



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

GABRIEL JOSÉ DA ROCHA CANDEIA

**(IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ DO
DIREITO AO ESQUECIMENTO**

JOÃO PESSOA
2020

GABRIEL JOSÉ DA ROCHA CANDEIA

**(IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ DO
DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. André Luiz Cavalcanti
Cabral

**JOÃO PESSOA
2020**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C216i Candeia, Gabriel José da Rocha.
 (IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ
 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO / Gabriel José da Rocha
Candeia. - João Pessoa, 2020.
 49 f.

 Orientação: André Luiz Cavalcanti Cabral.
 Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

 1. Responsabilidade civil. 2. Direito ao esquecimento.
 3. Imposição obrigacional. 4. Dignidade humana. I.
 Cabral, André Luiz Cavalcanti. II. Título.

UFPB/CCJ

GABRIEL JOSÉ DA ROCHA CANDEIA

**(IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ DO
DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. André Luiz Cavalcanti
Cabral

DATA DA APROVAÇÃO: 23/03/2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. ANDRÉ CABRAL
(ORIENTADOR)**

**Profa. Dra. MARÍLIA VILHENA
(AVALIADORA)**

**Prof. Dr. JONABIO BARBOSA
(AVALIADOR)**

RESUMO

O presente trabalho situa-se na área do Direito Civil e analisa a (ir)responsabilidade dos provedores de pesquisas à luz do direito ao esquecimento, inclinando-se a investigar a possibilidade de se impor certas obrigações às suas atividades. O relevo fático-social do proposto circunda na plena e exponencial interferência dos suportes cibernéticos às nossas vidas, principalmente concernente às características da imediatividade e perenização do fluxo informacional. Neste enfoque, faz-se imperioso, pois, tangenciar a pauta do direito ao esquecimento em sede da nascente realidade social. O núcleo discursivo repousa sobre a frágeis e incipientes respostas lançadas por nossos tribunais no tocante à proteção de individualidade personalística do ser, notadamente quanto ao contexto de expurgar fatos não versantes de interesse público, em suporte ao inexpugnável teor principiológico irradiante da dignidade humana. Destarte, ciente da relevância atinente à temática ora posta, o objetivo geral deste trabalho inclina-se em verificar a possibilidade de imposição obrigacional perante as atividades dos provedores de pesquisas quanto ao contexto do direito ao esquecimento, em análise do substrato argumentativo conferido pelo nosso ordenamento jurídico. Em noções metodológicas, utilizou-se no presente estudo o método de abordagem hipotético-dedutivo, amparando-se no conjunto normativo, doutrinário e jurisprudencial envolvente ao tema, numa pesquisa exploratória. Outrossim, fez-se uso de pesquisa bibliográfica e qualitativa, bem como a técnica da documentação indireta. Diante do exposto, despontou-se, em contornos finais, a viabilidade jurídica da imposição obrigacional perante as atividades dos provedores de pesquisas a fim de promover e tutelar a dignidade humana e efetivar o imperativo da máxima proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito ao esquecimento. Imposição obrigacional. Dignidade humana.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CRITÉRIOS E MANIFESTAÇÕES.....	7
2.1 OS DIREITOS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE.....	7
2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE.....	11
2.3 STATUS JURÍDICO.....	14
3 PROVEDORES DE PESQUISA.....	24
3.1 OBRIGAÇÕES ENVOLVENTES.....	24
3.2 RESPONSABILIDADE CIRCUNDANTE.....	26
4 (IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	32
4.1 CONTORNOS E TENSÕES ATUAIS.....	32
4.1.1 Liberdades Comunicativas e Acesso à Informação.....	33
4.2 CASOS PARADIGMÁTICOS.....	37
4.2.1 Xuxa vs Google.....	38
4.2.2 D.P.N vs Google-Yahoo.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A crescente exposição pública dos indivíduos, fomentada pela investida massiva das redes tecnológicas, notadamente os sítios de buscas, revela uma eternização da memória, marca ordinária de nosso tempo, porquanto o desfoque é sobremaneira excetivo.

