pessoais, sem demora injustificada, a requerimento do titular, sendo os seguintes:

- a) Quando os dados pessoais deixarem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retirar o consentimento em que se baseia o tratamento de dados, não existindo outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opor-se ao tratamento, não existindo interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento;
- d) Os dados pessoais forem tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais devam ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro, a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito (EUROPA, 2016).

O referido *Reglamento* ainda ressalva que não se dará o apagamento de dados quando o tratamento se revele necessário (1) ao exercício da liberdade de expressão e de informação, ao (2) exercício de obrigação legal que exija o tratamento, (3) por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, (4) para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos ou, por fim, (5) para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito em um processo judicial (EUROPA, 2016).

Na parte final da pesquisa será avaliado se os critérios utilizados atualmente para a tomada de decisão possuem relação com as balizas adotadas pelo novo ordenamento europeu. Estabelecidos os marcos jurídicos em âmbito de União Europeia e Espanha, na sequência será apresentada uma abordagem jurídica a respeito da tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os antecedentes históricos do que se convencionou chamar, na pesquisa, de direito ao esquecimento.

### 1.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

#### 1.3.1 O tratamento jurídico dos direitos da personalidade no Brasil

A presente pesquisa está abordando um dos principais conflitos entre direitos existente na contemporaneidade, qual seja, o embate entre proteção aos direitos da personalidade e as liberdades constitucionais, conflito este que se ampliou com advento da Sociedade da Informação. O objetivo maior da pesquisa é analisar como Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm enfrentando as questões relativas à tutela dos dados e das informações pessoais na Internet, verificando quais critérios estão sendo utilizados para supressão ou ocultamento de dados e informações pessoais dos mecanismos de busca.

Para tanto, em um primeiro momento foram apresentados alguns argumentos filosóficos que demonstram a necessidade do ser humano de esquecer (e ser esquecido), bem como questões jurídicas relacionadas à proteção de dados no Brasil e na Espanha para, neste ponto, avaliar como se dá a tutela dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se da premissa de que o direito ao esquecimento é um direito da personalidade, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, que possibilita a supressão de determinados dados e informações pessoais dos mecanismos de busca da Internet, carecendo do estabelecimento de critérios que possibilitem avaliar qual direito deve ser privilegiado na decisão.

A tutela dos direitos da personalidade se encontra estritamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, sendo que tais direitos são considerados imprescindíveis para o livre desenvolvimento do indivíduo, bem como para a existência de uma sociedade relativamente ordenada. Conforme expõe Luis Roberto Barroso,

os reconhecimentos dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial, e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade humana, funcionando como 'atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano'. Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis à toda a coletividade e também ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o 'direito de resposta', a

divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar). Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e ao direito moral do autor, entre outros (BARROSO, 2007, p. 75).

Os direitos da personalidade são protegidos, no ordenamento jurídico nacional, em dois planos: (1) por meio da previsão constitucional, tendo por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana; (2) por meio da legislação infraconstitucional, com implicações penais (por exemplo, proteção à honra, prevista nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal), administrativas e, especialmente, por meio da previsão contida entre os artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro (CCB). Para a presente pesquisa importa, precipuamente, a proteção constitucional conferida, por apresentar caráter de direito fundamental, devendo ser garantido a todos os indivíduos, especialmente no que tange aos direitos de integridade moral.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, em seu art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). No entanto, conforme visto anteriormente, o País ainda não apresenta proteção legal específica relacionada à proteção de dados, diferentemente de outros países latino-americanos<sup>62</sup>.

Apesar disso, a partir dos dispositivos constitucionais é possível observar a proteção conferida ao tema da proteção de dados e dos direitos da personalidade. Alguns institutos como a garantia constitucional do *Habeas Data* (Art. 5º, LXXII, CF)<sup>63</sup>, da inviolabilidade das comunicações (Art. 5º, XII, CF), bem como a proteção do consumidor (Art. 5º, XXXII, CF) são citados na doutrina como mecanismos de proteção jurídica de dados no Brasil (LIMBERGER, 2007b, p. 101).

---

<sup>62</sup> Em âmbito de América Latina, a Argentina foi o país pioneiro na proteção jurídica de dados, que ocorreu a partir da promulgação da Lei nº 25.326, de outubro de 2000, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 1.558, de novembro de 2001, Lei que trata inclusive da proteção relacionada ao tratamento de dados informatizados, prevendo a existência de um órgão de controle de dados, a Agência de Proteção de Dados. Países como Uruguai (Lei nº 17.838/04, que protege os dados para informes comerciais e estabelece o *Habeas Data*), Chile (Lei nº 19.628/99, que dispõe sobre o respeito à vida privada), Paraguai (Lei nº 1.682/00, que regulamenta a informação de caráter privado), Peru (Lei nº 27.489/01, que regula as centrais privadas de informações de riscos e de proteção ao titular da informação) e México (por meio da Lei de transparências e acesso à informação pública governamental) tratam de temas relativos à proteção de dados, mesmo que não haja lei específica com relação a isto (LIMBERGER, 2007b, p. 101).

<sup>63</sup> O *Habeas Data* é o remédio constitucional apto a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (BRASIL, 1988).

A Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, traz um capítulo específico intitulado Dos Direitos da Personalidade (Capítulo II), no qual está positivado, no Art. 21, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário” à norma<sup>64</sup> (BRASIL, 2002). Entretanto, grande parte da doutrina critica a redação não só deste dispositivo, mas também do Art. 20, já que estes autorizariam a censura prévia como regra, contrariando o disposto na Constituição Federal:

A interpretação mais evidente do dispositivo produz a seguinte conclusão: pode ser proibida, a requerimento do interessado, a utilização da imagem de alguém ou a divulgação de fatos sobre a pessoa, em circunstâncias capazes de lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, inclusive para fins jornalísticos (já que a norma não distingue). As exceções ao preceito são: (i) autorização da pessoa envolvida ou a circunstância de a exibição ser necessária para (ii) a *administração da justiça* ou (iii) a *manutenção da ordem pública*. Ou seja: pode ser proibido tudo o que não tenha sido autorizado e não seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Na sua leitura mais óbvia, a norma não resiste a um sopro do bom direito. [...] Em primeiro lugar, o dispositivo transcrito emprega dois estranhos conceitos – *administração da justiça* e *manutenção da ordem pública* -, que não constam no texto constitucional e são amplamente imprecisos e difusos. Que espécie de informação ou imagem de uma pessoa poderia ser necessária à administração da justiça? Fatos relacionados a condutas ilícitas, na esfera cível e criminal, talvez. E quanto à *manutenção da ordem pública*? Trata-se de conceito ainda mais indefinido. A divulgação de fotos de criminosos procurados pela polícia poderia enquadrar-se nesse parâmetro, e talvez até mesmo na ideia de administração da justiça. De toda sorte, a fragilidade constitucional desses conceitos pode ser facilmente percebida mediante um exercício simples: o teste de sua incidência sobre diversas hipóteses é capaz de produzir resultados inteiramente incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2007, p. 95).

Ressalta-se, ainda, com relação ao tema, a existência da Súmula n.º 403, do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual o referido Tribunal fixou o entendimento de que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016c). Conforme visto, tais diplomas legais não especificam em qual meio os direitos da personalidade são tutelados, entendendo-se que a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada de todos devem ser respeitados, independentemente do meio pelo qual a veiculação de tais informações ocorra.

---

<sup>64</sup> Neste ponto, cumpre trazer ao trabalho a notícia da existência de decisão, em Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4815-DF, na qual a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL pretendia que fossem considerados inconstitucionais os artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição aos dispositivos, entendendo ser inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessário o consentimento de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Entretanto, nas últimas décadas tal tutela fornecida pela legislação vinha se mostrando insuficiente para atender às demandas sociais, devido principalmente a velocidade e amplitude com que tais direitos são violados em âmbito digital. Neste contexto, em 23 de abril de 2014 foi promulgada, no Brasil, a Lei 12.965, também chamada de Marco Civil da Internet, com vistas a regular o uso da Internet. Conforme visto, antes do advento da citada Lei, a proteção de dados e informações pessoais, mesmo em âmbito de Internet, decorria da utilização de conceitos derivados dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais.

O Marco Civil da Internet instituiu uma diversidade de princípios e parâmetros para regulação das relações que ocorrem em âmbito virtual. A Lei surgiu devido à necessidade de que o Estado estipulasse normas básicas no sentido de regular as relações entre particulares e prestadores de serviço, protegendo não só os interesses públicos resultantes da utilização da rede mundial de computadores, por meio da garantia da neutralidade da rede, mas também a proteção de dados e informações pessoais, fomentando o amplo acesso por parte de todos os brasileiros (MARTINEZ, 2014, p. 132).

Até o momento, porém, não é possível afirmar que a proteção conferida pelo Marco Civil da Internet é suficiente para garantir a tutela dos direitos da personalidade frente à ampla utilização da rede mundial de computadores. Especialmente com relação ao direito ao esquecimento virtual - entendendo como tal a possibilidade de supressão de dados e informações pessoais dos mecanismos de busca da Internet – torna-se fundamental avaliar a maneira como os Tribunais vêm decidindo a respeito do tema.

Conforme visto, na maior parte dos países desenvolvidos tecnologicamente, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos têm sido constantemente violadas em ambiente virtual, motivo pelo qual não são raros os momentos em que o Poder Judiciário é provocado a enfrentar questões relacionadas ao conflito entre direitos da personalidade e liberdades constitucionais ocorridos na Internet.

É preciso lembrar, neste ponto, que

[...] muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex. direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Na presente pesquisa a expressão direitos da personalidade é utilizada para ressaltar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, nos termos do Art. 5º, X,

especialmente com relação à possibilidade de lesão a tais direitos em âmbito de Internet, não se ignorando que os direitos de liberdade estão abrangidos pelos direitos da personalidade em sentido amplo.

Conforme visto, a Constituição Brasileira atualmente vigente foi a primeira da história a prever um título próprio destinado aos direitos e garantias fundamentais (ao menos com este título) sendo que tal diploma legal foi resultado de um processo de redemocratização do país, no qual as lideranças políticas firmaram compromisso no sentido de tomar todas as medidas políticas necessárias a garantir a emergência e permanência de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a CF apresenta um rol enorme de menções à liberdade de expressão, manifestação do pensamento e imprensa (ALMEIDA, 2012, p. 12).

A liberdade de expressão é uma das manifestações mais claras da autonomia pessoal e é intimamente relacionada com a dignidade humana, o que a Suprema Corte já reconhece há muito tempo. Por outro lado, a Corte também tem reconhecido a importância da dignidade humana como a base para proteção da reputação de um indivíduo. [...] Um sintoma da preferência da Corte pela liberdade de expressão, todavia, se reflete no fato de ter decidido em favor da liberdade de discurso e de imprensa, revertendo uma decisão que havia concedido indenização a um funcionário público que se sentiu ofendido em razão de uma coluna de jornal. [...] De acordo com a maioria, a reputação, isoladamente considerada, não configurava um interesse constitucionalmente protegido. O não reconhecimento do direito constitucional à imagem ou à reputação, a limitação da abrangência da privacidade para 'casamento, procriação, contracepção, família, relacionamento e criação e educação de crianças', junto com o fato de que a liberdade de expressão sempre prevalece sobre demandas de defesa da reputação e da privacidade representam os principais pontos de divergência entre a jurisprudência americana e continental europeia, incluindo a Alemanha, França e Corte Europeia de Direitos Humanos (BARROSO, 2013, p. 54).

Os direitos individuais e coletivos receberam grande destaque no ordenamento constitucional, com a previsão de garantias como o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, a proteção aos consumidores e ao meio ambiente, entre outros. Sendo assim, os direitos trazidos à luz pela Constituição, essencialmente lastreada em princípios, fazem com que estes se encontrem em constante conflito, exigindo do intérprete iniciativas no sentido de harmonizar a aplicação dos mesmos frente ao caso concreto.

Verificou-se, assim, a existência de previsão legal e constitucional de proteção aos direitos da personalidade. Na sequência, serão apresentados alguns antecedentes históricos do chamado direito ao esquecimento para, posteriormente, avaliar como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm enfrentando o tema da colisão de direitos da personalidade e liberdades constitucionais quando tal choque ocorre na Internet, especialmente no que tange às decisões que autorizam o cancelamento de dados ou supressão de informações disponibilizadas nos mecanismos de busca.

### 1.3.2 Antecedentes históricos do direito ao esquecimento

Muito embora parcela da doutrina considere o direito ao esquecimento um novo direito da personalidade, o embate entre a liberdade de expressão e a proteção da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas encontra precedentes em diversos casos. O que torna a questão relevante, ganhando destaque na contemporaneidade, tem relação com a potencialidade de lesão a tais direitos que ocorre com a ampliação do uso das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação.

O direito ao esquecimento não é uma descoberta atual. [...] o direito ao esquecimento já foi utilizado em diversas situações, inclusive em casos há mais de um século. Em realidade, o que erigiu mundialmente o tema à ordem do dia foi o surgimento e a consolidação da *Internet*, que, em razão de sua possibilidade ilimitada de armazenamento, permite que questões consolidadas no tempo possam ser debatidas, prejudicando interesses de terceiros (MARTINEZ, 2014, p. 88).

No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet (2015), para quem “[...] o direito ao esquecimento, a despeito do rótulo atual, não é propriamente uma novidade e muito menos pode ser qualificado como sendo tipicamente um novo direito humano e/ou fundamental”. Pode ser considerado como gênese do direito ao esquecimento a proteção conferida, em âmbito de Tribunais dos Estados Unidos, à privacidade. A doutrina e a jurisprudência americana já produziram diversos conceitos unitários de privacidade, que podem ser enquadrados, de modo geral, em quatro categorias: a) o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo; d) o controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, 2012, p. 52).

É na categoria de proteção à privacidade que muitos autores, a exemplo de Antônio Henrique Pérez-Luño e Álvaro Sánchez Bravo, trabalham com a questão da autodeterminação informativa e também com o direito ao esquecimento. Ressalta-se a diferenciação dos conceitos de intimidade e vida privada, compreendidas em um conceito mais amplo, o de direito de privacidade (BARROSO, 2007, p 76). Em relação ao tema, Têmis Limberger ensina que

no direito norte-americano, a intimidade apresenta quatro facetas. A primeira, consiste em que não haja intromissão no círculo íntimo de uma pessoa, mediante uma conduta ofensiva e/ou molesta. A segunda é marcada pela divulgação de fatos privados pertencentes ao círculo íntimo da pessoa, bem como pelo “direito ao esquecimento”, no caso de fatos verdadeiros que, pelo passar do tempo ou por alguma mudança na vida da pessoa, já tenham deixado de ser conhecidos. A divulgação desses dados atenta ao direito à intimidade. Em terceiro lugar está a apresentação ao público de circunstâncias pessoais sob a falsa aparência – *false light*

*in public eye*. É o caso de divulgar fatos relacionados a uma pessoa com um aspecto deformado ou equivocado. A quarta faceta diz respeito à apropriação, em benefício próprio, do nome ou imagem de outra pessoa. No direito brasileiro, seria o direito à própria imagem (LIMBERGER, 2007a, p. 206).

#### Para Catarina Sarmiento e Castro

o Direito ao esquecimento (*the right to be let alone* ou *droit a l'oublie*) obriga a que os dados apenas possam ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior (CASTRO, 2005, p. 240).

Neste contexto, diversas demandas têm sido intentadas, nos últimos anos, solicitando, entre outras coisas, a supressão de dados e informações disponibilizadas em ambiente virtual, ou mesmo a aplicação do instituto do direito ao esquecimento para impedir a veiculação de matérias jornalísticas. Recentemente o atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, emitiu parecer em relação ao Recurso Extraordinário com agravo n.º. 833.248/RJ, que trata da pretensão de aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, no qual conceitua o referido direito nos seguintes termos:

O denominado direito a esquecimento (ou “ao esquecimento”, como alguns preferem) pode ser entendido como o direito a ser (ou a voltar a ser) anônimo, ou seja, uma pretensão a anonimato, é o direito a ser deixado em paz, o “direito a estar só”, a não ser lembrado de fatos desagradáveis e a não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo. Em inglês é identificado como *right to be let alone* (ou *right to be left alone*) ou *right to be forgotten*. Em outras línguas as expressões são semelhantes, como *droit à l'oubli*, em francês, *diritto all'oblio*, em italiano, *derecho al olvido*, em espanhol, etc (DE BARROS, 2016, p. 14).<sup>65</sup>

Conforme se vê, é possível extrair da proteção constitucional conferida à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, o direito ao esquecimento, já que este nada mais é do que a pretensão de que os fatos passados não persigam a pessoa por toda a vida. Também em âmbito infraconstitucional é possível encontrar institutos que fazem referência ao direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento já se encontra tutelado no sistema jurídico brasileiro no que concerne à esfera penal e da proteção ao consumidor. No primeiro caso, sustenta-se a vedação de penas de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição Federal), bem como a possibilidade de reabilitação criminal (artigo 93, do Código Penal), esta última com nítido caráter ressocializador. De tais dispositivos legais, extrai-se que, em seara penal, o direito ao esquecimento tem a conotação de que os condenados, após o cumprimento das penas, não tenham seus nomes e imagens vinculados àqueles crimes que cometeram, para que sejam tratados como sujeitos de direitos, podendo viver com dignidade.

<sup>65</sup> Os argumentos apresentados por ocasião da publicação do parecer serão melhor abordados posteriormente.

Quanto à proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê, no artigo 43, §1º, o prazo de cinco anos para que as informações relativas aos bancos de dados e cadastros sejam armazenadas (RODEGHERI et al, 2013, p. 886-887).

Para enfrentar adequadamente a temática relativa à possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento nos provedores de busca da Internet cumpre apresentar alguns dos precedentes relativos à tutela da privacidade frente à potencialidade de lesão à dignidade da pessoa humana em caso de divulgação ampla, e por um lapso temporal demasiadamente grande, de dados, fatos, ou informações pessoais, mesmo que verdadeiras. Torna-se fundamental estudar alguns dos precedentes judiciais existentes, nos quais o direito ao esquecimento é invocado para, na sequência, verificar quais os parâmetros estão sendo utilizados, no caso concreto, para verificação do cabimento ou não de tal direito.

Um dos julgados de envergadura, em âmbito internacional, foi o julgamento que ocorreu na Califórnia, em 1931, pelo Tribunal de Apelação, no caso conhecido como *Melvin versus Reid*, ficando reconhecida a existência do direito ao esquecimento em favor da recorrente, Gabrielle Darley, que teve a vida exposta por meio da produção de um filme chamado *Red Kimono*, no qual sua biografia era apresentada, contendo fatos como prostituição, bem como acusação de homicídio, de que fora absolvida em 1928<sup>66</sup>.

Outro julgamento que ganhou destaque, originário da jurisprudência alemã, é o Caso *Lebach*, que foi uma Reclamação decidida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 5 de junho de 1973, decisão esta que foi mencionado na fundamentação do voto condutor dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (MARTINEZ, 2014, p. 90). Em âmbito brasileiro, conforme dito, o STJ decidiu simultaneamente dois casos, com resultados diversos, conforme será demonstrado posteriormente<sup>67</sup>.

Em síntese, no processo conhecido como Caso *Lebach* se discutia o conflito entre liberdade de imprensa e afronta aos direitos da personalidade. Tratava-se de um pedido liminar formulado por um reclamante que, juntamente com outros dois homens, se envolveram em empreitada criminoso que resultou na morte de quatro soldados, deixando um gravemente ferido. O crime ocorreu à noite, quando os soldados protegiam um depósito de munições, que foram roubadas (MARTINEZ, 2014, p. 90).

---

<sup>66</sup> Ressalte-se que, no precedente citado, não é utilizada a expressão direito ao esquecimento, reconhecendo-se a proteção dos direitos da personalidade da requerente nos termos do que hoje a doutrina trata como direito ao esquecimento (MARTINS, 2014, p. 7).

<sup>67</sup> Trata-se da aplicação do direito ao esquecimento no caso da Chacina da Candelária - REsp. 1.334.097/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, e do julgamento que entendeu pela inaplicabilidade do direito ao esquecimento no julgamento do REsp 1.335.153/RJ – Caso Aida Curi, também de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, e julgado em 28.05.2013, cujos argumentos de decisão serão apresentados na segunda parte da pesquisa (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Em agosto de 1970, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro partícipe, em razão do auxílio na preparação da ação criminosa, foi condenado a seis anos de reclusão. Momentos antes de ganhar a liberdade por meio de livramento condicional a ZDF (*Zwites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), em razão do interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre o ocorrido (MARTINEZ, 2014, p. 90).