Nesse sentido, a perpetuação de situações desabonadoras, ainda que lícitas, podem resvalar no interesse do indivíduo de não ser lembrado de fatos aos quais, contemporaneamente, não guardam nenhum relevo e, ademais, maculam a sua própria dignidade.

À vista disso, o presente estudo debruçar-se-á, em desígnio investigativo, no exame da (ir)responsabilidade dos provedores de pesquisas à luz do direito ao esquecimento, perquirindo a sua viabilidade jurídica frente ao ordenamento pátrio. Outrossim, caso se entenda pela responsabilização, investigar-se-á, pois, a amplitude impositiva obrigacional, notadamente o dever de filtragem, bem como desindexação.

O estudo proposto envolve-se, majoritariamente, no campo do direito civil, em estreitas inserções ao direito constitucional, duas temáticas cuja interdisciplinaridade propulsiona oportunos debates. O tema objeto de investigação já foi minudenciado pelas doutrinas da área, de sorte que o presente trabalho intenciona propor contribuição as observações teóricas já propagadas e assentadas sobre o tema.

No capítulo primeiro, inicialmente, será projetado, ainda que incipiente, o diálogo dos direitos à intimidade e privacidade. Ademais, ter-se-á posto o desenlace contemporâneo do direito ao esquecimento, assim como o seu status jurídico frente ao ordenamento nacional.

O segundo capítulo adentrará na discussão sobre as pretensas obrigações envolventes à atividade dos provedores de pesquisas, incluindo, genericamente, a responsabilidade que os circundam.

Findando, o último capítulo inclina-se na (ir)responsabilidade em *si*, fluindo em temas tensionais, a exemplo das liberdades comunicativas, bem como o estudo de casos paradigmáticos sobre a questão objeto deste trabalho, a fim de nortear, com maior amparo, a análise, respectivo ao direito ao esquecimento, da viabilidade jurídica das imposições no tocante ao substrato normativo pátrio.

Em continuidade, assevera-se que o presente estudo, de caráter dogmático e sobremaneira teórico, propõe a investigação da (ir)responsabilidade dos provedores de pesquisas à luz do direito ao esquecimento. Para tal desiderato, serviu-se do método científico de abordagem hipotético-dedutivo, por meio do qual será possibilitado o teste do conteúdo das hipóteses previamente elaboradas e, ao final da investigação, examinar-se a veracidade, a fim de consolidar as bases teóricas norteadoras as quais procede o presente estudo.

Assevera-se, ainda, que os métodos procedimentais utilizados serão: o método de estudo comparativo, juntamente às precisas técnicas de hermenêutica jurídica, a fim de examinar os preceitos legais e assertivas teóricas já formulados sobre o assunto, bem como o método interpretativo, a ser usado durante a apreciação das soluções expostas, assim como na sugestão de outras possibilidades de resolução do tema analisado.

Destarte, a documentação indireta é a técnica de coleta de dados manejada na presente pesquisa, haja vista o considerável material pertinente ao tema proposto, a exemplo das bibliografias, sejam elas físicas ou situadas em sítios virtuais, integrada por livros, artigos, teses, monografias, dissertações, legislação correlata ao debate, bem como as decisões ocorridas no âmbito dos tribunais.

Diante do exposto, a presente monografia busca demonstrar a relevância da discussão acerca da viabilidade obrigacional no tocante aos provedores de pesquisas à luz do direito ao esquecimento, uma vez que a crescente ciberneticização do cotidiano põe em debate certas respostas técnico-normativas aos casos vivenciados. É este, então, o objetivo principal da realização desta pesquisa para elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso exigido pela Faculdade de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: CRITÉRIOS E MANIFESTAÇÕES

2.1 OS DIREITOS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE

É cediço, desde pretéritos tempos, que valores tais quais o recato e a introspecção, a despeito do manifesto caráter gregário que circunda a natureza do homem, são imperiosos a fim de guardar os diversos feixes da personalidade humana. À vista disso, forçoso reconhecer que a exposição aos olhos do público, esse cada vez mais inquieto, não é a todo momento desejada, por ser irrelevante a maioria das pessoas, bem como despicienda.

Em virtude desse cenário fático-social, sob pena de instabilidade de representação sujeito-Estado, porquanto este deve jungir os basilares anseios sociais, elevando-os à condição de valores jurídicos amparados pelo sistema, o ordenamento jurídico consignou direitos atinentes à individualidade do ser, mormente aqueles plasmados em privacidade e intimidade.

Em observância à linearidade histórica, a doutrina assevera como fonte moderna para tais direitos, aquilo que Warren e Brandeis já no século XIX, em artigo publicado em Harvard, afirmaram por *right to be alone*¹. Portanto, sedimentou o direito de ser deixado em paz, alheio à aglomeração pública, em reposta à voraz inventiva jornalística à época, porquanto indispensável ao homem o mínimo de recato e privacidade para uma vida harmônica. Nesse sentido, vejamos:

The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle. The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and

1 Considerado uma inovação quando do momento de sua circulação, o lecionado pelos eminentes autores perpassam por temas sensíveis e pontuais no diálogo frente as liberdades comunicativas e o direito à privacidade ou, em feixe próprio, o direito de ser deixado em paz. Desta feita, asseveram: "Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone". Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops." For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; and the evil of invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able writer." (WARREN; BRANDEIS, 1989, p. 195)

privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury. (WARREN; BRANDEIS, 1989, p. 196)

Adentrando para a tônica presente, em tempos contemporâneos, nos contornos sociais que oram emergem, incidentalmente inclinados aos dados informacionais, a privacidade se perfaz em expectativas mais afetas à prática do conceito. Tal é assim, pois, propõe um maior domínio do fluxo de informações que circundam o sujeito hodiernamente, de modo a não apenas conhecê-las, mas também direcioná-las e interrompê-las, determinando, desta feita, a construção de sua própria esfera privada. (RODOTÀ apud TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 60-61)

Assim sendo, o direito à privacidade, tal qual a roupagem que ora se apresenta, dialoga não apenas com o “estar só”, inclinando-se com toda iteratividade de dados pertinentes ao indivíduo, de modo a manejar as informações que a ele dizem respeito, amparando, por óbvio, aquelas reservadas ao seu recato.²

Ademais, preleciona consagrada doutrina brasileira:

Em linhas gerais, então, a vida privada é o refúgio impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 268)

Por conseguinte, a essência do direito permanece, uma vez que os valores por ele agasalhados denotam, sempre, caráter de respeito à integridade do ser, na perspectiva da introspecção individual e proteção à visibilidade alheia. Ressalta-se, contudo, que as formas pelas quais contemporaneamente apresentam-se e evidenciam-se na prática são distintas, merecendo, pois, novos modelos protetivos.

Neste cenário, os movimentos de atuação e guarda desse direito, o que se aplica também ao direito à intimidade, devem, sob pena da famigerada proteção insuficiente dos direitos fundamentais, assimilar essa transmutação fática, compreendendo a inserção dessas novas roupagens ao núcleo-duro integrante da privacidade numa sociedade cada vez mais informacional e interativa.

² Em sede de direito comparado, temos que no direito germânico, como bem observa Sarmiento (2016, p. 228): “No âmbito jurisprudencial, a ideia de existência de um direito à autodeterminação informativa sobre dados pessoais foi formulada em importante julgado do Tribunal Constitucional alemão proferido em 1983 – o caso sobre a Lei do Censo [...]. Para a Corte alemã, este direito, conquanto não seja absoluto, ‘garante a faculdade do indivíduo de determinar por si quando o Estado pode usar ou divulgar os seus dados pessoais’.”

Versando, agora, sobre a previsão normativa em relação ao direito de privacidade, temos que o legislador, tanto em sede constitucional quanto infraconstitucional buscou asseverar tal direito em nossa legislação, patente é a sua importância, pois.