Apesar da tentativa de impedir a exibição do programa, o mesmo foi ao ar, tendo em vista que o pleito fora negado diante dos tribunais ordinários (Tribunal Estadual de Mainz e Tribunal Superior de Koblenz), que visualizaram interesse público na divulgação das informações. No entanto, em sede de Tribunal Constitucional Alemão, a Reclamação Constitucional foi julgada procedente, pois os julgadores entenderam haver violação ao direito de desenvolvimento da personalidade do condenado (MARTINEZ, 2014, p. 90).

Ressalte-se que, no caso citado, a reprodução dos fatos se daria citando os nomes e mostrando as fotos dos acusados, com detalhes da relação existente entre os mesmos, incluindo suas relações homossexuais (MARTINS, 2014, p. 6). Sendo assim, parece acertada a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, especialmente no que se refere à exposição da imagem e de questões de foro íntimo dos acusados - cuja pena já havia sido praticamente cumprida - não apresentando interesse público relevante, necessário à preservação da memória coletiva.

Apesar de não ser a única decisão que possa ser invocada, em âmbito de direito comparado, o assim chamado ‘Caso Lebach’ é um dos mais relevantes, guardando estreita relação com os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre o tema do direito ao esquecimento (SARLET, 2015a).

O julgado citado não foi o único relacionado ao caso em questão em âmbito de Tribunal Constitucional da Alemanha. No ano de 1996 uma televisão alemã produziu uma série sobre crimes que entraram para a história, reprisando o crime ocorrido no arsenal militar de Lebach. Diferentemente do que ocorrera na década de 1970, os produtores do canal responsável pela série mudaram os nomes de algumas das pessoas envolvidas, sendo que suas imagens não foram exibidas. O caso também foi submetido à apreciação do Tribunal Constitucional Federal, que entendeu que, passados 30 (trinta) anos da ocorrência do crime, os riscos à ressocialização tinham sido bastante minorados, decidindo de forma diversa do precedente anterior (SARLET, 2015a).

Também em âmbito europeu, com relação à proteção dos direitos da personalidade, uma das decisões que adquiriu notável celebridade, oriunda do Tribunal Constitucional

Espanhol, refere-se à ação movida por Isabel Pantoja em face da comercialização de um vídeo que reproduzia a agonia de seu marido, o toureiro Paquirri, decisão esta de outubro de 1986. O Tribunal Constitucional anulou decisão anterior na qual o Tribunal Supremo entendia que a filmagem da morte do toureiro não constituía sua esfera íntima. O Tribunal Constitucional entendeu que as cenas vividas dentro da enfermaria não faziam parte do espetáculo taurino (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 102).

Nos últimos anos, a Audiência Nacional da Espanha e Tribunal Supremo Espanhol têm sido instados a se manifestar acerca da tutela da privacidade dos cidadãos, inclusive com relação à possibilidade de supressão de dados ou informações pessoais dos mecanismos de busca na Internet. Conforme se viu, o embate entre proteção dos direitos da personalidade e liberdades constitucionais não é algo novo na jurisprudência do Tribunal, sendo que o que diferencia as decisões atuais das anteriores é o impacto que a utilização maciça das TICs tem proporcionado na esfera individual.

De igual forma, na jurisprudência da maioria dos Tribunais de países desenvolvidos tecnologicamente as questões relacionadas à colisão de direitos fundamentais em âmbito de Internet já estão sendo enfrentadas.

Se as situações anteriores dizem respeito aos meios de comunicação convencionais (a mídia televisiva), no ambiente da Internet o tema assume dimensão mais aguda e algumas peculiaridades. Com efeito, na Internet tudo é mais facilmente transmitido e, portanto, mais difícil de ser esquecido, pelo menos no sentido de as informações serem mais fácil e rapidamente localizadas por todos que acessam a rede. Nesse contexto, além da questão do direito de requerer o apagamento (exclusão) de informações pessoais, assume relevo crescente a questão dos mecanismos de busca (pesquisa) na internet. Tais mecanismos, como o google-pesquisa, aumentam imensamente as possibilidades de acesso a informação e conhecimento. Pela sua magnitude, o GOOGLE seguramente é o mais importante e já deu margem a muitos julgados (SARLET, 2015a).

Para diversos autores a aplicação do direito ao esquecimento apresenta características próprias, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação do referido direito quando a informação disponibilizada em ambiente virtual não seja efetivamente necessária, bem como esteja desatualizada. Assim, por derivar diretamente da dignidade da pessoa humana, ligando-se à proteção da memória individual, à paz espiritual, este se configuraria como um novo direito da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 82).

Em sentido contrário, outros doutrinadores entendem que o direito ao esquecimento seria derivado do direito à privacidade, já que “o direito à privacidade, em uma leitura atual, deixa de se restringir a seu aspecto negativo (proteção da intimidade), passando a conter um

aspecto positivo, qual seja, a possibilidade de autodeterminação de dados pessoais” (MARTINEZ, 2014, p. 82).

Para Pablo Dominguez Martinez,

apesar da aparente confusão inicial, o direito ao esquecimento e a privacidade têm objetos jurídicos de proteção distintos. Enquanto a privacidade visa a proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos, o direito ao esquecimento objetiva a proteção dos dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade (interesse público) ou atualidade (2014, p. 83).<sup>68</sup>

No presente trabalho, alia-se ao entendimento de que o direito constitucionalmente assegurado à privacidade comporta o direito ao esquecimento em âmbito virtual. Assim, entende-se que o direito ao esquecimento protege a memória individual, derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e da tutela da privacidade, caracterizado como um direito da personalidade moral. Seus principais atributos, a exemplo dos demais direitos da personalidade, são os seguintes: é inato, permanente, personalíssimo, absoluto (*erga omnes*), indisponível, irrenunciável, extrapatrimonial, impenhorável e imprescritível.

Uma última reflexão faz-se necessária, acerca de quais categorias de direito ao esquecimento virtual podem ser invocadas:

Peter Fleischer, conselheiro da Google sobre questões de privacidade, propõe três categorias de direito ao esquecimento, cuja discussão considera estar envolvida por uma cortina de neblina. A primeira categoria de direito ao esquecimento proposta por Fleischer se refere aos dados disponibilizados pelo mesmo sujeito que pretende deletá-los (conteúdos próprios). É o caso do usuário que, por exemplo, posta uma foto no Facebook e depois decide retirá-la. Tal modalidade é a menos controversa de todas, sendo inclusive reconhecida nas políticas de diversos provedores de redes sociais [e], logo o direito ao esquecimento, nesse caso, assume um conteúdo mais simbólico. Já a segunda categoria de direito ao esquecimento revela-se mais polêmica, pois envolve a reprodução de um conteúdo alheio por terceiros. Se alguém postou uma informação ou imagem e outros usuários a copiaram e repostaram em seus próprios *websites*, o autor do conteúdo tem o direito de deletá-las? [...] Finalmente, deve ser mencionada uma terceira categoria de direito ao esquecimento, que abrange os conteúdos disponibilizados por terceiros: “*Se alguém postar algo sobre mim, eu tenho o direito de deletar tal informação?*” Essa, com certeza, é a maior preocupação da ideia de livre expressão (MARTINS, 2014, p. 17).

Os argumentos trazidos ao trabalho na segunda parte da pesquisa servirão para tornar mais visíveis os contornos do tema, auxiliando o julgador na tomada de decisão em relação ao direito ao esquecimento virtual. Na sequência, será verificado como os Tribunais Superiores

---

<sup>68</sup> Ressalte-se que não é esta a ótica defendida na presente pesquisa, já que se entende que o conceito de privacidade comporta, em uma leitura atual a faculdade de autodeterminação informativa, um aspecto positivo, de controle temporal dos dados e informações pessoais e, conseqüentemente, o direito ao esquecimento.

do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo a respeito do direito ao esquecimento virtual, sendo que os critérios utilizados nos julgamentos encontrados serão comparados para, por fim, serem apresentados como parâmetros para a ponderação em caso de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão quando tal embate ocorre em âmbito virtual.

## 2. DIREITO AO ESQUECIMENTO: A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL<sup>69</sup> E DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL

Se uma forma de esquecimento puder então ser legitimamente evocada, não será um dever calar o mal, mas dizê-lo num modo apaziguado, sem cólera. Essa dicção tampouco será a de um mandamento, de uma ordem, mas de um desejo no modo optativo.

Paul Ricoeur

A Internet traz preocupantes paradoxos, já que possui potencial global para atentar contra bens e direitos, enquanto a capacidade de resposta está fracionada pelas fronteiras nacionais (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 105). Conforme demonstrado na primeira parte da pesquisa, o conflito em liberdades constitucionais e tutela da privacidade tem se ampliado nas últimas décadas. Em uma sociedade na qual os fluxos constantes tornam obscuros os contornos jurídicos do Estado, faz-se necessário buscar respostas jurídicas comuns, respostas estas que devem ser alcançadas por meio da comparação entre ordenamentos semelhantes, a fim de que seja encontrada uma resposta adequada ao caso *sub judice*.

Devido à aproximação crescente entre os Estados, aos profissionais do direito cumpre a tarefa de buscar respostas que estabilizem as crescentes tensões sociais existentes, tensões estas que são amplificadas pela complexidade do mundo atual. Verifica-se que “o desenvolvimento tecnológico, [...], não tem se manifestado de uma maneira ideal, pois junto ao inegável progresso e melhorias, tem posto em evidência fenômenos de agressão aos direitos humanos e às liberdades dos cidadãos” (SANCHEZ BRAVO, 2010, p. 16), sendo papel do Direito garantir que tais violações sejam cada vez menos frequentes.

A eficácia das normas está associada à existência de garantias que assegurem a sua materialização social, pois “o direito dos tempos atuais se vê desafiado pela ausência de um sistema amplo de garantias sem os quais a eficácia das normas é dizimada ao chocar-se com imperativos do tipo técnico ou econômico que se opõe à força normativa dos preceitos jurídicos” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 62). Os temas relacionados aos reflexos dos avanços tecnológicos no campo jurídico se apresentam, neste sentido, como grandes desafios

---

<sup>69</sup> Em que pese o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar (STM) também sejam considerados Tribunais Superiores, as decisões de tais Tribunais não serão abordadas na presente pesquisa, seja porque não foram encontradas decisões relevantes relativas ao direito ao esquecimento, seja porque as decisões encontradas fazem referência ao aspecto penal do direito ao esquecimento, fugindo, portanto, do objetivo principal deste trabalho.

a serem enfrentados, especialmente com relação à enorme gama de informações disponibilizadas em um meio que nunca esquece, qual seja, a rede mundial de computadores.

O tema da presente pesquisa, o direito ao esquecimento virtual, tem sido debatido amplamente em diversos países, em especial naqueles pertencentes à União Europeia. Entretanto, conforme já dito, a maneira como a questão é tratada em âmbito internacional não possui correspondência exata com a maneira com que ela é tratada no Brasil, em razão da irregularidade terminológica que cerca o tema. “Veja-se que em inglês (*right to be forgotten*) ou em alemão (*Recht auf Vergessenwerden* ou, diferentemente, *Recht auf Vergessen*) não há correspondência exata com o que se usa no Brasil” (RODRIGUES JUNIOR, 2013d). No entanto, a aproximação existente entre o que se entende por direito ao esquecimento em âmbito de Brasil e Espanha (*derecho al olvido*)<sup>70</sup> é um dos motivos pelo qual foi proposto um estudo comparado entre os dois ordenamentos jurídicos.

Depreende-se, assim, a necessidade de verificação dos parâmetros utilizados em direito comparado, pois “controvérsias, ideias, argumentos jurídicos, inferências morais e propostas de soluções são similares e recorrentes por todo o mundo, e as visões e percepções dos juízes de um país podem enriquecer o raciocínio dos juízes de outras jurisdições” (BARROSO, 2013, p. 35). A utilização de parâmetros comuns possibilita a construção de consensos, especialmente em relação a temas controversos como é o embate entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e liberdade de expressão em âmbito virtual.

É possível sistematizar a aplicação do direito ao esquecimento em dois grupos distintos: os derivados diretamente da lei, ou seja, relativos à prescrição, prazos para utilização da informação, proibição de penas eternas, etc., e os relativos à proteção à memória individual e da privacidade, desde que se demonstre a falta de atualidade na informação, ou inexistência de efetivo interesse público envolvido. No presente estudo cumpre analisar, precipuamente, o direito ao esquecimento como aquele relativo à proteção privacidade em sentido amplo, quando a informação disponibilizada em ambiente virtual, mesmo verdadeira, está desatualizada, ou falta interesse público para que a mesma seja mantida.

Para tanto, serão apresentados alguns julgados, dos últimos três anos, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e do Tribunal Supremo Espanhol, que fazem referência à expressão direito ao esquecimento ou *derecho al olvido*, a fim de averiguar se existem critérios semelhantes nas decisões apresentadas, que possam ser utilizados para auxiliar na promoção de uma decisão constitucionalmente adequada, primando pela coerência

---

<sup>70</sup> Para Têmis Limberger “o direito ao esquecimento corresponde ao *derecho al olvido* presente no direito espanhol, constituindo-se em um aspecto das prestações do direito à intimidade” (2007b, p. 199).

e integridade do ordenamento jurídico. Na sequência, serão apresentados alguns dos julgados encontrados na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil.

## 2.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Brasil, o interesse doutrinário pelo tema direito ao esquecimento possui mais de uma década, já que desde os anos 1990 é possível encontrar, em artigos e livros, referências diretas ou indiretas ao referido direito (RODRIGUES JUNIOR, 2013a). No entanto, o debate tem se intensificado nos últimos anos, devido às implicações decorrentes da disponibilização excessiva de dados e informações em âmbito virtual. Na última década, de forma especial, devido à ampla utilização de buscadores, redes virtuais, o Poder Judiciário tem respondido a inúmeras demandas relativas ao tema em questão.

Neste contexto, em 2013 foi publicado o Enunciado 531 durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF)<sup>71</sup>, orientação doutrinária esta que elenca o direito ao esquecimento como garantia da tutela da dignidade da pessoa humana na Sociedade da Informação sem, no entanto, obrigar o julgador a aplicá-lo (JUSTIÇA FEDERAL, 2013). Na sequência, durante a VII Jornada de Direito Civil, do CJF, o referido direito foi ratificado, por meio do Enunciado 576, trazido ao trabalho anteriormente.

A inserção do Direito ao Esquecimento no ambiente jurídico brasileiro, por meio do Enunciado 531, foi justificada da seguinte forma:

Os danos provados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2014).

A partir de então diversos julgados podem ser encontrados nos Tribunais de segunda instância, julgados esses que fazem referência expressa aos Enunciados citados. A título exemplificativo, faz-se referência a julgados de destaque encontrados no Tribunal de Justiça

---

<sup>71</sup> As Jornadas de Direito Civil surgiram por iniciativa do ex Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado Aguiar, visando elucidar o conteúdo do então Novo Código Civil Brasileiro. Os textos aprovados constituem interpretações do Código de 2002 por juristas, sendo considerados entendimentos doutrinários e, portanto, sem caráter vinculante (TARTUCE, 2011, p. 1).

do Estado de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, antes de apresentar os julgados encontrados nos Tribunais Superiores do Brasil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por exemplo, vem enfrentando seguidamente o tema em questão. Em recente decisão, na apreciação da Apelação Cível nº. 0006475-29.2011.8.26.0020, na qual o ex-presidente Fernando Affonso de Mello pleiteava dano moral em face da Editora Abril S.A devido à veiculação de reportagem especial a respeito da passagem dos quinze anos da ocorrência do processo de impeachment, o Tribunal entendeu que, por se tratar de pessoa pública, descabe a aplicação do direito ao esquecimento ou mesmo de indenização por dano moral, ainda mais porque os fatos noticiados faziam parte de relato efetuado pelo próprio irmão do autor, e atinentes a eventos ou fatos que se tornaram públicos, amplamente divulgados na época e levados inclusive a um livro escrito pelo irmão do ex-presidente (BRASIL, 2016a).

Em outra ocasião, durante o julgamento do Mandado de Segurança nº 2048857-87.2016.8.26.0000, no qual o impetrante requeria a exclusão de informações constantes em banco de dados do Instituto de Identificação “Ricardo Gumbleton Daut”, o Tribunal entendeu, por maioria de votos, que é descabida a exclusão das informações referentes a inquérito policial arquivado, podendo ser exigido que estas não constem em certidão eventualmente fornecida pelo Instituto (BRASIL, 2016b).

Em outro momento, no caso de informação divulgada em âmbito de Internet, o Tribunal decidiu pela aplicação do direito ao esquecimento a criminoso reabilitado. Tal decisão ocorreu em 25 de abril de 2016, nos autos de Apelação nº 0004144-77.2015.8.26.0297. No julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da empresa Google Brasil Internet LTDA, entendendo que não há que se falar em impossibilidade técnica de retirada das informações acerca de processos criminais inseridos no site de buscas “*Google Search*”, já que o apelante já havia cumprido a pena imposta, tendo sido concedida reabilitação criminal ao mesmo e, portanto, em não haveria mais interesse público na manutenção das informações, sendo aplicável o direito ao esquecimento, nos termos do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. (BRASIL, 2016c)

Em outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevaleceu argumento contrário, já que o referido Tribunal entendeu pela inaplicabilidade do direito ao esquecimento em favor de participante de “*reality show*” que tivera seu nome artístico - que vinha utilizando anteriormente ao programa - vinculado a páginas da Internet que faziam referência a vídeos eróticos. Em síntese, na Apelação Cível com Revisão nº 0160205-

48.2010.8.26.0100 a empresa Google conseguiu reverter decisão anterior na qual havia sido aplicado o direito ao esquecimento. O Tribunal entendeu ser inaplicável o instituto em questão frente ao caso concreto, já que a autora não havia demonstrado, durante o processo, ter preocupação com sua privacidade (BRASIL, 2016d).

Ainda em sede de Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, importante mencionar a decisão tomada nos autos da apelação nº 1074167-11.2013.8.26.0100, na qual a maioria dos desembargadores entenderam que transexual tem o direito de ter alterado o sexo no registro civil, mesmo sem realização de cirurgia de transgenitalização, sendo que as informações completas relativas às alterações de nome e sexo deveriam constar apenas no respectivo livro do Cartório de Registro Civil, não devendo constar na certidão qualquer menção ao antigo nome e sexo jurídico atual, aplicando o direito ao esquecimento (BRASIL, 2016e).

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem sido provocado a se manifestar a respeito do tema. Nos autos da Apelação nº. 70067982322 os integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça acordaram, à unanimidade, em negar provimento à apelação na qual o autor, único ganhador do prêmio milionário da Mega Sena, e que havia sido inocentado em processo criminal que tramitara em segredo de justiça, requeria indenização da Rádio e Televisão Record S.A. Em síntese, o Tribunal entendeu não ser aplicável ao caso em questão o direito ao esquecimento, já que configurado o conflito entre liberdade de imprensa e eventual ofensa a direitos fundamentais, julgando que a Apelada havia agido nos limites legais do exercício de sua atividade, informando os telespectadores sobre fato de interesse público, sem emissão de qualquer opinião pessoal acerca dos fatos. Entendeu, portanto, que não há que se falar em direito ao esquecimento frente à situação concreta, já que não estariam presentes os pressupostos para aplicação do mesmo (BRASIL, 2016f).

Em novembro de 2015 a Décima Câmara Cível do Tribunal já havia se pronunciado sobre o tema, durante o julgamento da Apelação nº. 70063337810, dando provimento à referida Apelação para fins de aplicar o direito ao esquecimento. Em síntese, a autora havia ajuizado ação com pedido liminar em face da Gráfica e Editora Jornalística Sentinela LTDA, a fim de que esta se abstinhasse de republicar matéria jornalística datada de 1977 sob o título “Marido obrigada mulher a usar ‘cinto de castidade’”, na qual constava o nome da autora e de seu ex-marido, tendo sido deferida a liminar e, posteriormente, julgado procedente o pedido. Na referida decisão foram citados os precedentes Mario Costeja González, bem como o julgado do Superior Tribunal de Justiça relativo à Chacina da Candelária. O Tribunal entendeu que a republicação de matéria jornalística que envolve a autora em situação

vexatória, mais de trinta anos após o acontecido, recordando tempos de sofrimento e humilhação, violou o seu direito individual à paz, anonimato e privacidade pessoal, sendo devida indenização a título de danos morais no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) (BRASIL, 2015am).

Em março de 2015 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu lide na qual se requeria a aplicação do respeito do direito ao esquecimento, entendendo inaplicável na situação em que a autora, que participara em 2008 do concurso Musa do Gauchão, representando o Grêmio, afirmava que a vinculação de seu nome à imagem de musa vinha prejudicando sua carreira, requerendo que fosse aplicado o direito ao esquecimento para que tais informações fossem suprimidas do provedor de busca da empresa Google. A decisão, tomada no Agravo de Instrumento nº. 70062705405, entendeu não ser cabível a aplicação do direito ao esquecimento no caso em questão, já que o interesse em manter a história do Clube se sobrepõe ao interesse particular da autora (BRASIL, 2015b).

Percebe-se, portanto, que tanto o TJSP quanto o TJRS têm enfrentado demandas nas quais é invocado o referido direito, seja pleiteando indenização em face da republicação de matéria jornalística considerada desatualizada, ou que não possua mais interesse público, seja em relação à solicitação de exclusão de dados ou informações disponibilizadas em sites da Internet, acessíveis facilmente por meio de provedores de busca.

Verifica-se, ainda, que as decisões encontradas enfrentam de forma diversa a questão, carecendo de critérios objetivos a serem observados, frente à situação fática, para determinar se a liberdade de expressão deve ser garantida em detrimento da tutela da privacidade, ou mesmo com relação à mensuração de eventual indenização a título de danos morais em caso de publicação indevida. Sendo assim, demonstra-se que o tema merece ser mais amplamente debatido, sendo essencial o estabelecimento de critérios que possibilitem a tomada de decisões que respeitem a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Em última análise, está-se diante da questão de quais dados e informações que podem ser disponibilizados e mantidos na Internet. O direito à memória da coletividade, garantido por meio dos direitos de liberdade, assim como a privacidade, são tutelados constitucionalmente e, muitas vezes, há colisão de tais direitos fundamentais no caso em concreto. Para alguns autores, em caso da ocorrência do referido conflito “o direito à memória da coletividade, embora construído sobre o manto fundamental e legítimo do direito à informação, ficaria relativizado diante do direito à privacidade, à honra e à intimidade, também fundamentais na construção da dignidade humana” (PIRES; FREITAS, 2013, p. 159).

Verifica-se que

o direito ao esquecimento se insere em um delicado conflito de interesses. De um lado, o interesse público aponta no sentido de que fatos passados sejam lembrados, considerando ainda a liberdade de imprensa e de expressão, bem como o direito da coletividade à informação; do outro, há o direito de não ser perseguido por toda a vida por acontecimento pretérito. A tutela do direito ao esquecimento decorre da cláusula geral da tutela da pessoa humana cuja dignidade é reconhecida como princípio fundamental da República no art. 1º, III, da Constituição da República, restando superada a discussão sobre a tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade (MARTINS, 2014, p. 9).

Conforme visto anteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil conferiu importância especial não só às liberdades, mas também aos direitos da personalidade, consagrando a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (Art. 5º. X). Ainda, na Carta Maior está explicitado o respeito à esfera íntima no momento em que refere que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Art. 5º. XI) (BRASIL, 1988).

Nessa pesquisa, alia-se ao entendimento de que “o direito ao esquecimento encontra-se inserido na disciplina da proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, é extraída dos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição da República e 21 do Código Civil” (BUCAR, 2013, p. 07). Assim, o direito ao esquecimento virtual tem relação com o controle temporal de dados, por meio de uma leitura atual do conceito de privacidade, o qual permite falar em uma faculdade de autodeterminação informativa. Conforme Daniel Bucar (2013), o direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal dos dados, completada pelo controle espacial e contextual.

A fim de auxiliar o intérprete na tomada de decisão quando do julgamento de demandas nos quais o referido direito é invocado, em um contexto no qual as demandas judiciais tendem a proliferar, é importante apresentar os critérios que estão sendo utilizados por Tribunais para a tomada de decisões. Assim, na sequência, será avaliado como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo com relação ao conflito entre liberdade de expressão, liberdade de imprensa, em relação aos direitos da personalidade.

A pesquisa está centrada nas decisões dos últimos três anos, em âmbito de Tribunais Superiores, que fazem referência ao direito ao esquecimento. Outras decisões que não tenham

relação direta com o ponto central do trabalho, mas que possam contribuir para o debate acerca da proteção dos direitos da personalidade na Internet também serão utilizadas a fim de ampliar o debate a respeito da questão da tutela dos direitos da personalidade em ambiente virtual.

### **2.1.1 Inaplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil**

Conforme visto, em diversos momentos o Poder Judiciário brasileiro tem enfrentado demandas nas quais se alega o direito ao esquecimento virtual, o que oportuniza o debate acerca dos limites da liberdade de expressão em âmbito de Internet. Muitas vezes se busca a supressão de notícias vinculadas a fatos passados, notícias estas por vezes desatualizadas, ou que não possuem qualquer interesse público envolvido, e que restam por ferir os direitos da personalidade do ofendido. Assim, passa-se à análise das decisões mais significativas encontradas, nos últimos três anos, âmbito de STF e STJ.

No ano de 2014, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, negou reclamation ajuizada pela apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel em face da empresa Google Brasil Internet Ltda, para que o mecanismo de busca da Google deixasse de apresentar qualquer resultado quando utilizada a expressão “Xuxa pedófila”, ou qualquer outra que associasse seu nome a uma prática criminosa qualquer. No julgado, o Ministro entendeu que deveria ser mantida a decisão em Recurso Especial na qual o Superior Tribunal de Justiça julgou no sentido de que “não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014, p.1).

Ressalte-se que, no julgamento da matéria, o STF não analisou o mérito da questão, limitando-se a verificar se a decisão, emanada do Superior Tribunal de Justiça, teria desrespeitado o enunciado constante na Súmula Vinculante n.º. 10/STF<sup>72</sup>, que trata da cláusula de reserva de plenário.

Anteriormente, a matéria havia sido apreciada pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp n.º. 1.316.921-RJ, sob a relatoria da Ministra Fátima Nancy

---

<sup>72</sup> **Súmula Vinculante 10:** Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Andrighi. No julgamento, o provedor de pesquisas Google do Brasil Internet Ltda foi isento de responsabilidade, pelos motivos que serão expostos na sequência. A decisão é criticada por parcela da doutrina, que entende se tratar de responsabilidade objetiva, regulado pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

O pedido de antecipação de tutela fora deferido pelo Juízo de primeiro grau, determinando que a empresa Google se abstinhasse de disponibilizar os resultados em seu mecanismo de busca. A decisão foi mantida, em parte, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento de Agravo de Instrumento, tendo o Tribunal entendido que a garantia deveria estar limitada às imagens referidas na inicial, relativas ao filme em questão, mas sem exclusão dos *links* na apresentação dos resultados das pesquisas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

A matéria foi apreciada pelo STJ, sendo negado o pedido da autora, não sendo aplicado o direito ao esquecimento (em que pese a expressão não tenha sido usada no julgado). Na decisão do STJ os principais argumentos do voto foram os seguintes: (1) impossibilidade do cumprimento da obrigação em decorrência do estado da técnica atual; (2) inconstitucionalidade do pleito em razão da imposição de censura prévia de conteúdo; (3) relevância do serviço prestado pela Google, do qual dependeria o cotidiano de milhares de pessoas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Neste ponto, relevante destacar que o argumento de que há impossibilidade técnica de atender à determinação de exclusão dos dados ou das informações pessoais da Internet tem sido uma das principais estratégias das grandes empresas do setor. Tal argumento não deve prosperar já que, mesmo que de difícil execução, tal tarefa não se mostra impossível, tendo em vista que a própria empresa disponibiliza o serviço de exclusão de dados excessivos ou irrelevantes em outros países (BRASIL, 2014a). Na decisão citada acima não foi analisado o recurso dos advogados da apresentadora Xuxa já que, de acordo com os autos, a recorrida não se insurgiu contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou seguimento ao recurso especial, sendo apreciado unicamente o Recurso Especial da empresa Google (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Conforme já referido, questões envolvendo o conflito entre direitos da personalidade e liberdades constitucionais têm sido enfrentadas pelos Tribunais brasileiros sendo que, muitas vezes, o alegado direito ao esquecimento não possui relação direta com a disponibilização dos dados e informações pessoais em ambiente virtual. Na sequência, serão apresentados os argumentos de decisão de outro julgado do STJ no qual o direito ao esquecimento foi expressamente invocado.

Em um julgado de repercussão nacional, batizado de “Caso Aida Curi”, no qual foi alegado o direito ao esquecimento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deveria prevalecer a liberdade de imprensa, já que a “matéria narrava fatos verídicos e a notícia histórica revelava repercussão nacional” (MARTINEZ, 2014, p. 159). Conforme a referida decisão, o delito noticiado ocorreu no ano de 1958, tendo por vítima a jovem Aida Curi, sendo que a TV Globo, em seu programa “Linha Direta – Justiça”, efetuou a reconstituição do crime tratando da vida, da morte e do pós-morte dos personagens envolvidos no cometimento do delito.

Em síntese o crime ocorrera da seguinte forma: no ano de 1958 a jovem Aida Curi, então com 18 (dezoito anos), após ser vítima de violência sexual, foi jogada da cobertura de um prédio da Avenida Atlântica, em Copacabana, Rio de Janeiro. Dois dos acusados foram absolvidos do crime de homicídio, sendo condenados pelos delitos sexuais. Um terceiro, menor de idade, foi considerado como único responsável pela morte da jovem.<sup>73</sup> Devido ao fato de que um dos autores ser de família abastada financeiramente, o julgamento levantou suspeita em parcela da sociedade (RODRIGUES JUNIOR, 2013c).

Os irmãos da vítima, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, ajuizaram ação de reparação de danos materiais e morais, alegando que o fato fora esquecido no tempo, sendo que a divulgação do programa fizera com que antigas feridas fossem reabertas, expondo indevidamente a vítima e familiares, com objetivo comercial e econômico. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, sendo mantida a decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Interposto Recurso Especial, analisado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a maioria dos integrantes acompanhou o voto do relator, negando provimento ao recurso, inclusive com relação à indenização por dano moral no que tange ao uso indevido da imagem da vítima (MARTINEZ, 2014, p. 158).

Da decisão em comento também foi ajuizado Recurso Extraordinário com Agravo perante o Supremo Tribunal Federal que, em dezembro de 2014, declarou repercussão geral da matéria. Recentemente o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros emitiu parecer no qual entende ser inaplicável o direito ao esquecimento frente à situação fática apresentada (DE BARROS, 2016).

Para a Procuradoria Geral da República (PGR) inexistente qualquer demonstração de violação dos direitos da personalidade, sendo inviável acolher a pretensão indenizatória. Para o Procurador Rodrigo Janot seria cabível acolher a pretensão indenizatória se a divulgação de

---

<sup>73</sup> A identidade dos autores é omitida pelo fato de não apresentar relevância para o presente trabalho.

informações de terceiro tivesse resultado em violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem, sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito ao esquecimento (DE BARROS, 2016).<sup>74</sup> Na mesma ocasião em que julgou a demanda “Aida Curi” o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre outro caso paradigmático.

A situação analisada envolvia ação movida em face da Rede Globo de Televisão na qual se discutia o pleito de indivíduo absolvido da acusação de participação na Chacina da Candelária, que gostaria que seu nome fosse mantido no anonimato. Diante do tempo transcorrido entre o fato e a notícia, analisando-se o caso em concreto, o Tribunal entendeu que “os condenados que cumpriram a pena, bem como os absolvidos [...] têm direito ao esquecimento – se assim desejarem – em relação às lembranças desnecessárias de fatos passados” (MORAES, 2014, p. 14). Tendo em vista o acolhimento da alegação de aplicabilidade do direito ao esquecimento a decisão acima será detalhada no próximo tópico.

Em outra demanda julgada pelo Superior Tribunal de Justiça o réu, denunciado por supostamente ter disponibilizado na rede mundial de computadores, por dezoito vezes, arquivos contendo cenas pornográficas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes pretendia obter ordem que lhe garantisse o direito de exclusão do Sistema de Informações Processuais da Justiça Federal do seu nome completo, assim como a descrição do delito que lhe é imputado, sob a alegação de que a disponibilização das informações estaria ferindo seu direito à intimidade. Na decisão, o Tribunal entendeu que não configura violação da intimidade a identificação do nome do réu maior de idade em ação penal, mesmo que esta tramite em segredo de justiça (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Foi utilizado como fundamento o voto do Ministro Luis Felipe Salomão no REsp. 1.334.097/RJ, para quem a publicidade do processo penal satisfaz o interesse público, especialmente até a extinção da pena ou a absolvição, interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Sendo assim, nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n.º. 49.920 – SP (2015/031272729-6) os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordaram, por unanimidade, negar provimento ao recurso, mantendo a decisão que entende não haver violação da intimidade a divulgação do nome de réu maior de idade e da tipificação legal do delito do qual é acusado no sistema eletrônico da Justiça Federal (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

---

<sup>74</sup> Até o presente momento não houve julgamento do recurso.

Em relação à disponibilização de conteúdos em redes sociais e demais sites da Internet e obrigação de empresas que atuam na área de suprimir vídeos, ou cessar a sua divulgação também podem ser encontrados alguns julgados no STJ, mesmo sem fazer referência expressa ao direito ao esquecimento virtual. Assim, com o objetivo de avaliar quais os critérios estão sendo utilizados para a tomada de decisão, na situação exposta, serão avaliados alguns dos julgados encontrados.

Em 10 de novembro de 2016 o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema, durante a análise do Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.593.873-SP, no qual a Ministra Nancy Andrighi reconsiderou decisão anterior, na qual entendia viável a ação de obrigação de fazer ajuizada por S. M. S em desfavor da empresa Google, por meio da qual a demandante objetivava o bloqueio definitivo, do sistema de buscas da empresa ré, de pesquisas realizadas por meio do nome da autora, pois poderiam levar a páginas que reproduzissem imagens de nudez da mesma. Em primeira instância o feito havia sido extinto sem julgamento do mérito sendo que, em sede de Tribunal de Justiça houve decisão positiva à pretensão da autora, no sentido de aplicação do direito ao esquecimento no caso em concreto (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Na decisão, a Ministra reconheceu o direito ao esquecimento, quando as circunstâncias assim o determinarem e, com relação à possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento aos buscadores, utilizou a decisão emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa ao cidadão Mario Costeja González enfatizando, entretanto, a inexistência de uma lei geral que disponha sobre a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros. Ressaltou, ainda, que a filtragem de conteúdo de pesquisas não é uma atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisas afastando-se, portanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para tal situação (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Utilizou, para fundamentar sua decisão, entendimento doutrinário no sentido de que a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdo na Internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público, e desde que ponderado eventual prejuízo causado a terceiro, não devendo ser adotado nas demais hipóteses, quando se tratar de interesse individual. Assim, em razão das características dos provedores de busca, o STJ entendeu que os provedores de pesquisa (1) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas pelos seus usuários; (2) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados de busca feitas por cada usuário; (3) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Quanto à jurisprudência comparada, da União Europeia, entendeu que a comparação não seria adequada ao contexto brasileiro dadas as diferenças nas premissas legislativas que partem ambas as situações, em especial porque no Brasil não há lei específica voltada a proteção de dados pessoais. Assim, apesar de reconhecer o direito ao esquecimento, decidiu no sentido de que este não pode ser pleiteado junto aos provedores de busca (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Outra decisão que merece ser referida, esta em âmbito de Supremo Tribunal Federal, é a Medida Cautelar na Reclamação 25.768 São Paulo, na qual o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar a fim de que ficasse suspensa decisão na qual era imposta à Dublê Editorial Ltda obrigação de retirar notícia questionada no site da Revista Conjur, sob pena de aplicação de multa diária. Na ocasião, o Ministro referiu que o fato de a matéria veiculada estar desatualizada, por si só, não autoriza a exclusão da mesma, nem imposição de obrigação à imprensa de publicar outra matéria (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016a).

O Ministro ressaltou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender o direito de informar, o direito de buscar informação, o direito de opinar e o direito de criticar, ressaltando que a análise liminar entende não haver justificativa para impor, à reclamante, a retirada da matéria questionada no site do Conjur, tendo em vista que a matéria apenas referia o recebimento de denúncia, posteriormente objeto de *Habeas Corpus*, os quais não haviam sido referidos na matéria. Assim, deixou assentado o entendimento de que a liberdade de imprensa é prerrogativa essencial e suporte da própria concepção de regime democrático de direito, sendo que o Poder Judiciário não pode obrigar que o veículo de comunicação noticie determinado fato, pois tal medida restringiria a liberdade de imprensa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016a)

Verifica-se, portanto, a existência de decisões em âmbito de Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça entendendo ser possível falar em direito ao esquecimento, mesmo em âmbito virtual. Entretanto, a maioria das decisões pesquisadas entende ser inaplicável o direito ao esquecimento, utilizando os seguintes fundamentos principais: (1) impossibilidade técnica; (2) descabimento de censura prévia; (3) primazia do interesse público e da liberdade de imprensa; (4) inexistência de lei voltada à proteção de dados no Brasil. Na sequência, serão apresentados alguns julgados nos quais os Tribunais Superiores do Brasil reconheceram e aplicaram o direito ao esquecimento.

### **2.1.2 Aplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil**

O tratamento de dados pessoais, mais especificamente o seu recolhimento, tem hoje como recurso as redes abertas, em especial a Internet. A utilização da rede mundial de computadores ocorre em campos tão diversos como a realização de transações comerciais, consultas médicas *online*, acesso a bases documentais perante as quais nos identificamos por meio de senhas associadas ao nome do utilizador, envio e recepção de correio eletrônico, publicação de informações divulgadas em páginas construídas a título individual, por entidades coletivas públicas, por entidades privadas, ou por meio do contato com a Administração Pública (CASTRO, 2005, p. 152-153). Muitas vezes dados ou informações pessoais são disponibilizadas na rede sem consentimento do sujeito a quem pertencem, ocasionando demandas junto ao Poder Judiciário com o objetivo de deletar tais dados. Em diversas destas demandas é alegada a violação do direito à privacidade, sendo requerido que seja aplicado o direito ao esquecimento virtual.

Algumas ações nas quais é solicitada a exclusão de dados ou informações pessoais dos mecanismos de busca na Internet podem ser encontradas em âmbito de Supremo Tribunal Federal sem que, contudo, o referido Tribunal tenha se pronunciado de forma a tornar pacífica a questão acerca da aplicabilidade ou inaplicabilidade do direito ao esquecimento virtual em relação a demandas relativas ao aspecto cível, ou mesmo tenha apreciado o mérito da questão de forma satisfatória. É o caso do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 759.955 – RJ, no qual a empresa Google Brasil Internet Ltda se insurgia contra decisão que mantinha sentença na qual ficou assentado que a Agravante deveria excluir de seu sítio na Internet as imagens da Agravada, sob pena de multa diária. Em 24 de setembro de 2013 a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, entendendo se tratar de matéria regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que eventual ofensa constitucional, se tivesse ocorrido, seria indireta (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Outra demanda na qual é invocado o direito ao esquecimento, tendo chegado ao STF, é a demanda apresentada anteriormente, um caso de repercussão que foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, tendo relação com a Chacina da Candelária. No caso citado um cidadão havia sido indiciado como co-autor/partícipe na sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, que ficou conhecida como Chacina da Candelária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014b). Ao ser

submetido a Júri, o suspeito fora absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Durante um programa “Linha Direta”, a TV Globo exibiu uma retrospectiva dos fatos, identificando cada um dos envolvidos, apresentando o resultado final do julgamento, se absolvição ou condenação, bem como a quantos anos de pena (MARTINEZ, 2014, p. 157).

O ofendido ajuizou demanda na qual buscou ser ressarcido pelos danos morais sofridos com a circulação de sua imagem, já que negara à TV Globo autorização para a utilização de seu nome, devido ao fato de que não tinha interesse em reavivar tais lembranças, pois já havia superado a situação, passados treze anos do evento. Já a ré alegou direito de informar, sustentando que o programa identificara o cidadão como absolvido. Julgada improcedente em primeira instância, a ação foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em decisão não unânime, da qual foram opostos embargos infringentes, que confirmaram a condenação, ensejando interposição de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Em sede de Tribunal Superior a condenação foi mantida, sob a alegação de que o réu, condenado ou absolvido pela prática de um crime, tem direito a ser esquecido, já que a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena a reabilitação, após o transcurso de determinado período de tempo (art. 743 do Código de Processo Penal), com consequente direito ao sigilo da folha de antecedentes e sua exclusão dos registros de condenação (art. 748 do Código de Processo Penal<sup>75</sup>). Assim, “com maior razão aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, devendo ser a eles assegurado o direito de serem esquecidos” (MARTINEZ, 2014, p. 158).<sup>76</sup>

Em 10 de dezembro de 2013 foi protocolado o Recurso Extraordinário com Agravo nº 789.246, junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013). Percebe-se, portanto, que as questões relacionadas à colisão entre privacidade e liberdades constitucionais têm sido apreciadas pelos Tribunais Superiores do Brasil. A questão assume maior importância quando a lesão a tais direitos ocorre em

---

<sup>75</sup> Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal. (BRASIL, 1941)

<sup>76</sup> Apesar de ter sido garantida a indenização, sendo referido pelo juízo a aplicabilidade do direito ao esquecimento frente à situação em concreto, os direitos de personalidade do cidadão continuam a ser lesionados. Basta uma busca rápida na internet e é possível encontrar o programa Linha Direta Justiça – Chacina da Candelária, disponibilizado na íntegra no maior portal de vídeos do ciberespaço.

âmbito virtual. Escrito e publicado em meios virtuais, o discurso está à procura de um interlocutor qualquer.

Depois de publicada na *Internet*, a informação-notícia veiculada nos *blogs* resiste aos efeitos do tempo, pois, enquanto no jornal tradicional o contato com a notícia pelo público não dura mais do que alguns dias, a informação presente na *Internet* fica disponível para eventuais consultas futuras, representando, com isso, uma permanência à disposição do leitor muito mais significativa do que aquilo que foi apenas disponibilizado pela mídia tradicional impressa (OLIVEIRA, 2013, p. 326).

É incontroverso que os fatos devem ser noticiados à população em geral, constituindo verdadeira memória social. Pode-se afirmar que, em tese, o direito a informar não obedece a limites temporais, e tanto os fatos ocorridos há muito quanto os fatos atuais podem ser noticiados. Entretanto, há casos em que o direito à liberdade de expressão e de informação pode ser relativizado, já que “impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções” (BUCAR, 2013, p. 10). O objetivo da presente pesquisa é, justamente, buscar nas decisões dos Tribunais Superiores de Brasil e da Espanha argumentos que possam auxiliar o julgador na tomada de decisão em matéria tão relevante, na qual a ponderação entre os direitos exige um grande trabalho por parte do Poder Judiciário.

Com relação à colisão de tais direitos em âmbito virtual o Superior Tribunal de Justiça possui decisões entendendo tanto pela aplicabilidade quanto pela inaplicabilidade direito ao esquecimento. Em julgado recente do STJ, na decisão do Recurso Especial nº. 1.407.271 – SP, envolvendo o pleito de K.R.C em desfavor da Google Brasil Internet Ltda, o Tribunal entendeu que a requerente tinha direito à indenização devido a não ter sido cumprida decisão que determinava a exclusão de vídeos da mesma do mecanismo de busca da empresa ré. A requerente havia sido demitida de emissora de televisão após ter tido vídeos contendo cenas íntimas - gravadas nas dependências da empresa em que trabalhava, - capturados em email corporativo, vídeo que foi posteriormente postado na Internet. Na decisão, o STJ entendeu que não devia prosperar o argumento da impossibilidade técnica apresentado pela Google, concedendo indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à requerente, até mesmo porque a própria empresa havia se comprometido a suprimir as informações, o que efetivamente não fizera (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Em 28 de outubro de 2016 a 3ª Turma do STJ julgou demanda na qual se pleiteava indenização tendo por argumento principal o direito ao esquecimento. Tratou-se do recurso especial interposto por Ricardo Zarattini Filho, no qual buscou reformar decisão de segundo

grau que entendia que a publicação de texto de uma entrevista de terceiro sobre determinado fato que contém fundo histórico não configurava lesão aos direitos da personalidade do autor. O ofendido havia ajuizado ação de indenização por danos morais contra o DIÁRIO DE PERNAMBUCO S.A, alegando ofensa à sua honra em razão de publicação de entrevista dada pelo Sr. WADEKOK WANDERLEI, na qual fora lhe atribuída a autoria do atentado à bomba ocorrido em julho de 1966, no Aeroporto dos Guarapães – Recife/PE (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016b)

Em primeiro grau o juízo condenou o demandado ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco reformou a sentença, julgando improcedente o pedido indenizatório. Em sede de Superior Tribunal de Justiça o julgamento foi no sentido de que os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento não possuem caráter absoluto, encontrando limites na legislação infraconstitucional e nas garantias constitucionais essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana. Assim, para o STJ, mesmo no desempenho da função jornalística, as empresas de comunicação não podem descurar de seu compromisso com a veracidade dos fatos, ou assumir uma postura displicente ao divulgar fatos que possam macular a integridade moral de terceiros (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016b).

Outro ponto destacado no julgado é que os fatos narrados na matéria jornalística estariam abrigados pela Lei de Anistia (Lei. N°. 6683/1979) sendo que, para o julgador, os fatos narrados estão vinculados ao denominado direito ao esquecimento. Assim, entendeu deu parcial provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença de primeiro grau, mas reduzindo o valor indenizatório para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016b).

Verifica-se, portanto, que o tema está sendo apreciado pelas cortes superiores do Brasil, não existindo uma posição pacífica com relação à aplicação ou inaplicabilidade do direito ao esquecimento em âmbito nacional. Urge, portanto, a ampliação do debate sobre o tema, por meio do estudo comparado, a fim de verificar como os demais países têm enfrentado a questão. Na sequência, será verificado como o Tribunal Supremo Espanhol têm decidido questões semelhantes, bem como quais os argumentos estão sendo utilizados na tomada de decisão.

## 2.2 A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL E O “*DERECHO AL OLVIDO DIGITAL*”

Verifica-se que na Europa, assim como em praticamente todo mundo ocidental, a proteção de dados e os direitos da personalidade possuem um caráter muito importante, podendo se afirmar que o “*derecho al olvido*”- o direito de que determinados fatos do passado não persigam o indivíduo por toda a vida - já é considerado um direito tradicional. Entretanto, a nova face que se apresenta tem relação com a aplicação do direito ao esquecimento nos mecanismos de busca da Internet, especialmente após o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>77</sup> publicar, em 13 de maio de 2014, uma sentença na qual estabelece que o tratamento de dados que realizam os motores de busca está submetido às normas de proteção de dados da União Europeia, sendo que as pessoas têm direito de solicitar, mediante certas condições, que determinadas vinculações a seus dados pessoais não figurem entre os resultados nos mecanismos de busca da Internet realizados em seu nome.

Em síntese, o referido Tribunal autoriza a supressão de informações quando esta é considerada (1) obsoleta, ou (2) não tem relevância para o interesse público, mesmo que a informação seja verdadeira. Conforme se viu, nos últimos anos o tema tem ganhado amplo destaque, merecendo a atenção não só de profissionais da área do direito, mas também de outros campos, como o da Tecnologia da Informação.

Algumas ferramentas estão sendo desenvolvidos a fim de possibilitar que determinada informação seja suprimida ou ocultada da Internet. Neste sentido, a empresa Google criou, em 2013, na Europa, um formulário por meio do qual as pessoas podem solicitar que o motor de busca deixe de mostrar links para conteúdos considerados inadequados, irrelevantes ou excessivos sobre a pessoa do requerente, avaliação que será efetuada pela empresa (BRASIL, 2014a).

De igual forma alguns sites (a exemplo do <http://www.borrarme.es/>, <http://www.borrardeinternet.com/>, <https://www.abine.com/deleteme>, <http://backgroundchecks.org/justdeleteme/>) se propõem a, mediante pagamento, excluir ou ocultar dados pessoais indesejados que estejam em blogs, redes sociais, buscadores como

---

<sup>77</sup> O tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma, datado de 29 de outubro de 2004, situa o Tribunal de Justiça da União Europeia como o Tribunal responsável pelo direito de interpretação e aplicação da Constituição. Pouco a pouco, foram reconhecidos pelo Tribunal direitos alheios não previstos expressamente pelas disposições originárias da União, ante a ausência de direitos fundamentais nos Tratados, motivo pelo qual as sentenças tiveram que criar soluções jurídicas, apelando para os princípios gerais, categoria utilizada no *civil law* para superar a ausência de lei ante a exigência de submissão do juiz à Lei (LIMBERGER, 2007b, p. 75).

Google, Yahoo, etc., impedindo inclusive que os buscadores mostrem dados de caráter pessoal e que aparecem em boletins oficiais, além se disponibilizarem a prestar assessoria perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD).

Tais iniciativas têm relação com o julgado anteriormente citado, qual seja, o Processo n°. C-131-12, do qual são partes a *Google Spain SL* e a *Google Inc. versus a Agência Espanhola de Protección de Datos* e Mario Costeja González. No caso em tela, algumas informações relacionadas ao referido cidadão haviam sido publicadas por um jornal espanhol, em duas de suas edições impressas, no ano de 1998, sendo republicadas, em data posterior, em sua versão eletrônica, disponibilizada na Internet. Desde então, toda a vez em que se pesquisava pelo nome Mario Costeja González nos mecanismos de busca a referida informação era disponibilizada. A publicação original estava relacionada a dois anúncios de venda de imóvel em hasta pública devido a dívidas do autor com a seguridade social, publicados no referido Jornal (INFOCÚRIA, 2013).

Não obtendo êxito por meio de requerimento junto à empresa *Google Spain*, o cidadão apresentou uma reclamação à *Agência Espanhola de Protección de Datos*, requerendo que a publicação fosse modificada ou eliminada, para que seus dados pessoais deixassem de ser exibidos, sendo que o diretor da AEDP deferiu a solicitação em face da empresa Google, mas não em relação ao editor. Em seguida, tanto a *Google Spain* quanto a *Google Inc.* interpuseram recursos para o órgão jurisdicional de reenvio, requerendo que a decisão da AEPD fosse declarada nula, sendo que órgão jurisdicional suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia algumas questões prejudiciais (INFOCÚRIA, 2013).

Conforme visto, no referido julgado o TJUE analisou a questão, por solicitação do Poder Judiciário espanhol, que encaminhou o processo após efetuar um cotejo entre a legislação espanhola e a Diretriz Europeia n° 95/46-CE, a fim de que o Tribunal Europeu analisasse se o ordenamento jurídico europeu tutela o direito ao esquecimento (MARTINEZ, 2014, p. 118). Em um primeiro momento, o TJUE precisou se posicionar a respeito da questão territorial, ou seja, se haveria aplicação da legislação europeia ao caso em concreto, já que a *Google Spain* afirmava que seria apenas uma filial da *Google United States (US)*, cuja sede encontra-se em território americano, na Califórnia (INFOCÚRIA, 2013).

Outro ponto analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia dizia respeito à possibilidade de cancelamento dos dados, ou seja, se a operação realizada pelos motores de busca se enquadraria no conceito de “tratamento de dados”, nos termos da *Directiva n°. 95/46/CE* permitindo, conseqüentemente, seu cancelamento ou sua exclusão. Na ocasião,

os motores de busca alegaram que a captação automática da informação, sem qualquer controle efetivo sobre seu conteúdo, principalmente no que diz respeito à veracidade e exatidão do dado, demonstraria que não se realizou qualquer tratamento da informação. Assim, a responsabilização pela divulgação da informação deveria recair sobre o servidor que aloja a informação, que poderia excluir total ou parcialmente determinada informação por meio de um protocolo chamado “robot.txt”, “noindex” ou “noarchive”, para que assim não ocorresse a indexação da informação (MARTINEZ, 2014, p. 120).

Percebe-se uma similaridade entre as alegações da empresa em âmbito europeu e nas demandas que chegam ao Poder Judiciário brasileiro com relação ao tema. No julgamento efetuado pelo Tribunal Europeu, portanto, buscou-se definir a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento em ambiente virtual e, além disso, verificar se a responsabilidade pelo cancelamento ou supressão da informação disponibilizada poderia ser atribuída aos motores de busca. Em junho de 2013 foi emitido parecer, pelo Advogado Geral da Corte, Niilo Jääskinen, opinando no sentido de que a *Google US* estaria submetida ao regramento jurídico europeu, no âmbito de seus Estados-membro, mas a atividade realizada pelo referido motor de busca não poderia ser considerada “tratamento de dados” já que a empresa apenas faria a indexação da informação, sendo que eventual pedido de retirada ou cancelamento deveria ser direcionada ao site que estava divulgando a informação (INFOCÚRIA, 2013).

Em 13 de maio de 2014 foi realizado o julgamento do referido processo, garantindo-se o direito ao esquecimento ao cidadão europeu no caso em concreto. No referido “*leading case*”, o Tribunal Europeu reconheceu a responsabilidade das ferramentas de busca pelo processamento de dados pessoais exibidos nos resultados devendo, o direito ao esquecimento, na hipótese concreta, prevalecer sobre o direito do público de conhecer e ter fácil acesso à informação. A informação a ser excluída deve ser interpretada segundo o seu contexto, tendo sido considerada, no caso, ultrapassada e irrelevante, diante do que não seria necessária a sua preservação (MARTINS, 2014, p. 8).

Na fundamentação da decisão restou consignado que os motores de busca ao explorarem a *internet*, mesmo de forma automatizada, realizariam as seguintes atividades com o dado: “recolhimento”, “recuperação”, “registro”, “organização” para, posteriormente, por meio de seus programas de indexação, “conservar” a informação em seus servidores e então “comunicar” e “colocar à disposição” o dado aos seus utilizadores, sob a forma de uma lista de resultados da pesquisa (MARTINEZ, 2014, p. 122).

Em síntese, na sua decisão o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que: (1) mesmo que fisicamente os servidores de companhias como a Google estejam fora da Europa, as normas da União Europeia são aplicáveis a estas caso possuam filiais ou subsidiárias em

algum dos Estados-membro, filiais que promovam a venda de espaços publicitários oferecidos pelos mecanismos de busca; (2) os motores de busca são detentores de dados pessoais e, portanto, a empresa Google não pode fugir às suas responsabilidades perante a lei Europeia, sendo aplicável a lei de proteção de dados da União Europeia e, conseqüentemente, o direito ao esquecimento; (3) os indivíduos têm direito, **respeitadas determinadas condições**, de requerer aos mecanismos de busca que sejam removidos links que contenham informações pessoais a respeito dos titulares. O direito ao esquecimento virtual pode ser requerido quando a informação é **imprecisa, inadequada, irrelevante** ou **excessiva**, para os fins de processamento de dados (COMISSÃO EUROPEIA, 2015).

A Corte Europeia ressaltou que o direito ao esquecimento não é absoluto, devendo ser feita a ponderação entre ele e os demais direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a liberdade de informação. Assim, a avaliação deve se dar caso a caso, considerando o tipo de informação em questão, se há de interesse público em ser disponibilizada a informação, ou apenas interesse privado. Ainda, ressaltou que o papel desempenhado socialmente pelo requerente da exclusão de dados pode ser relevante (INFOCÚRIA, 2013).

Conforme visto, o Tribunal de Justiça da União Europeia não elevou o direito ao esquecimento ao status de um direito que está acima dos demais como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação. Ao contrário, deixou claro que tal direito não é absoluto, devendo obedecer a limites precisos. Assim, o requerimento para supressão de dados deve ser analisado caso a caso, devendo ser aplicado apenas quando os dados sejam considerados irrelevantes ou não sejam mais necessários para os propósitos a que se destinavam, ressaltando-se que remover ou ocultar links não equivale a deletar o conteúdo.

De acordo com o julgado, em se tratando de colisão de direitos fundamentais em âmbito de Internet, no caso, liberdade de expressão e direito à privacidade, deve ser efetuada a ponderação acerca do legítimo interesse dos usuários de Internet a ter acesso ao conteúdo e o direito do indivíduo de ter respeitada sua privacidade, já que o princípio da liberdade de expressão deve obedecer a limites, seja no mundo virtual, seja no mundo real.

No caso, deve ser analisada a (1) natureza da informação em questão, se relativa à esfera íntima do indivíduo, ou se há interesse público em ter acesso àquela determinada informação, dependendo também do (2) sujeito de cujos dados se fala, se pessoa pública ou não.

Assim, nos termos da decisão, qualquer motor de busca que tenha um domínio dentro de um Estado-Membro europeu – tais como .es (Espanha), .pt (Portugal), .fr

(França) – se submeterá à interpretação dada pelo Tribunal de Justiça Europeu, ou seja, será aplicado no âmbito da União Europeia (MARTINEZ, 2014, p. 123).

Conforme visto anteriormente, após a decisão do Tribunal Europeu, “o gigante dos motores de busca *Google* passou a disponibilizar uma ferramenta que possibilita ao usuário efetuar pedidos para o apagamento de *links* de informações que lhes digam respeito” (MARTINEZ, 2014, p. 126). Neste ponto, faz-se necessário refletir acerca da força econômica das empresas do setor e, especialmente, sobre a conveniência de uma empresa como a Google, detentora da maioria das informações que circula pela internet - ao menos da maneira como essas informações serão disponibilizadas para consumo -, ser também quem tem o “poder” de analisar se é aplicável, no caso concreto, do direito de ter dados retirados do referido mecanismo de busca (FORTES, 2015, p. 160). Conforme será visto na sequência, a jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol sofreu significativa mudança nos últimos meses, em relação ao julgamento do tema, o que talvez se justifique tendo em vista o poder econômico das empresas que dominam o setor.

Entretanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia deixou claro, no julgamento apresentado, que entende ser aplicável o direito ao esquecimento virtual. Após o julgado, o direito ao esquecimento foi positivado por meio do *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeu y del Consejo de 27 de abril de 2016* (BÉLGICA, 2016), que traz as hipóteses em que poderá ser aplicado o direito ao esquecimento na União Europeia, como demonstrado na primeira parte do trabalho.

Assim, cabe investigar quais os limites jurisprudenciais para aplicação de tal direito, ou seja, quais os critérios estão sendo observados para a tomada de decisão nas situações em que tal direito é alegado. Dessa forma, na sequência serão analisados quais os fundamentos para a tomada de decisão nos julgados encontrados nos últimos três anos em âmbito de Tribunal Supremo Espanhol.

### **2.2.1 Aplicabilidade do “*derecho al olvido digital*” na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol**

Para Catarina Sarmiento e Castro (2005), a licitude do tratamento de dados depende de um duplo teste: o teste da qualidade dos dados, e o teste de fundamentação do tratamento. Assim, caso os dados não cumpram com os requisitos de qualidade ou fundamentação (por exemplo, dados excessivos para a finalidade a que respeitam, ou que não possuam o

consentimento do titular), não deveriam ser mantidos acessíveis ao público em geral. O Poder Judiciário espanhol vem enfrentando demandas nas quais se alega que a disseminação de dados e informações pessoais na Internet não deve ser permitida, em especial quando os mesmos não cumprem mais a finalidade para a qual foram recolhidos, ou não há consentimento do titular.

Uma das decisões encontradas, que faz referência expressa ao *derecho al olvido digital*, ocorreu nos autos da Apelação n.º. 2772/13, julgada em 15 de outubro de 2015, recurso interposto por “Ediciones El País” contra sentença na qual se entendia que a publicação online de edição impressa do jornal El País, na qual constava que “O irmão de..., detido por suposto tráfico de drogas, ingressou em um hospital”, se traduzia em violação do direito à intimidade e à honra de A e B, condenando a “Ediciones El País” a cessar imediatamente a difusão por meio da Internet da referida notícia. Importante dizer que tal decisão não se encontra mais disponível no mecanismo de busca do Tribunal Supremo Espanhol, tendo sido “salva” pelo autor deste trabalho ainda no ano de 2015<sup>78</sup> (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2015).

Com relação aos antecedentes do caso, em que pese a sentença seja extremamente vaga, a fim de dificultar a identificação das partes envolvidas, é possível extrair o seguinte: os demandantes haviam sido detidos nos anos 80 por fatos relativos ao tráfico de drogas, sendo que uma das pessoas detidas na operação era o familiar de um conhecido político. O jornal “El País” noticiou o fato, identificando as pessoas envolvidas por seus nomes e, inclusive, suas profissões. Após serem condenadas e cumprirem as punições, os envolvidos encontraram-se reinseridos na sociedade. Em novembro de 2007 a empresa demandada permitiu o acesso público geral e gratuito à hemeroteca digital do jornal “El País”, sendo que eventual busca na Internet permitia o acesso a dados pessoais dos demandantes como primeiro lugar nos resultados das buscas no Google e em terceiro nas buscas do Yahoo (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2015).

Tanto a sentença de primeiro grau quanto o recurso foram julgados no sentido de que, mesmo a notícia sendo verdadeira, a divulgação de antecedentes penais de uma pessoa atentava contra sua reputação e poderia ferir seu direito à intimidade, estando, a demanda,

---

<sup>78</sup> A sentença não se encontra mais disponível devido ao fato de que, na decisão, consta que havia sido atribuído caráter reservado à totalidade dos autos, sendo que, posteriormente à decisão, os autores ingressaram judicialmente com outra demanda a fim de que a decisão atacada não ficasse disponível online. A decisão entendendo que não deveria ter sido divulgada a primeira sentença está disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7495278&links=%22derecho%20al%20olvido%22&optimize=20151019&publicinterface=true>> Acesso em: 20 Out. 2016).

amparada no direito de proteção de dados de caráter pessoal. Em sede de Tribunal Supremo Espanhol não foi aceita a alegação do jornal de que a ação estaria prescrita, já que os danos produzidos pelo tratamento de dados pessoais que não cumpram os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico têm natureza de danos continuados, sendo que o prazo para o exercício do direito de ação não tem início até que o afetado tome conhecimento do referido tratamento (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2015).

Outro ponto destacado na decisão é o de que o jornal “El País”, assim como os mecanismos de busca, são responsáveis pelo tratamento de dados pessoais disponíveis em páginas da web questionadas. Por fim, importante o trecho da decisão no que tange a aplicação do *derecho al olvido digital*:

O fator tempo tem uma importância fundamental nesta questão, já que o tratamento de dados pessoais deve cumprir com os princípios da qualidade dos dados não só no momento em que são recolhidos e eventualmente tratados, mas durante todo o tempo em que se produz esse tratamento. Um tratamento que inicialmente pode ser adequado à finalidade que o justificava pode se tornar, com o transcurso do tempo, inadequado para esta finalidade, e o dano que cause aos direitos da personalidade como honra e intimidade, desproporcional em relação ao direito que ampara o tratamento de dados<sup>79</sup> (SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL, 2015, tradução nossa).

Assim, no julgado destacado houve preocupação em sopesar o interesse público na manutenção da informação e a proteção aos direitos da personalidade dos envolvidos. No caso, foi referido que a manutenção da notícia estaria justificada caso os envolvidos fossem pessoas públicas – entendidas essas como sendo pessoas que desempenham um ofício público e/ou utilizam recursos públicos e, em um sentido mais amplo, todas aquelas pessoas que desempenham um papel na vida pública -, mas que, na situação fática, os personagens não tinham qualquer relevância pública e nem os fatos teriam interesse histórico. Assim, devido ao fato de ter se passado mais de vinte anos, os personagens não serem pessoas públicas, e o fato não possuir relevância histórica, foi mantida a decisão de primeiro e segundo grau, condenando o jornal a adotar medidas técnicas para que a página da web de sua hemeroteca digital, na qual aparecem os nomes dos demandantes, não possa ser indexada pelos provedores de serviço de Internet.

---

<sup>79</sup> No original: “El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.”

Outro dos recentes julgados encontrados na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol data de 05 de abril de 2016, sendo a Apelação n.º. 3269/2014, interposta pela empresa *Google Spain* em face de sentença proferida pela Audiência Provincial de Barcelona, n.º. 364/2014, de 17 de julho, acerca da tutela do direito à honra, à intimidade, à imagem e à proteção de dados de caráter pessoal. Na ocasião, ficou assentado que a filial espanhola da empresa titular do buscador Google possuía legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, sendo que o tratamento de dados pessoais acerca da concessão de indulto em um buscador de Internet deixa de ser lícito uma vez transcorrido um prazo razoável desde a concessão do indulto, se o afetado exercita seu direito de oposição, devendo haver um equilíbrio entre o direito à informação sobre a concessão do indulto e os direitos à honra, intimidade e proteção de dados pessoais daquele que recebeu o indulto (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016, p. 1).

O julgado acima faz referência à demanda na qual um cidadão chamado D. Alfonso ingressou com ação em face da *Google Spain*, Yahoo Iberia e S.L. Telefônica da Espanha, a fim de fosse retirada informação pessoal de indexações e cachês nas quais consta publicado o Real Decreto n.º. 1396/1999, de 27 de agosto de 1999, por meio do qual foi concedido indulto ao referido cidadão, por um delito contra a saúde pública cometido no ano de 1981, solicitando ainda indenização por graves danos morais e econômicos. Em novembro de 2011 a Juíza do Julgado de Primeira Instância de Barcelona absolveu as demandadas. Em 14 de outubro de 2014 a Audiência Provincial de Barcelona reformou, em parte, a sentença, condenando a *Google Spain* a pagar a D. Alfonso a soma de 8.000 euros, a título de indenização pela violação de seus dados pessoais, mantendo a sentença nos demais termos (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016, p. 2-9).

No julgado acima foi utilizada como parâmetro a decisão anterior do Tribunal de Justiça da União Europeia, entendendo pela legitimidade passiva da empresa *Google Spain*, já que as atividades do motor de busca Google Inc. e as de sua filial espanhola, *Google Spain*, estão indissociavelmente ligadas, pois a primeira não seria possível sem a segunda, que lhe alcança recursos econômicos. Outro ponto destacado no julgado foi o fato de que o requerente não exercia nenhuma função considerada pública, e que o simples descumprimento da normativa de proteção de dados não implicaria, automaticamente, em dano indenizável, mas que, na situação analisada, haveria a comprovação do dano (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016, p. 12).

Por fim, frente à alegação de que haveria interesse público de que os dados permanecessem nos mecanismos de busca, especialmente por se tratar de informação

verdadeira, foi efetuada a ponderação entre o exercício da liberdade de informação e o respeito aos direitos da personalidade, entendendo-se que o tratamento de dados que é lícito inicialmente pode deixar de sê-lo com o passar do tempo, depois de transcorrido prazo razoável, resultando que o dano aos direitos da personalidade do afetado pelo tratamento de dados se torna desproporcional em relação ao interesse público que ampara o referido tratamento, quando o demandante não é uma pessoa de relevância pública, nem os fatos representam importância histórica. Do citado julgado é trazido importante trecho, que sintetiza a questão:

O chamado ‘direito ao esquecimento digital’, que é uma concretização no campo dos direitos derivados do tratamento de dados pessoais de qualidade, não ampara cada um que quer reconstruir seu passado à sua medida, forçando editores de sites ou os gestores dos motores de busca a remover o tratamento de dados pessoais quando associado a eventos que não são considerados positivos. Tampouco justifica que aqueles que expõem a si mesmos publicamente possam exigir que se construa um currículo a seu gosto, controlando o discurso sobre si mesmos, eliminando da Internet as informações negativas, ‘posicionando’ à sua vontade os resultados das buscas na Internet, de modo que os mais favoráveis ocupem as primeiras posições. Se admitida esta tese, seriam perturbados gravemente os mecanismos de informação necessários para que os cidadãos adotem em suas decisões na vida democrática de um país. Porém esse direito em si protege os afetados, quando este não seja considerado uma pessoa pública, que pode se opor ao tratamento de dados pessoais que permita que uma simples consulta em um motor de busca de Internet, utilizando como palavras chave seus dados pessoais tais como nome, deixe permanentemente presente informações seriamente prejudiciais à sua honra ou privacidade em relação a eventos que ocorreram há muito tempo, de modo que seja seriamente distorcida a percepção que os outros cidadãos têm dele, causando um efeito estigmatizante, e impedindo a sua plena integração na sociedade, inserção que seria impedida pela rejeição que certas informações podem ter sobre seus concidadãos (SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL, 2016, p. 19, tradução nossa)<sup>80</sup>.

Necessário dizer, por fim, que o Tribunal rebateu o argumento de que se tratava de um novo direito, entendendo que o *“derecho al olvido digital”* não foi uma criação

---

<sup>80</sup> No original: “El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.”

jurisprudencial, estando ancorado na normativa sobre proteção de dados de caráter pessoal, mas concretamente na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas físicas no que respeita ao tratamento de dados pessoais (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016, p. 20). Percebe-se, portanto, que até este momento a o Tribunal Supremo Espanhol vinha decidindo que a empresa *Google Spain* poderia ser impedida de veicular determinados resultados em seu buscador, sendo que, recentemente, houve mudança significativa com relação à legitimidade passiva das demandas relacionadas ao tema, como poderá ser visto na sequência.

### **2.2.2 Inaplicabilidade do “*derecho al olvido digital*” na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol**

Conforme decisão emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia, anteriormente trazida ao trabalho, as pessoas têm o direito de solicitar, frente a certas condições, que os links para seus dados pessoais não figurem nos resultados dos mecanismos de busca na Internet, realizada por seu nome. De fato, a sentença apenas ratificou o que a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) já vinha aplicando em suas resoluções, ao entender que as pessoas têm direito a limitar a difusão universal e indiscriminada de seus dados pessoais nos buscadores gerais, especialmente quando a informação é obsoleta e já não tem relevância nem interesse público, ainda que a publicação original seja legítima (ESPANHA, 2016b).

O chamado “*derecho al olvido digital*” é, neste contexto, a manifestação dos tradicionais direitos de cancelamento e correção de dados e informações pessoais, e de respeito à privacidade, aplicável aos buscadores de Internet. De acordo com a AEPD é possível exercer o referido direito diretamente em face dos motores de busca, sem tentar primeiramente reparação frente ao site que publicou originalmente os dados já que, conforme entendeu o TJUE, os motores de busca efetuam o tratamento de dados, estando abrangidos, portanto, pela Diretriz 95/46/CE, vigente até o momento. Além disso, a difusão universal que proporciona os mecanismos de busca, somada à informação adicional que apresenta sobre os indivíduos quando se efetua busca por seu nome, pode configurar um grande impacto sobre a sua privacidade (ESPANHA, 2016c).

No endereço eletrônico da AEPD é possível encontrar diversas resoluções dos últimos anos, tanto entendendo pela aplicabilidade do “*derecho al olvido digital*”, quanto pela inaplicabilidade frente a situações concretas. A partir de 2014 são encontradas oito resoluções entendendo pela aplicabilidade do referido direito, e seis entendendo pela inaplicabilidade

(ESPANHA, 2016d). Conforme referido anteriormente, contra a resolução - que põe fim à via administrativa - os interessados podem interpor recurso perante o Diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados, no prazo de um mês, a partir da notificação da resolução, ou, diretamente, recurso contencioso administrativo à Audiência Nacional, no prazo de dois meses a contar da resolução. Da decisão da Audiência Nacional cabe recurso ao Tribunal Supremo Espanhol (ESPANHA, 2014).

Para a elaboração desta pesquisa comparada é no Tribunal Supremo Espanhol que são buscados alguns julgados nos quais foi abordado o *derecho al olvido virtual*, a fim de encontrar parâmetros que tenham semelhanças com aqueles julgados encontrados nos Tribunais Superiores do Brasil. Na sequência, são apresentados os julgados encontrados, relativos aos últimos três anos, nos quais o “*derecho al olvido digital*” não foi reconhecido, sendo avaliados os motivos pelos quais as pretensões dos cidadãos não foram acolhidas em sede de TSE.

Em 22 de junho de 2015 foi julgada apelação n°. 2339/2014, na qual um cidadão chamado Manuel tentava ver reconhecido seu direito a serem suprimidas determinadas informações a respeito de sua pessoa constantes no banco de dados da Agência Estatal de Administração Tributária, mais especificamente as Declarações de Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF) do ano de 2007, correspondendo aos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Na ocasião, o TSE entendeu não ser aplicável o *derecho al olvido* ao caso concreto, apesar de reconhecer a existência do referido direito. Na decisão, referiu que uma coisa é entender que, passado determinado período de tempo, a Administração não possa mais liquidar um tributo ou exigir sua cobrança, e outra distinta é determinar que esta apague os arquivos ou elimine documentos com informações tributárias de um contribuinte correspondentes a exercícios anteriores, já que somente poderia se falar em supressão de dados quando estes não fossem mais necessários para nenhum efeito, o que não ocorre com as declarações dos anos de 2004, 2005 e 2006, que servem para estabelecer a capacidade econômica do contribuinte e determinar o quanto esta cresceu nos últimos anos (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2015).

No ano seguinte, em 21 de julho de 2016, no julgamento da Apelação n°. 2798/2015, o Tribunal Supremo Espanhol enfrentou demanda relativa à aplicação do *derecho al olvido virtual* (expressão usada no julgado). Na ocasião, julgou recurso interposto pela *Google Spain* contra sentença da *Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiência Nacional* que não dava provimento a recurso da referida empresa contra resolução da Agência Espanhola de Proteção de Dados, a qual aceitava reclamação formulada por um cidadão chamado Dario em

face da *Google Spain* em matéria de tutela de direitos. No julgamento do referido recurso o Tribunal entendeu que o serviço oferecido pelo motor de busca é regulado pelas leis relativas à proteção de dados pessoais, sendo que a legislação da União Europeia pode ser aplicada à empresa Google Inc. quando o gestor do motor de busca cria em Estado Membro uma sucursal ou uma filial destinada a promover a venda de espaços publicitários propostos pelo referido motor de busca, e cuja atividade se dirige aos habitantes deste Estado membro (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016b)<sup>81</sup>.

Assim, na situação referida foi reconhecida a pretensão da empresa *Google Spain* de não ser responsabilizada pelo tratamento de dados, já que a empresa Google Inc., que gerencia o motor de busca *Google Search*, é a responsável pelo tratamento de dados, ao determinar os fins, as condições e os meios do tratamento de dados pessoais. Neste sentido, foi declarada nula a Resolução de 1, de março de 2012, do Diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados, por ser contrária ao ordenamento jurídico, especialmente porque a responsabilidade do tratamento de dados seria da Google Inc. e não da *Google Spain*, mesmo que aquela referida empresa possua domicílio em outro país (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016b, p. 22).

No mesmo sentido a decisão proferida nos autos da Apelação n°. 1859/2015, de 21 de julho de 2016, Apelação n°. 2276/2015, Apelação n°. 2867/2015, Apelação n°. 3275/2015, Apelação n°. 2866/2015, Apelação n°. 3279/2015, Apelação n°. 1867/2015, Apelação n°. 2355/2015, Apelação n°. 1667/2015, todas da mesma data, dentre diversas outras no mesmo teor, por meio das quais o referido Tribunal passou a entender que o responsável pelo tratamento de dados não é a empresa *Google Spain*, mas sim a Google Inc., que é quem gerencia o motor de busca, não existindo responsabilidade solidária sendo, portanto, nula resolução emitida pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016c).

É possível verificar, portanto, uma modificação na jurisprudência do Tribunal Supremo já que, inicialmente, entendia ser possível responsabilizar diretamente a empresa *Google Spain* pelo tratamento de dados realizado. Entretanto, nos últimos meses as decisões têm sido no sentido de que não é a *Google Spain*, mas sim a Google Inc., que gerencia o motor de busca, e quem deve ser acionada nas demandas relativas à proteção de dados

---

<sup>81</sup> Importante referir que o tema já havia sido enfrentado pelo Tribunal Supremo em 11 de março – recursos 643/2015 e 1482/2015 -, 14 de março – recursos 1078/2015 e 1380/2015 -, e 15 de março de 2016 – recurso 804/2015 -, recursos com conteúdo semelhante, sendo utilizado o mesmo critério para solução da lide, ocorrendo as mesmas circunstâncias de fato e de direito (TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL, 2016b, p. 3).

personais. Tal entendimento prende-se ao fato de que, havendo tratamento de dados pessoais, este é feito pela Google Inc., e não pela *Google Spain*.

Apresentados os principais julgados encontrados nos Tribunais Superiores do Brasil e no Tribunal Supremo Espanhol cumpre avaliar quais os critérios foram utilizados para a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade nas situações apresentadas, especialmente no que tange ao direito ao esquecimento virtual, buscando estabelecer uma política da justa memória.

### 2.3 POLÍTICA DA JUSTA MEMÓRIA<sup>82</sup>: PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS PARA AVALIAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO VIRTUAL

Conforme amplamente exposto ao longo da pesquisa, a Internet se mostra uma ferramenta de informação e comunicação com enorme capacidade de armazenamento e disseminação de dados, possibilitando que estes estejam acessíveis a milhões de usuários, durante um tempo infinito. Assim, o risco de provocar danos ao exercício e gozo dos direitos fundamentais - especialmente à privacidade e à proteção de dados - que representa o conteúdo das comunicações na Internet é enorme, e se vê aumentado pela atuação dos motores de busca. Logo, o tradicional conceito de privacidade precisa ser reavaliado, a fim de possibilitar que se enfrente de maneira adequada aos desafios da Sociedade da Informação.

É fato que

A rede nos trouxe novos usos para normas antigas, possibilidades de aplicação de muita legislação sem a necessidade de reformar nada dos velhos documentos em que se baseia nossa sociedade. Não deixa de ser, o mundo novo, uma evolução do clássico, pelo que, naturalmente, podem ser aplicadas muitas soluções que já foram amplamente utilizadas e aprovadas no mundo não-digital ao longo de centenas de anos (TOURINO, 2014, p. 10, tradução nossa).<sup>83</sup>

É por tal motivo que se defende, nesta pesquisa, a tese de que o tradicional conceito de privacidade sofreu uma reconfiguração ao longo dos anos, abrangendo também um aspecto positivo, qual seja, a possibilidade de que o agente não só tenha acesso a todos os dados e

<sup>82</sup> Aqui, faz-se referência a Paul Ricoeur, que afirma que “a ideia de uma política da justa memória” é um dos seus temas cívicos confessos (RICOEUR, 2007).

<sup>83</sup> No original: “La Red nos há traído usos nuevos para normas viejas, posibilidades de aplicar mucha legislación sin necesidad de reformar nada de los viejos documentos en los que se basa nuestra sociedad. No deja de ser el mundo nuevo una evolución del clásico, po lo que, es lógico, se pueden aplicar a él muchos razonamientos y soluciones que ya habían sido sobradamente probados en el mundo no digital a lo largo de centenas de años.”

informações pessoais a respeito de sua pessoa, mas também possa buscar tutela jurídica a fim de suprimi-los quando estes forem considerados desatualizados, excessivos, ou não possuam mais interesse público relevante. Para tanto, faz-se necessário o estabelecimento de critérios que possibilitem verificar, efetivamente, se a determinada informação é irrelevante ou está desatualizada.

Objetiva-se, portanto, apresentar parâmetros para a tomada de decisão quando é invocada a aplicação do direito ao esquecimento em âmbito virtual, já que o número de demandas nas quais se invoca o referido direito têm crescido sobremaneira, sem que haja uniformidade de critérios com relação às decisões tomadas. Fala-se, portanto, em um esquecimento esclarecido, que permita suprimir dados e informações em excesso mediante critérios precisos, dificultando que o direito ao esquecimento seja utilizado de maneira a prejudicar o direito da coletividade a ser informada.

A busca por soluções jurídicas para situações concretas do dia a dia se torna relevante, sob pena de que o Direito deixe de cumprir sua função precípua, qual seja, a busca pela diminuição de conflitos sociais e pela promoção do bem comum.

Esta falta de soluções reais para os problemas atuais que em âmbito de Internet e de novas tecnologias sugere que o Direito está perdendo a batalha frente à tecnologia. Se o ordenamento jurídico e os órgãos jurisdicionais não oferecem soluções práticas e reais para os problemas que enfrenta o usuário conectado, tal como sucede em muitas ocasiões na realidade, o Direito fracassou em sua função social e o cidadão se verá frustrado no conhecimento dos limites exatos de sua atividade (TOURIÑO, 2014, p. 16, tradução nossa).<sup>84</sup>

O estabelecimento de critérios, a fim de decidir se determinada informação permanecerá na rede ou poderá ser suprimida, traz em seu cerne o desejo do estabelecimento de uma política da justa memória. Sobre o tema, destaca-se a reflexão de Paul Ricoeur, para quem “o exercício da memória é o seu uso; ora, o uso comporta a possibilidade de abuso. Entre uso e abuso insinua-se o espectro da ‘mimética’ incorreta.” (RICOEUR, 2000, p. 72). Na sequência, reflete o autor:

A própria ideia de nada esquecer não vai ao encontro da loucura do homem da memória integral, o célebre *Funes el memorioso* (“Funes que nada esquece”) das

---

<sup>84</sup> No original: “Esta falta de soluciones reales a los problemas actuales que en el ámbito de Internet y las nuevas tecnologías se plantean hace pensar que el Derecho va perdiendo por el momento la batalla frente a la tecnología. Si el ordenamiento jurídico y los órganos jurisdiccionales no ofrecen soluciones prácticas y reales a los problemas a los que se enfrenta el usuario conectado, tal y como sucede en muchas ocasiones en la realidad, el Derecho habrá fracasado en su función social e el ciudadano se verá frustrado en el conocimiento de los límites exactos de su actividad”.

*Ficções* de Borges? Paradoxalmente, o delírio de exaustividade se revela contrário ao próprio projeto de fazer história (RICOEUR, 2000, p. 411).

O abuso de memória acaba por ameaçar o indivíduo, como já demonstrou Borges, com seu personagem Irineu Funes, assim como o excesso de esquecimento ameaça a coletividade. Tais excessos e abusos podem representar uma manipulação concertada da memória e do esquecimento por detentores do poder. Assim, contra o esquecimento controlador, busca-se o esquecimento que preserve (RICOEUR, 2000, p. 449). É pelos motivos expostos até o presente momento que se procurou, nos Tribunais Superiores do Brasil e no Tribunal Supremo Espanhol, decisões que fizessem referência à aplicação ou inaplicabilidade do direito ao esquecimento, verificando quais critérios estão sendo adotados para decidir as situações levadas aos referidos Tribunais.

Antes, porém de apresentar os critérios encontrados nos julgados, cumpre trazer ao trabalho algumas soluções doutrinárias em relação ao embate entre liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Luis Roberto Barroso (2007) vai enfrentar a questão, buscando estabelecer critérios de ponderação entre os referidos direitos, avaliando a legitimidade da exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais sejam citados os nomes ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado, ou que sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado, a exemplo dos casos julgados em 2013 pelo STJ (Chacina da Candelária - REsp. 1.334.097/RJ e Aida Curi, REsp 1.335.153/RJ, ambos julgado em 28.05.2013) (BARROSO, 2007, p. 63).

Primeiramente, o autor refere que, na situação em concreto, ocorre a colisão entre normas de status constitucional, que veiculam direitos fundamentais, sendo que a solução para tal situação não pode ocorrer de forma abstrata, mas sim diante do caso concreto, por meio da técnica de ponderação<sup>85</sup>, a qual exige parâmetros legais, jurisprudenciais, ou doutrinários, a fim de que seja avaliado qual princípio terá preponderância na situação em análise.

---

<sup>85</sup> A ponderação é a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para verificação de sua adequação ao caso. Para Barroso (2007) a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam situações diferenciadas. Descreve a ponderação como um processo em três etapas, na qual (1º) o intérprete detecta no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos, na sequência (2º) examina os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos e, por fim, na terceira fase (3º) os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso, sendo que os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados e adaptados, nesta terceira etapa, às peculiaridades do caso em concreto, sendo que o processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou

Para Barroso, alguns dos critérios que devem ser observados a fim de determinar a intensidade de proteção da privacidade são (1) o grau de exposição pública da pessoa, (2) se a informação já ingressou no domínio público, (3) se a informação é ofensiva à honra ou à imagem, (4) se a informação divulgada tem relação com o cometimento de crimes (natureza do fato), (5) se os fatos divulgados são verdadeiros, reais, (6) se há interesse público na divulgação (em tese), (7) a licitude do meio empregado na obtenção da informação, (8) o local do fato, entendendo que deve-se dar preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação (BARROSO, 2007, p. 91).

Verifica-se, portanto, que para o autor citado o direito fundamental à liberdade de expressão possui, em tese, um valor maior, já que defende a ideia de que eventual sanção deverá ocorrer posteriormente ao fato, não sendo adequada a censura prévia. Ressalte-se que este é o entendimento da maioria dos julgados encontrados e que enfrentam o tema, no sentido de que o ordenamento jurídico nacional não admite a censura prévia, sendo a mesma ótica defendida na presente pesquisa. Na sequência, serão apresentados alguns critérios trazidos à luz pelo autor espanhol Miguel Azpitarte.

O referido autor apresenta quais os parâmetros utilizados na jurisprudência constitucional espanhola para delimitação do conteúdo relativo às liberdades de informação e de expressão em relação a outros valores concorrentes. Para ele, em primeiro lugar deve ser avaliado o (1) interesse público do direito que se comunica, dando especial ênfase não ao conteúdo da mensagem, mas sim ao sujeito que a emite e o sujeito sobre quem versa, se personalidade pública ou não. Além disso, importa avaliar (2) como foi obtida a informação, ressaltando que estão constitucionalmente amparadas as que foram conseguidas com a diligência própria de um profissional, sendo inevitáveis informações errôneas em um debate livre. Com relação aos discursos proibidos, ressalta que (1) a comunicação política proíbe discurso que legitime a violência como instrumento político, (2) a proibição do discurso de ódio e, (3) a proibição do discurso antissemita. Ressalta, por fim, a regra da proibição da censura prévia por parte do Tribunal Constitucional Espanhol, o que se verifica também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina brasileira (AZPITARTE, 2007, p. 253-270).

Também Pablo Rodrigues Martinez se debruça sobre o tema do conflito entre liberdade de informação e o direito ao esquecimento. Para o referido autor os critérios

---

razoabilidade (BARROSO, 2007, p. 71-73). É na terceira fase da ponderação, qual seja, referente sopesamento entre os diferentes grupos de normas frente à análise do caso em concreto que o presente trabalho poderá apresentar relevância.

utilizados atualmente, quais sejam, (1) pessoa pública, (2) local público, (3) ocorrência de crime e (4) evento histórico, são insuficientes para que seja tomada uma decisão constitucionalmente adequada, especialmente devido ao fato de que os critérios atuais “conferem maior força e aplicabilidade à liberdade de informação, sem fazer uma análise mais profunda dos direitos em jogo, ignorando por completo a proteção da dignidade da pessoa humana” (MARTINEZ, 2014, p. 161).

Assim, o autor apresenta novos critérios para a ponderação entre os direitos fundamentais referidos, sendo esses o (1) domínio público, a (2) preservação do contexto original da informação pretérita, a (3) preservação dos direitos da personalidade na rememoração, a (4) utilidade da informação, a atualidade da informação, especificando, por fim, como estabelecer critérios para a utilização de informações, dividindo a avaliação entre (a) fatos criminosos e (b) fatos não criminosos (MARTINEZ, 2014).

Apresentadas as noções teóricas atinentes ao tema em questão, cumpre avaliar quais os pontos em comum tanto em relação à doutrina quanto com relação à jurisprudência dos Tribunais Superiores dos dois países, quando se está diante do conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, sendo alegado o direito ao esquecimento.

### **2.3.1 Convergências e divergências em relação ao direito ao esquecimento virtual no Brasil e na Espanha**

Na maior parte das vezes em que o tema direito ao esquecimento virtual é referido, tanto em âmbito de Brasil como na Espanha, são utilizados dois parâmetros principais para avaliação do que deve ou não deve permanecer em ambiente virtual, após superadas as questões preliminares: (1) interesse público; (2) grau de exposição pública da pessoa que requer o esquecimento. Entretanto, não são estas as únicas balizas utilizadas pelos julgadores, conforme foi possível conferir por meio da análise dos julgados apresentados.

No Brasil, em relação à (im)possibilidade de ocultamento ou supressão de dados e informações dos mecanismos de busca ou de sites da Internet os Tribunais Superiores utilizam os seguintes argumentos: (1) impossibilidade do cumprimento da obrigação em decorrência do estado da técnica atual; (2) a inconstitucionalidade do pleito em razão da imposição de censura prévia de conteúdo; (3) a relevância do serviço prestado pela Google, do qual dependeria o cotidiano de milhares de pessoas; (4) veracidade da informação; (5) repercussão social/interesse público da/na da informação; (6) em se tratando do cometimento

de delitos, se a pena já foi cumprida em sua totalidade, ou se o réu foi absolvido, anistiado, etc.

Já dos julgamentos encontrados no buscador do Tribunal Supremo Espanhol podem ser retirados os seguintes critérios de ponderação entre o direito fundamental à liberdade de expressão e a tutela dos direitos da personalidade: (1) a veracidade das informações; (2) se as informações têm relação com a divulgação de antecedentes criminais relativos à condenação já cumprida; (3) o interesse público na divulgação dos dados e das informações; (4) se os dados são referentes a pessoa pública; (4) legitimidade passiva dos motores de busca; (5) o lapso temporal entre a ocorrência do fato e a divulgação posterior; (6) e a necessidade/utilidade dos dados.

Sendo assim, com relação aos julgados encontrados nos últimos anos, em âmbito de Tribunais Superiores de Brasil e TSE, é possível sintetizar os critérios de julgamento conforme quadro abaixo:

	<b>Órgão Judicial</b>	<b>Julgamento</b>	<b>Data</b>	<b>Tema</b>	<b>Crítérios considerados para tomada de decisão</b>
<b>BRASIL</b>	<b>STF</b>	Google X Ana Carolina Nogueira Colli (Agr. Reg. Em Rec. Extr. com Agravo N°. 759.995-RJ)	24.09.2013	Exclusão de fotos de sítio de busca na Internet	(1) Impossibilidade técnica (alegação da empresa google); (2) Violação constitucional indireta. Decisão sem exame de mérito.
		Xuxa X Google (Reclamação n°. 15.955-RJ)	24.09.2014	Restrição por resultados no provedor de pesquisa	(1) Ausência de pressuposto para a reclamação. Sem análise de mérito. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF.
		Nelson Curi e Outros X Globo Comunicações e Participações S/A (Recurso Extraordinário com Agravo n°. 833.248)	Pendente de julgamento	Direito ao esquecimento	Pendente de julgamento. Com parecer do Procurador Geral da República opinando pelo não provimento do recurso.
		Duble Editorial Ltda – EPP X Juiz da 4º Vara Cível do Foro Regional XI – Pinheiros da Comarca de São Paulo (Medida Cautelar na Reclamação n°.	29.11.2016	Exclusão de matéria jornalística verdadeira de sítio na Internet	(1) Liberdade de imprensa;

	25.768 – SP)			
STJ	Xuxa X Google (Recurso Especial n°. 1.316.921-RJ)	29.06.2012	Supressão de informações do Google	(1) Responsabilidade da Google; (2) Impossibilidade técnica; (3) Sujeição dos serviços de Internet ao CDC; (4) Direito coletivo à informação; (5) Primazia da liberdade de informação no caso concreto; (6) inconstitucionalidade do pedido em razão da imposição de censura prévia ao conteúdo; (7) relevância do serviço prestado pela Google.
	Globo Comunicações e Participações S/A x Jurandir Gomes França (Recurso Especial n°. 1.334.097-RJ)	10.09.2013	Direito ao esquecimento	(1) valor especial da liberdade de imprensa em estados democráticos; (2) Absolvição em processo criminal; (3) Fatos genuinamente históricos; (4) Valor histórico da informação a respeito de crimes; (5) Veracidade da informação.
	Nelson Curi e Outros X Globo Comunicações (Recurso Especial n°. 1.335.153-RJ)	10.09.2013	Direito ao esquecimento	(1) Interesse Público; (2) Informação verdadeira; (3) Absolvição ou cumprimento da pena de réu em processo criminal; (4) Fato histórico; (5) Lapso temporal entre o crime e a lembrança.
	Google X S.M.S (AgInt no Recurso Especial n°. 1.593.873-SP)	17.11.2013	Direito ao esquecimento	(1) ilegitimidade passiva dos provedores de busca como o Google;

					(2) Limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa; (3) Inexistência de previsão legal para aplicação do direito ao esquecimento na Internet.
		K.R.C X Google (Recurso Especial n.º. 1.407.271)	29.11.2013	Restrição por resultados no provedor de pesquisa	(1) Responsabilidade dos provedores de pesquisa; (2) Cumprimento de obrigação assumida pela Google; (3) Valor arbitrado a título de perdas e danos; (4) Possibilidade técnica da retirada do conteúdo.
		Google Brasil Internet X Marcio Alvin de Almeida (Recurso Especial n.º. 1.582.981-RJ)	19.05.2016	Exclusão de matéria exibida no Google	(1) legitimidade passiva do provedor de busca; (2) incidência do CDC nos serviços prestados pela Google; (3) obrigação de correção da informação inverídicas disponibilizadas no provedor de busca.
		Eduardo Silveira Machado X Ministério Público Federal e Estado de São Paulo (Recurso em Mandado de Segurança n.º. 49.920-SP)	10.08.2016	Direito ao esquecimento	(1) Interesse público; (2) Divulgação de dados verdadeiros relativos a réu maior de idade.
ESPANHA	TSE	Manuel X Agência Estatal de Administração Tributária (Apelação n.º. 2339/2014)	22.06.2015	<i>Derecho al olvido</i>	(1) Utilidade da informação.
		Jornal El País X “A” e “B” (Apelação n.º. 2773/13)	15.10.2015	<i>Derecho al olvido digital</i>	(1) Veracidade da notícia; (2) Prescrição da ação; (3) Legitimidade

					passiva dos mecanismos de busca; (4) Fator tempo; (5) Interesse público; (6) Pessoa pública; (7) Interesse histórico.
		<i>Google Spain X D. Alfonso</i> (Apelação n°. 3269/2014)	05.04.2016	<i>Derecho al olvido digital</i>	(1) Legitimidade passiva da <i>Google Spain</i> ; (2) Interesse público; (3) Veracidade da informação; (4) Prazo razoável de manutenção da informação.
		<i>Google Spain X Dario</i>	21.07.2016	<i>Derecho al olvido digital</i>	(1) Legitimidade passiva da empresa Google;

**Tabela 1** – Comparativo de decisões de Tribunais Superiores de Brasil e Espanha quanto ao direito ao esquecimento

**Fonte:** Elaborado pelo autor

Um aspecto de relevância a ser destacado, argumento encontrado em alguns julgados recentes, é o fato de que inexistente, no Brasil, uma lei geral de proteção de dados, ao contrário da Europa que, em 1995 procurou regular o tema, por meio da Diretiva 95/46. Em âmbito nacional, conforme visto, o Projeto de Lei n°. 5276/2016 regula o tema do tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural, e se encontra em estágio avançado de discussões, tramitando em regime de urgência.

Entretanto, como não houve aprovação do referido Projeto de Lei até o presente momento, as demandas que ingressam diariamente no Poder Judiciário podem ser julgadas, como efetivamente ocorre, em desfavor do cidadão atingido pela violação da proteção de dados, sob o argumento da inexistência de previsão legal da pretensão de aplicação do direito ao esquecimento. Neste contexto, levando em consideração o fato de que, nessa pesquisa, sustenta-se que a tutela constitucional da privacidade comporta o direito ao esquecimento, cumpre trazer alguns parâmetros que possam ser utilizados para a tomada de decisão frente a demandas nas quais tal direito é invocado.

### 2.3.2 Parâmetros para solução de demandas envolvendo o direito ao esquecimento virtual

Ao longo da pesquisa ficou evidenciada a necessidade de atualização do tradicional conceito de privacidade, a fim de abarcar as situações em que a violação a proteção de dados e informações pessoais ocorre em âmbito virtual, já que “se vive em um tempo no qual a simultaneidade proporcionada pela Internet oportuniza a vivência de uma experiência revolucionária na comunicação, no relacionamento social e no consumo” (FORTES, 2016, p. 11). Isto faz com que a rede mundial de computadores seja transformada em instrumento de violações dos direitos fundamentais, sendo papel do Direito buscar soluções jurídicas concretas para os conflitos ocorridos na rede mundial de computadores.

Em se tratando de aplicação do direito ao esquecimento, este entendido como sendo o direito de que fatos passados não persigam o ser humano por toda a vida, especialmente quando as informações são disponibilizadas em âmbito virtual, faz se necessário utilizar critérios que se traduzam em balizas para a tomada de decisões constitucionalmente adequadas, sob pena de aplicação arbitrária de um direito em detrimento de outro, igualmente fundamental, qual seja, a liberdade de expressão.

Assim, buscou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Supremo Espanhol quais os critérios que estão sendo utilizados para a tomada de decisão nas demandas em que o direito ao esquecimento é invocado. Foi possível verificar a existência de pontos de convergência entre as decisões nacionais e em âmbito europeu. Critérios como o (1) interesse público na manutenção do conteúdo, (2) a veracidade da informação, se o dado está relacionado à (3) pessoa pública ou não, bem como o (4) lapso temporal da ocorrência do fato e a manutenção da informação na Internet são alguns dos utilizados por ambos os países. Assim, com base na doutrina e na jurisprudência apresentadas, passa-se à apresentação de alguns elementos a serem ponderados quando do conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento fundamentado na privacidade.

### ***2.3.2.1 Interesse público/relevância pública/interesse histórico ou consentimento do titular***

Um dos elementos de maior peso para a tomada de decisão quanto à manutenção de determinado dado ou determinada informação em âmbito virtual têm relação com o interesse público que o conhecimento do referido fato desperta. Isto decorre do fato de que “toda sociedade tem o encargo da transmissão, através das gerações, daquilo que ela considera suas conquistas culturais” (RICOEUR, 2000, p. 75), motivo pelo qual a lembrança dos fatos de relevância pública possui caráter fundamental.

Portanto, vislumbra-se aqui um dos primeiros – e principais - critérios que deve ser utilizado para verificar se, no caso concreto, deve ser permitida a supressão dos dados pessoais: o interesse público. Assim, é legítima a ingerência em âmbito privado da pessoa quando o interesse público justifique, quando houver relevância pública em relação ao conhecimento dos fatos, quando ocorrer interesse histórico na manutenção da informação ou quando a ingerência seja consentida pelo afetado pela violação dos dados.

A legislação espanhola entende que há necessidade de que o consentimento seja expresso e, dada a característica particular de tais direitos, permite que tal consentimento possa ser revogado a qualquer momento, ainda que com indenização dos prejuízos ocasionados ao destinatário dos mesmos devido à revogação antecipada (BASTERRA, 2011, p. 365). É fato que, em se tratando de informações jornalísticas, o interesse público é presumido, não sendo necessária a prévia autorização.

A regra, portanto, em sede de divulgação jornalística, é a de que não há necessidade de se obter autorização prévia dos indivíduos envolvidos em algum fato noticiável (verdadeiro subjetivamente e tendo fonte lícita) e que venham a ter seus nomes e/ou imagens divulgados de alguma forma. Eventuais abusos – *e.g.* negligência na apuração ou malícia na divulgação estarão sujeitos a sanções *a posteriori*, como já assinalado. Mas como regra, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o *interesse público* na livre circulação de notícias e ideias (BARROSO, 2007, p. 98).

Especialmente nos casos de risco à segurança pública é possível visualizar a prevalência do interesse coletivo em face da memória individual. Porém, as informações pessoais devem ser mantidas em arquivo das autoridades públicas, revestidas de indispensável sigilo, não podendo ser divulgadas levianamente (MARTINEZ, 2014, p. 187). Dos julgados trazidos ao trabalho o fato de as informações serem de interesse público ou não foi um dos critérios utilizados para a tomada de decisão nos julgados relacionados à apresentadora Xuxa, Chacina da Candelária, Aida Curi, e no caso de Eduardo Silveira Machado, no Brasil. Já na Espanha, este foi um dos critérios utilizados em praticamente todos os julgamentos, exceto naqueles em que o Tribunal não ultrapassou a questão da legitimidade da empresa *Google Spain* para figurar no polo passivo da demanda.

Na pesquisa, alia-se ao entendimento de Martinez (2014, p. 188), para quem

fatos relevantes que tiveram impacto na sociedade merecem ser rememorados; porém, para que haja exercício legítimo do direito de informar, devem estar atrelados, de forma inseparável, à utilidade real da informação para a coletividade, sob pena de afrontarem diretamente à memória individual, aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana.

O tempo transforma o útil em desnecessário e, a menos que haja evidente interesse público (utilidade) na divulgação de fato pretérito, deve-se resguardar a memória individual, não se concebendo a eternização da informação (MARTINEZ, 2014, p. 192). Assim, sempre que não houver efetivo interesse público na manutenção do dado ou da informação, especialmente em âmbito virtual, o julgador deve avaliar criteriosamente a utilidade de ser mantida a matéria veiculada, sob pena de lesão irreparável à esfera privada do cidadão envolvido.

### ***2.3.2.2 Pessoa Pública***

A esfera privada dos cidadãos comuns possui abrangência maior em relação a dos homens públicos ou personalidades célebres, pois estes voluntariamente se expõem ao público, abdicando de parte deste direito, como preço da fama ou do prestígio que buscam. É claro que tal direito da personalidade sofre apenas limitação, não havendo supressão de seu direito de proteção a uma esfera privada. Igualmente, com relação ao direito à imagem, as pessoas consideradas célebres, em razão do interesse que despertam na sociedade, sofrem certas restrições.

Neste sentido Otávio Luiz Rodrigues Junior (2013d), para quem se torna “necessário diferenciar entre a divulgação na Internet de fatos sobre indivíduos comuns ou célebres, como uma execução fiscal ou a condição de réu em ações civis públicas, em face de grandes delinquentes, cujos casos interessam ao Direito, à Sociologia ou à História.” Outro ponto a ser destacado é que somente se deve admitir intromissão na vida privada, mesmo que de pessoa pública, quando: a) exista um interesse geral superior da sociedade em conhecer os fatos relativos àquela pessoa, e; b) quando haja uma intrínseca relação entre a informação difundida e a atividade que desempenham tais indivíduos. Assim, nos casos relacionados a pessoas famosas, o caráter público, a atuação pública ou privada a elas referidas, somente poderá ser divulgada se relacionada à atividade que lhes confere prestígio ou notoriedade, e sempre que se justifique o interesse geral (BASTERRA, 2011, p. 355-356).

O fato de o dado ou a informação estarem relacionados à pessoa pública não autoriza, por si só, a pressupor que tal informação possui interesse público já que, muitas vezes, neste caso ocorre apenas “interesse do público”. Assim, mesmo em se tratando de personagem público, entende-se que a divulgação de fatos ou informações privadas somente se justifica quando há efetivo interesse público, já que admitir o contrário autorizaria uma

verdadeira devassa na privacidade não só do personagem envolvido, mas também em relação a todo o círculo familiar do mesmo.

Nos julgados pesquisados o fato de os dados estarem relacionados à pessoa pública, ou a pessoas do círculo de pessoa pública, foi relevante para a tomada de decisão no julgamento, pelo Tribunal Supremo Espanhol, da Apelação n.º. 2773/13, entre o Jornal El País X “A” e “B”. Sustenta-se, portanto, que mesmo em se tratando de pessoa pública, caso o dado ou a informação não tenha relevância pública, em regra a privacidade do titular dos dados deve ser preservada.

### ***2.3.2.3 Atualidade dos fatos (distanciamento temporal, ou prazo de validade da informação)***

Um dos critérios mais controversos em relação à aplicação do direito ao esquecimento é o distanciamento temporal entre a ocorrência do fato e a divulgação do mesmo. Tal critério foi utilizado nos julgamentos denominados Chacina da Candelária e Aida Curi, pelo STJ, justificando decisões contrárias, bem como em dois julgamentos encontrados na jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, qual seja, a Apelação n.º 2773/13 e a Apelação n.º 3269/14.

Em se tratando de informação que diga respeito a um crime, e a divulgação dos fatos ocorra em momento relativamente próximo à ocorrência do mesmo, deve prevalecer sempre a liberdade comunicativa, em detrimento da proteção à personalidade. No entanto, se a informação assumir contornos temporais diversos e não for contemporânea, torna-se possível a restrição à liberdade comunicativa a fim de que não ocorram maiores danos aos envolvidos, de modo que prejudique a ressocialização, ou mesmo a superação do trauma por parte de familiares (RODRIGUES JUNIOR, 2013c).

[...] esta delimitação temporal da conservação é particularmente relevante nos casos de informações negativas que não devem “perseguir” o respectivo titular por toda a vida. O poder da tecnologia é hoje tal que mesmo o <limite físico> do equipamento tantas vezes desejado pelos responsáveis dos tratamentos de dados como limite temporal de conservação dos dados não garantiria o direito ao esquecimento do titular dos dados. Só a definição de um tempo de conservação dos dados pode impedir a “apropriação perpétua de amplas facetas da vida pessoal” (CASTRO, 2005, p. 240)

Em se tratando de informações a respeito do cometimento de crimes um critério que pode ser utilizado é a prescrição, ou mesmo o cumprimento integral da pena por parte do acusado, como efetivamente decidiu o Tribunal Supremo Espanhol no julgamento da

Apelação n.º. 3269/2014. Entretanto, caso haja efetivo interesse público envolvido na divulgação das informações, tal interesse deve prevalecer sobre a vontade do particular, especialmente por se tratar do cometimento de crimes.

Além do mais, assim como no julgamento do caso envolvendo acusado de participar da Chacina da Candelária, em regra a análise quanto ao interesse de divulgar a informação não deve adquirir caráter de censura prévia, sendo resolvido com reparação de danos e, se for o caso, com aplicação do direito ao esquecimento posteriormente à divulgação das informações, mesmo na situação em que o réu foi absolvido da acusação, tendo em vista o caráter público da notícia.

#### ***2.3.2.4 Menoridade ou incapacidade***

As situações de lesão a direitos da personalidade de menores de idade é especialmente delicada. Portanto, uma questão que deve ser apreciada com seriedade tem relação com a disponibilização de dados ou informações pessoais de menores em rede. Recentes estudos demonstram que um número crescente de usuários das redes sociais são menores de idade (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 126). Nestes casos, defende-se que haja uma maior preocupação, por parte do Poder Judiciário, na proteção dos direitos da personalidade, em especial devido ao fato de que crianças e adolescentes estão em estágio de formação da personalidade, passíveis de cometerem equívocos maiores, não sendo adequado que tais erros persigam os mesmos por toda a vida.

Verifica-se que o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem dos menores deve ter uma atenção especial por parte do Poder Judiciário. Em épocas anteriores, o universo do menor estava condicionado por espaços reduzidos: sua casa, seu colégio, seu bairro, seu povo, sua cidade. Atualmente, os menores, mediante o uso da rede, tem acesso a uma gama enorme de informações, conhecimentos, experiências (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 123).

Se por um lado a realidade apresentada mostra potencialidades, especialmente com relação à possibilidade de aprimoramento intelectual, aos momentos de lazer, também se traduz em um grande desafio, qual seja, garantir que os direitos da personalidade do menor não sejam violados, impossibilitando um futuro afastado dos equívocos cometidos no passado. A Internet implica, assim, em grande risco de multiplicar os atentados contra direitos, bens e interesses jurídicos. Sua potencialidade em difundir ilimitadamente imagens e informações a faz um veículo especialmente poderoso para perpetrar atentados criminais

contra bens jurídicos básicos: a intimidade, a imagem, a dignidade, a honra e a liberdade sexual das pessoas, em particular, os menores (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 125).

Com relação à tutela jurídica dos dados pessoais dos menores na rede, Antônio Henrique Pérez Luño sustenta a aplicação do princípio da máximo de proteção para os menos avantajados, ou seja, a máxima proteção jurídica para os que têm menos idade. Defende, assim, a aplicação dos seguintes princípios: a) interesse superior do menor; b) proteção e cuidado necessário para o bem estar dos menores; c) direito à intimidade; d) representação; e) adaptação ao grau de maturidade do menor; f) direito de ser consultado (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 129).

A realidade é que os menores contam com meios e conhecimentos tecnológicos mais que suficientes para entrar em redes sociais, aplicativos e demais plataformas de Internet. E mesmo que conheçam melhor do que muitos adultos os meandros da tecnologia, nem sempre estão preparados, por sua falta de maturidade, para enfrentar os desafios que a Internet representa. Seus direitos, e em especial seus direitos à honra, à intimidade e à própria imagem, se veem cada vez mais expostos pela aparição de cada vez mais lugares na Internet de informações e conteúdos que lhe dizem respeito, seja em espaços próprios, em páginas familiares e inclusive vinculadas a atividades escolares (TOURINO, 2014, p. 29, tradução nossa)<sup>86</sup>

O Tribunal Supremo Espanhol, no exercício da ponderação de bens e direitos, tem acolhido a tese do interesse superior do menor, ao estimar a prevalência do direito à intimidade quando esteja em conflito com o direito à liberdade de expressão. Entretanto, o Tribunal Constitucional entende que não se trata de um direito absoluto e incondicionado, acenando com o direito com a audiência do menor no procedimento (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 131).

Portanto, em sua condição de ser humano em situação de especial vulnerabilidade, o menor tem direito à privacidade ampliada. O Art. 16 da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos do menor dispõe que nenhum menor será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família seu domicílio ou sua correspondência, nem ataques ilegais à sua honra ou sua reputação. Este direito deve ser respeitado por todos, inclusive pelos representantes do menor (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 132).

---

<sup>86</sup> No original “La realidad es que los menores cuentan con medios y conocimientos tecnológicos más que suficientes para acceder a redes sociales, aplicaciones y demás plataformas de Internet. Y se bien conocen mejor que muchos adultos los entresijos de la tecnología, no siempre están preparados, por su falta de madurez, para afrontar los retos que Internet les plantea. Sus derechos, y en especial sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, se ven cada vez más expuestos por la aparición en cada vez más lugares en Internet de información y contenidos que les afectan, bien sea en espacios propios, en páginas familiares e incluso vinculadas a actividades escolares.”

A tutela jurídica dos dados pessoais do menor na Internet deve estabelecer-se a partir de um exercício constante de ponderação de bens (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 140). A solução deve passar pela ponderação, no caso concreto, dos interesses em conflito e do potencial verdadeiramente lesivo do que é postado e está acessível nos *sites* de busca, levando em conta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da solidariedade social (art. 3º, I, CRFB) (MARTINS, 2014, p. 22), sempre considerando a situação especial de vulnerabilidade do menor.

### ***2.3.2.5 Dados médicos/dados sensíveis***

Da perspectiva da tutela do direito à intimidade, é possível falar na existência de um direito de controle, por parte de cada cidadão, de seu histórico clínico, que é um dos chamados dados sensíveis. Isto porque o avanço tecnológico ocorrido nos últimos anos possibilitou que uma gama enorme de informações acerca da saúde dos indivíduos ficasse armazenada em bancos de dados, sendo que tais informações podem ser processadas e armazenadas, transmitidas de forma remota, acessadas por pessoas que não sejam da área de saúde e as utilizem para fins diversos, motivo pelo qual ocorre o perigo de violação do caráter íntimo desses dados (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 94).

No entanto, há que se ressaltar que, mesmo os dados médicos individuais podem adquirir um aspecto público, tornando-se relevantes para que os Estados promovam o direito à saúde de todos os cidadãos, especialmente quando se trata de enfermidades epidemiológicas ou contagiosas, a fim de que sejam prevenidas e erradicadas exigindo, portanto, o sacrifício do direito à intimidade de tais dados em função da garantia do direito à saúde da coletividade (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 101). Torna-se necessário, portanto, definir o que se entende por dados médicos sensíveis para possibilitar o controle de tais dados por parte das pessoas.

A normatização ainda vigente na Europa, qual seja, a Diretiva 95/46/CE, consagra a proibição geral do tratamento de dados que possuem uma especial sensibilidade, sendo, portanto, considerados dados sensíveis. Entende-se por dados sensíveis, no ordenamento jurídico da União Europeia, aqueles relativos à origem racial ou étnica, a opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, bem como dados privados relativos à saúde ou à vida sexual (CASTRO, 2005, p. 88).

Assim, caso estes dados sejam indevidamente disponibilizados em ambiente virtual, seria uma das hipóteses de aplicação do direito ao esquecimento, pois não deve ser permitido que dados que violem a intimidade das pessoas estejam disponíveis na rede. A fim de

diminuir o risco de disseminação de dados sensíveis na Internet existe a possibilidade de encriptação dos mesmos quando da circulação destes em rede aberta, possibilitando a circulação destes de forma que não sejam colocados em risco direitos, liberdades e garantias dos respetivos titulares (CASTRO, 2005, p. 227).

Em âmbito brasileiro, o Projeto de Lei nº. 5276/2016 conceitua dados sensíveis como sendo *dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de carácter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos* (Art. 5º, III). Assim, considerando que os dados referentes à saúde são alguns dos dados sensíveis, caso estes sejam disponibilizados indevidamente em ambiente virtual pode, o titular dos dados, solicitar judicialmente a retirada dos mesmos.

Conforme se vê, a legislação e a jurisprudência dos Estados de Direito marcados pelo desenvolvimento tecnológico deve estabelecer uma ponderação de bens, de modo que os avanços médicos não importem em agressão ao direito à intimidade, mas se consagrem como absoluto direito ao controle dos dados pessoais relacionados à saúde. No ordenamento jurídico espanhol existe uma série de normas dirigidas a garantir o direito à intimidade dos cidadãos com respeito a seus dados sanitários<sup>87</sup> (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 101).

Consideram-se dados de saúde não apenas aqueles que resultem do diagnóstico médico feito, mas todos aqueles que permitam apura-lo, incluindo resultados de análises clínicas, imagens de exames radiológicos, imagens vídeo ou fotográficas que sirvam para o mesmo fim (CASTRO, 2005, p. 91).

Não se deve olvidar que, havendo conflito entre dois direitos constitucionalmente assegurados, o sacrifício de um deles deve ser o menor possível, razão pela qual a disponibilização de dados sanitários, mesmo que se enquadre na hipótese de interesse público, deve se limitar ao mínimo necessário, a fim de não expor a pessoa afetada pela divulgação das informações, ou mesmo seus familiares. Portanto, o fato de se tratar de um dado considerado sensível, em especial em se tratando de dado médico, deve ser um dos fatores a ser avaliado por ocasião da ponderação de direitos quando da tomada de decisão em demandas envolvendo o direito ao esquecimento virtual.

---

<sup>87</sup> Para o presente trabalho, não importa analisar exaustivamente a legislação espanhola, mas sim demonstrar a existência de regulação em relação à proteção individual frente à divulgação dos dados médicos naquele País. Para aprofundar o tema, interessante a obra de Pérez Luño (2012, p. 97-102).

### **2.3.2.6 Veracidade da informação**

Para o pleno exercício da liberdade de expressão é relevante que não sejam utilizadas expressões injuriosas e que não seja permitida a divulgação de fatos e informações falsas, sob o pretexto de se estar abrigado no direito a se expressar livremente. Ao contrário, quando se está diante do exercício do direito à informação, se faz necessário que a notícia seja verdadeira, como está expresso no Art. 20 da Constituição Espanhola.

Para Luis Roberto Barroso, “a divulgação de informações verdadeiras e obtidas licitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la” (BARROSO, 2007, p. 96). É fato que, muitas vezes, não é possível avaliar a veracidade total da informação, sendo suficiente um esforço razoável por parte dos órgãos de imprensa a fim de apurar que os indícios que se apresentam correspondem à realidade dos fatos.

Ainda, o fato de a informação ser considerada verdadeira não autoriza, por si só, que esta seja utilizada ilimitadamente do tempo. Além de ser verdadeira, faz-se necessário que esta tenha algum fim informativo, interesse público relevante, sob pena de ser utilizada apenas para difamar determinada pessoa.

### **2.3.2.7 Fatos criminosos ou não criminosos**

Em relação a notícias que façam referência ao cometimento de crimes, a tomada de decisão em demandas que recorram ao direito ao esquecimento deve ocorrer de forma especialmente cuidadosa por parte do julgador. Em regra,

os institutos da reabilitação e a vedação à manutenção dos antecedentes criminais de um indivíduo condicionam a atuação por parte dos órgãos oficiais (Poder Judiciário e Poder Executivo), porém não impedem a recordação, por parte da imprensa ou de particulares, desses mesmos fatos passados, garantidos por um suposto direito à informação e expressão. No entanto, não se pode admitir que as informações pretéritas permaneçam disponíveis, a qualquer tempo e de forma ilimitada, sem a observância de parâmetros mínimos de proteção à memória individual (MARTINEZ, 2014, p. 189)

Nos julgamentos encontrados em âmbito de STF, STJ e TSE, alguns faziam referência a situações em que criminosos, após o transcurso de determinado período de tempo – especialmente após a absolvição ou reabilitação - , solicitavam a proteção conferida pelo direito ao esquecimento em relação a divulgação dos crimes cometidos ou de que foram

suspeitos no passado. No Brasil, o STJ entendeu ser possível a aplicação do direito ao esquecimento em relação a cidadão absolvido no caso da Chacina da Candelária, sendo mantida a informação em ambiente virtual referente a outro cidadão, acusado de ter disponibilizado em rede imagens pornográficas de menores de idade, mesmo a ação tramitando em segredo de justiça.

Em âmbito de Tribunal Supremo Espanhol, as duas decisões encontradas (Jornal El País X “A” e “B” (Apelação n.º. 2773/13) e *Google Spain X D. Alfonso* (Apelação n.º. 3269/2014)) foram no sentido de que, após transcorrido determinado lapso temporal (cumprimento da pena, no primeiro caso, indulto, no segundo caso) os cidadãos que cometeram crimes têm direito a que seus dados não estejam expostos na rede mundial de computadores. Assim, se para aqueles que cometeram um delito as decisões são no sentido de que é possível falar em direito ao esquecimento, com mais propriedade tal direito pode ser invocado em âmbito civil, no caso de fotografias ou outras publicações desatualizadas que, de alguma forma, restem por configurar lesão aos direitos da personalidade do atingido, exceto no caso em que a manutenção da informação seja de evidente interesse público, especialmente quando o ofendido assume alguma função pública.

Portanto, nesta pesquisa se buscou apresentar, em um primeiro momento, os antecedentes históricos do direito ao esquecimento, sendo defendida a tese de que o esquecimento é uma necessidade e um direito fundamental do indivíduo, decorrente da tutela da dignidade da pessoa humana e do respeito à privacidade. Para que seja aplicado o direito ao esquecimento virtual faz-se necessário superar determinados critérios, apresentados anteriormente, dentre os quais figura em lugar de destaque o interesse público que os dados e as informações possam ter, a personalidade pública do atingido, bem como a veracidade da informação.

## CONCLUSÃO

É fato que as demandas que versam sobre lesão aos direitos da personalidade, especialmente aquelas relacionadas à disponibilização de dados e informações pessoais na Internet, têm sido cada vez mais comuns, tornando o tema relevante juridicamente. Em diversos momentos o Poder Judiciário necessita enfrentar ações nas quais a colisão entre direitos da personalidade e liberdades constitucionais é o ponto central. Inobstante isso, ainda são tímidas as iniciativas doutrinárias com relação ao enfrentamento do tema na perspectiva comparada, ótica da presente pesquisa.

Como todas as conquistas científicas e tecnológicas, a Internet traz possibilidades e riscos. Trata-se, é fato, de um avanço imprescindível no sentido de tornar o mundo mais interconectado, um sinal de progresso dos tempos. Inicialmente, tratava-se de um espaço totalmente livre, sendo tal fato considerado o grande incentivo para seu desenvolvimento. Logo, a rede mundial de computadores restou por ser colonizada pelos gigantes das telecomunicações. Nesse contexto, os perigos da utilização abusiva de tal área exigem alguma forma de regulação, que possibilite a supressão de dados ou informações, especialmente em se tratando de informações inverídicas, desatualizadas, dados sensíveis, ou que possam ferir direitos fundamentais de menores de idade.

A pretensão do presente estudo foi investigar como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo acerca do que se convencionou chamar de direito ao esquecimento. No contexto da Sociedade da Informação o direito ao esquecimento é, em síntese, o direito de que os fatos passados não persigam o ser humano por toda a sua vida, autorizando a supressão de dados e informações dos mecanismos de busca da Internet, cumpridos determinados critérios. Buscou-se, assim, encontrar pontos de convergência quanto aos critérios de aplicação para o esquecimento virtual.

Outro objetivo foi refletir acerca dos problemas jurídicos advindos da Sociedade da Informação, em especial os decorrentes da utilização maciça da Internet, fenômeno atual, o que demonstra a importância do tema do presente estudo. Nesse ponto necessário destacar que, na presente pesquisa, entende-se que o tradicional conceito de privacidade abrange o direito ao esquecimento virtual.

A proteção da privacidade é um princípio já enraizado na doutrina e na jurisprudência da maioria dos países ocidentais. No entanto, as tecnologias surgidas nos últimos anos fazem com que haja a preocupação com a atualização de determinados conceitos, redefinindo a natureza e o alcance jurídico de tal proteção. As mudanças sociais,

culturais, jurídicas e políticas, decorrentes da ampliação da uso das TICs, tornam necessário um enfoque diferenciado por parte do profissional do direito, a fim de que o Poder Judiciário possa cumprir seu papel de forma efetiva.

Em um primeiro momento, a lei forneceu proteção para a interferência física na vida e na propriedade privada. Em seguida, reconhecendo a natureza espiritual e criativa do homem, buscou legitimar a proteção de seu intelecto e de seus sentimentos, sendo que ao Direito coube o papel de zelar não só pela propriedade material ou imaterial, mas também privacidade e intimidade, campo no qual os saberes e potencialidades individuais podem se desenvolver completamente.

Atualmente, a proteção dos direitos da personalidade é desafiada pela ampliação do uso de ferramentas que tendem a tornar obscuros os contornos do que é considerado de interesse individual ou de aspecto público. A velocidade na captação de dados, interatividade e interação na participação em rede e acessibilidade a diversos tipos de conteúdo informacional produzem novos espaços de atuação, com diferenciados atores e, conseqüentemente, novas demandas à ciência jurídica.

A proteção de dados pessoais e da privacidade dos indivíduos se torna cada dia mais necessária. Ao mesmo tempo em que a Internet possibilitou uma diminuição de distâncias físicas, removendo obstáculos para a disseminação de informações, também possibilitou com que as informações disponibilizadas fossem manipuladas, de forma a criar um perfil virtual do indivíduo. Torna-se necessário, portanto, buscar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e de informação em âmbito virtual, e a proteção dos dados pessoais, da privacidade e da intimidade em âmbito de Internet, ou seja, entre os diversos direitos fundamentais.

A pretensão do presente estudo foi investigar como os Tribunais Superiores do Brasil e o Tribunal Supremo Espanhol vêm decidindo acerca do que se convencionou chamar de direito ao esquecimento. O objetivo principal foi tentar encontrar pontos de identidade, ou ao menos encontrar uma terminologia comum, entre a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional e na Espanha, a fim de estabelecer critérios que possibilitem julgar, em casos concretos, em favor da liberdade de expressão, ou do respeito ao esquecimento virtual.

Verificou-se que o direito ao esquecimento, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e da tutela da privacidade, poderá ser aplicado em âmbito virtual, como corolário do direito à autodeterminação informativa e do respeito à privacidade, obedecidos determinados requisitos, conforme exposto no presente trabalho. A proliferação de discursos de ódio na Internet tem demonstrado que o exercício de liberdades não deve ser exercido

ilimitadamente. Em contrapartida, tal princípio é um dos pilares das sociedades democráticas, motivo pelo qual as causas que possam colocar em risco a liberdade de expressão devem ganhar um olhar atento dos profissionais do Direito.

Com relação aos objetivos propostos, verificou-se que todos foram atingidos, já que ficou demonstrado que, efetivamente, os Tribunais de Brasil e Espanha têm decisões nas quais utilizam o chamado direito ao esquecimento virtual, sendo apresentados alguns dos principais critérios utilizados na tomada de decisão por parte dos diferentes órgãos pesquisados. A controvérsia reside na inexistência de uma lei de proteção de dados em âmbito de Brasil o que, na ótica dos Tribunais Superiores Brasileiros, é fundamental para a tomada de decisão em situações nos casos em que o direito ao esquecimento virtual é invocado.

Torna-se necessário o estabelecimento de marcos legais que possibilitem o efetivação da tutela dos direitos fundamentais, especialmente aqueles derivados da dignidade da pessoa humana, a fim de proteger o cidadão contra os ataques que a informática pode causar em sua esfera íntima. Foi possível verificar que a Espanha possui legislação bastante avançada no que tange à proteção de dados, sendo que, no Brasil, não existe norma que proteja o indivíduo especificamente quando à violação de seus dados em rede.

O fato de não existir uma lei de proteção de dados em âmbito nacional dificulta, muitas vezes, que seja concedida a tutela necessária ao exercício dos direitos fundamentais por parte dos cidadãos, conforme ressaltado em alguns votos do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, alguns representantes do Poder Judiciário têm buscado nos princípios constitucionais e legais o lastro para aplicação de direitos como o direito ao esquecimento virtual. Acredita-se que com o a aprovação do Projeto de Lei que trata da proteção de dados no Brasil tal problemática seja superada.

Ressalta-se que a presente pesquisa não tem como objetivo ser um fim em si mesma, já que, tendo em vista as profundas transformações sociais que ocorrem com uma velocidade cada vez maior, torna-se necessária uma revisão permanente de qualquer trabalho, em especial daqueles cujo objetivo é analisar os reflexos das Tecnologias da Informação e da Comunicação no espectro jurídico e social. Assim, cumpre suspender a presente pesquisa com a observação de que, “como qualquer dialética, a da memória e do esquecimento (ou da memória e do perdão) nunca está encerrada” (OST, 1999, p. 63).

## REFERÊNCIAS

- A PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=A\\_Persist%C3%A2ncia\\_da\\_Mem%C3%B3ria&oldid=45220123](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=A_Persist%C3%A2ncia_da_Mem%C3%B3ria&oldid=45220123)>. Acesso em: 13 mai. 2016.
- ALMEIDA, Rafael Luft de. A liberdade de expressão e o discurso de ódio na era da *Internet*. **Revista de Direito das Novas Tecnologias**, São Paulo, nº 8, p. 7-32, jul. 2011/jun. 2012.
- AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudência constitucional. El caso espanhol. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- DE BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Parecer nº. 156.104/2016 PGR-RJMB**. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/07/pareceresquecimento.pdf>> Acesso em: 11 Out 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade**. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- BASTERRA, Marcela I. **El derecho a la intimidad y a la libertad de informar em Espanha. El caso argentino y el porqué del análisis del sistema espanhol**. UCES Revista Jurídica. 2011. Disponível em: <[http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1413/Derecho\\_intimidad\\_Basterra.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1413/Derecho_intimidad_Basterra.pdf?sequence=1)> Acesso em: 22 mar 16.
- BÉLGICA. **Diário Oficial da União Europeia**. Regulamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeu y del Consejo de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>> Acesso em: 19 de out. 2016.
- BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 06 mar 2016.
- \_\_\_\_\_. **El país**. Já se pode solicitar ao Google “o direito ao esquecimento”. 2014a. Disponível em: <

[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/30/tecnologia/1401435080\\_160337.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/30/tecnologia/1401435080_160337.html)>. Acesso em: 08 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [1988]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 11 fev. 2016

\_\_\_\_\_. **Direito ao Esquecimento**. Folha: Aécio perde ação contra sites de busca. 2015. Disponível em: <<http://direitoaoesquecimento.com/2015/05/27/folha-aecio-perde-acao-contra-sites-de-buscas/>> Acesso em: 19 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 11 fev. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. . **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em; 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o Acesso à Informação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)> Acesso em: 22 fev. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 22 fev. 2016

\_\_\_\_\_. **Ministério da Justiça**. Pensando o Direito. Marco Civil. 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/wp-content/uploads/sites/2/2015/04/Espanha-Anexos.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ministério da Justiça**. Pensando o Direito. Dados Pessoais. 2016. Disponível em <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>> Acesso em: 15 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0006475-29.2011.8.26.0020**. 2016. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9496093&cdForo=0&v1Captcha=XNMrd>> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2048857-87.2016.8.26.0000**. 2016b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9454234&cdForo=0>> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0004144-77.2015.8.26.0297**. 2016c. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9388070&cdForo=0>> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0160205-48.2010.8.26.0100**. 2016d. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9361778&cdForo=0>> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1074167-11.2013.8.26.0100**. 2016e. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9229554&cdForo=0>> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1102375-05.2013.8.26.0100**. 2013. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000B6CJ0000&processo.foro=100&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_930b61c4bfa84068878637d791555602](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000B6CJ0000&processo.foro=100&uuiidCaptcha=sajcaptcha_930b61c4bfa84068878637d791555602)> Acesso em: 18 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. 6ª Vara Cível de Aracaju. **Procedimento Sumário nº. 201513600288**. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-nega-direito-esquecimento-ex.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70067982322**. 2016f. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70067982322&num\\_processo=70067982322&codEmenta=6734666&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70067982322&num_processo=70067982322&codEmenta=6734666&temIntTeor=true)> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70063337810**. 2015a. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70063337810&num\\_processo=70063337810&codEmenta=6584072&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70063337810&num_processo=70063337810&codEmenta=6584072&temIntTeor=true)> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70062705405**. 2015c. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70062705405&num\\_processo=70062705405&codEmenta=6220568&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70062705405&num_processo=70062705405&codEmenta=6220568&temIntTeor=true)> Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Valdívia vai à Justiça para que Google exclua da web fotos comprometedoras**. Portal G1. 2015. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/palmeiras/noticia/2015/08/valdivia-vai-justica-para-que-google-exclua-da-web-fotos-comprometedoras.html>> Acesso em: 19 dez. 2016

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com. a. 2, n. 3, 2013. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>> Acesso em: 18 out. 2015.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. (Coord.) **Manual de Derecho Constitucional**. Volume II. Derechos e libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales. Madrid: Tecnos, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2712/15. 2015**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348>> Acesso em: 01 de maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. - 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. v. 01: Sociedade em rede. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. Atualização para 6ª edição: Jussara Simões. Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática: Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2005.

COMISSÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995**. Relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre

circulação desses dados. 1995. Disponível em:  
<[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46\\_part1\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf)> Acesso em: 11 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Factsheet on the “Right to be Forgotten” ruling (C-131/12)**. 2015. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_data\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf)>. Acesso em: 20 fevereiro de 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. – São Paulo: Atlas, 2014.

DOUZINAS, Costas. **O FIM dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESPANHA. **Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)**. La Agência. 2016a. Disponível em:  
<[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion\\_institucional/conoce/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/conoce/index-ides-idphp.php)> Acesso em: 04 Abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)**. Eliminar fotos e videos. 2016b. Disponível em: <  
[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/eliminar\\_fotos\\_videos/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/eliminar_fotos_videos/index-ides-idphp.php)> Acesso em: 16 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)**. Derecho al olvido. 2016c. Disponível em: <  
[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho\\_olvido/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php)> Acesso em: 16 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)**. Derecho al olvido. 2016d. Disponível em: <  
[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho\\_olvido/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php)> Acesso em: 16 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD)**. Resolução n°. R/01239/2015. 2015. Disponível em:  
<[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela\\_derechos/tutela\\_derechos\\_2015/common/pdfs/TD-01997-2014\\_Resolucion-de-fecha-21-05-2015\\_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2015/common/pdfs/TD-01997-2014_Resolucion-de-fecha-21-05-2015_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf)> Acesso em: 16 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ley Orgânica 1/1982**, de 14 de mayo de 1982. Dispõe sobre a proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1982/05/14/pdfs/A12546-12548.pdf>> Acesso em: 22 mar. 16.

ESTADOS UNIDOS. **The New York Times**. The web Means the End of Forghetting. 2010. Disponível em <[http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=1&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=1&_r=0)> Acesso em 01 dez. 2016.

EUROPA. **EUR-Lex**. 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>> Acesso em: 06 dez. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FERRIGOLO, Noemi Siqueira. **Liberdade de expressão: direito na Sociedade da Informação. Mídia, Globalização e Regulação**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

FORTES, Vinícius Borges. **O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulamentação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, 2015.

\_\_\_\_\_. Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na Internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONTES, Jamile Magalhães Barreto. **O direito ao (não) esquecimento como um direito humano**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_1/jamile\\_fontes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/jamile_fontes.pdf)> Acesso em: 20 out. 2016.

FRANCO, Deivison Pinheiro. Deep Web: Mergulhando no submundo da Internet. **Revista Segurança Digital**. 2013. Disponível em: <[http://segurancadigital.info/sdinfo\\_downloads/revista\\_sd/10\\_edicao\\_abril\\_01\\_04\\_2013.pdf](http://segurancadigital.info/sdinfo_downloads/revista_sd/10_edicao_abril_01_04_2013.pdf)> Acesso em: 11 abr. 2016.

INFOCÚRIA. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**. Processo C-131/12. 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=206540>> Acesso em 14 dez. 2015.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados**. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 03 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Publicações.** Enunciado 576. 2015. Disponível em: <  
<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós Industrial à Pós-Moderna:** novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução, Ruy Jungmann – 2. Ed. Ampl. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMBERGER, Têmis. **Direito e Informática:** o desafio de proteger os direitos do cidadão. 2007a. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

\_\_\_\_\_, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática:** a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007b.

LLOSA, Mario Margas. **A civilização do espetáculo:** uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. 1. ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional.** Tradução de José Paulo Netto. – 3. ed. – São Paulo: Cortez, 2002

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. 2007. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MAÑAS, José-Luis Piñar. Transparência y protección de datos. Uma referência a la Ley Española 19/2013 de transparência, acceso a la información y buen gobierno. 2013. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

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

MARTINS, Guilherme Magalhães. Nota do coordenador. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet.** – São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. O direito ao esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet.** – São Paulo: Atlas, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete. The virtue of forgetting in the Digital Age.** Princeton, 2009. Disponível em: <  
[https://books.google.com.br/books/p/princeton?id=ZrqvYOBm\\_sMC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ViewAPI&hl=pt-BR&redir\\_esc=y#v=snippet&q=andrew&f=false](https://books.google.com.br/books/p/princeton?id=ZrqvYOBm_sMC&printsec=frontcover&source=gbs_ViewAPI&hl=pt-BR&redir_esc=y#v=snippet&q=andrew&f=false)> Acesso em: 19 dez. 2016.

MORAES, Ana Carolina Marinho de. **O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história.** Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Disponível em <  
[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121857/Ana%20Carolina%20Marinho%20de%20Moraes\\_%20O%20Direito%20ao%20Esquecimento%20e%20a%20\(Im\)Possibilidade%20de%20Reconstru%C3%A7%C3%A3o%20da%20Hist%C3%B3ria.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121857/Ana%20Carolina%20Marinho%20de%20Moraes_%20O%20Direito%20ao%20Esquecimento%20e%20a%20(Im)Possibilidade%20de%20Reconstru%C3%A7%C3%A3o%20da%20Hist%C3%B3ria.pdf?sequence=1)> Acesso em 18 out. 2014.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia: desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <  
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496580/000952687.pdf?sequence=1>> Acesso em: 17 mai. 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. **Obras Incompletas.** 3ª Ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1983.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. Dos primórdios das internet à blogosfera: implicações das mudanças nos fluxos informacionais na sociedade em rede. In: Jerônimo Siqueira Tybusch, Rosane Leal da Silva, Luiz Ernani Bonesso de Araujo. (Org.). **Direitos emergentes na sociedade global.** 1ed.Ijuí: Unijuí, 2013, v. 1, p. 321-351.

OST, François. **O tempo do Direito.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la constitución española.** Disponível em: <  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26680&orden=0&info=link>>. 05 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Los derechos humanos en la Sociedad Tecnológica.** Madrid: ed. Universitas S.A., 2012.

\_\_\_\_\_. **Internet e los derechos humanos.** 2002. Derecho e Conhecimento, vol. 2, pags. 101-121, ISSN 1578-8202. Disponível em: <  
<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2550/b15616630.pdf?sequence=1>> Acesso em: 12 mar 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. ver. atual. amp. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Mixilini Chemin; FREITAS, Riva Sobrado de. **O direito à memória e o direito ao esquecimento**: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013. Disponível em <file:///C:/Users/Elisandro/Downloads/3994-14229-1-PB.pdf> Acesso em: 18 out. 2014.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et al.]. – Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

RODEGHERI, Letícia Bodanese. et al. Dignidade da pessoa humana e intimidade na sociedade informacional: o direito ao esquecimento de dados pessoais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 2013, Santa Maria. **Anais**. Santa Maria, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990**. 2013a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos**. 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ**. 2013c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. 2013d. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudinus. Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biográficas desautorizadas e esquecimento. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: Um “sexto continente” de liberdade perfeita ou controle perfeito?. In: **Direitos emergentes na sociedade global**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM – Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. 504 p.

SANCHEZ BRAVO, Álvaro. **A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social. A Europ@ é exemplo?** Tradução Clovis Gorczewski. – 1. Ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional.** 5ª Ed. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 2007. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09** – jan./jun. 2007. Disponível em < [http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)> Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 9. Ed. rev. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados.** 2015a. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>> Acesso em: 25 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à Internet.** 2015b. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>> Acesso em: 25 mar. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. Ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed., ver., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no Recurso Especial n°. 1.593.873-SP.** 2016. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66956815&num\\_registro=201600796181&data=20161117&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66956815&num_registro=201600796181&data=20161117&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n° 1316921-RJ.** 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>

=23036842&num\_registro=201103079096&data=20120629&tipo=51&formato=PDF>  
Acesso em: 26.11.2012.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n° 1334097-RJ**. 2013a. Disponível em: <  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22direito+ao+esquecimento%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>> Acesso em: 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n° 1335153-RJ**. 2013b. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22direito+ao+esquecimento%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Acesso em: 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n° 1369571-PE**. 2016b. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65560195&num\\_registro=201102359630&data=20161028&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65560195&num_registro=201102359630&data=20161028&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Recurso em mandado de segurança n° 49.920-SP**. 2016a. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62240709&num\\_registro=201503127296&data=20160810&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62240709&num_registro=201503127296&data=20160810&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 23 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Súmulas anotadas**. 2016c. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> Acesso em: 23 abr. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4815-DF**. 2016. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4815&processo=4815>> Acesso em: 25 mar. 16.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n° 759.995-RJ**. 2013. Disponível em  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432075>>  
Acesso em 14 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Reclamação (RCL) 15955-RJ**. Notícia. 2014a. Disponível em  
<<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276284>> Acesso em 08 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar na Reclamação n° 25.768 - SP**. 2016. Disponível em  
<[file:///C:/Users/Elisandro/Downloads/texto\\_310862401.pdf](file:///C:/Users/Elisandro/Downloads/texto_310862401.pdf)> Acesso em 14 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 789246-RJ**. 2013. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248**. 2014b. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623869>> Acesso em 11 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Súmulas Vinculantes**. Súmula Vinculante 10. 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em 11 abr. 2016.

TARTUCE, Flávio. **A volta das jornadas de direito civil**. 2011. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-volta-das-jornadas-de-direitocivil>>. Acesso em 25 out. 2014.

TOURÍÑO, Alexandre. **El derecho al olvido y a la intimidad em Internet**. Madrid: Catarata, 2014.

TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL. **Buscador de Jurisprudência**. STS 3359/2015. 2015. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=7444494&links=%22derecho%20al%20olvido%22&optimize=20150729&publicinterface =true>> Acesso em: 20 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Buscador de Jurisprudência**. STS 1280/2016. 2016. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&refere nce=7636127&links=%22derecho%20al%20olvido%22&optimize=20160407&publicinterfac e=true>> Acesso em: 17 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Buscador de Jurisprudência**. STS 3733/2016. 2016c. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=7747598&links=%22derecho%20al%20olvido%22&optimize=20160801&publicinterface =true>> Acesso em: 19 Out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Buscador de Jurisprudência**. STS 3717/2016. 2016b. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&referen ce=7747592&links=%22derecho%20al%20olvido%22&optimize=20160801&publicinterface =true>> Acesso em: 19 Out. 2016.

VAIDHYANATHAN, Siva. **A googlelização de tudo (e por que devemos nos preocupar): a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual**. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZERO HORA. **Site divulga dados de empresas e pessoas e vende informações detalhadas**. 2015. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/07/site-divulga-dados-de-empresas-e-pessoas-e-vende-informacoes-detalhadas-4810873.html>> Acesso em: 07 fev. 2017.