Sendo assim, em nível constitucional, o direito à privacidade é detentor do status de direito fundamental, como bem determina o art. 5º, X, da Constituição Federal, o que implica em todas as tratativas diferenciadas no que diz respeito a essa categoria de direitos, tais quais a imediata aplicabilidade³ e a respectiva irradiação em níveis vertical e horizontal nas relações jurídicas, característica de suma importância quando do diálogo principiológico da supremacia constitucional.

Considerando, outrossim, o amparo infraconstitucional, preceitua o art. 21 de nosso Código Civil que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”. Em sintético comentário, sobreleva ressaltar que o nosso atual Código espelhou, no tocante ao direito em comento, o que determina a Carta Magna de 1988, reafirmando o teor inviolável da privacidade.

Em continuidade, o direito à privacidade expõe-se em nosso ordenamento vigente numa dúplici qualidade: direitos da personalidade, cuja proteção advém de texto infraconstitucional, e direito fundamental constitucional.⁴⁵

Destarte, considerando a seara posta pelo direito à privacidade, bem como a tensão e os limites⁶ que o envolve, resta a observar, sobretudo, seu necessário equilíbrio, porquanto não sufrague a agressão injustificada a tal direito e, todavia, não promova uma

3 Art. 5º, §1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

4 Ainda sobre o supracitado artigo 21 de nosso Código Civil, temos o salutar comentário de Tepedino, Barboza e Moraes (2007, p. 61), nos seguintes termos: “Muito pouco se pode extrair da dicção do dispositivo em análise, segundo a qual ‘a vida privada da pessoa natural é inviolável’. Não há dúvidas de que a privacidade representa um direito importantíssimo da pessoa humana. Entretanto, mostra-se evidente no mundo contemporâneo a permanente colisão entre a privacidade e todos os demais interesses tutelados na sociedade globalizada. Cabe ao intérprete, pois, mais do que simplesmente alardear a inviolabilidade teórica dos direitos fundamentais, delimitá-los em sua concreta atuação.”

5 Devido consignar, conforme extrai-se do Enunciado n. 404 do Conselho da Justiça Federal relativo ao tema: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresse consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”

6 Warren e Brandeis (1989, p. 214) ainda no século XIX já inclinavam-se a indagar os possíveis limites deste direito, observando: “It remains to consider what are the limitations of this right to privacy, and what remedies may be granted for the enforcement of the right. To determine in advance of experience the exact line at which the dignity and convenience of the individual must yield to the demands of the public welfare or of private justice would be a difficult task; but the more general rules are furnished by the legal analogies already developed in the law of slander and libel, and in the law of literary and artistic property.”

ideia de “esfera privada” intransponível e total, a exemplo, nas codificações liberais, o que se fez com o direito à propriedade. (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2007, p. 62)

Direcionando a discussão para o direito à intimidade, símile da privacidade, impera ressaltar o seguinte: apesar de possuírem teor valorativo parecidos e, por certas vezes, subsumidos ao mesmo caso prático hipotético, tais direitos não são iguais, onde ambos possuem, inclusive, autonomia em nível constitucional. Nesse sentido, já alerta a melhor doutrina:

No Brasil há uma tendência nesse mesmo sentido. Usam-se intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquela um extrato mais restrito desta. Sem embargo de seus respeitáveis defensores, há que se fazer radical distinção a partir das lições do direito comparado e mesmo da matriz etimológica das duas expressões, sem esquecer ainda do *discrímen* feito pela disposição constitucional consagradora de um geral direito à vida privada e à intimidade: ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada ...’ (art. 5º, X, da CF). (SAMPAIO, 2013, p. 277)

Como bem assevera Bulos (2015, p. 572), não obstante ambos indicarem a proteção das particularidades do ser humano, há diferenças em amplitude. Indica o brilhante constitucionalista que a privacidade denota todos os relacionamentos do indivíduo, tais como seus convívios de trabalho, comerciais, estudos, dentre outros. Já a intimidade invoca os aspectos mais introspectivos do ser, amparando as suas relações íntimas e pessoais.

A intimidade, outrossim, caracteriza-se, por conseguinte, como o feixe secreto do indivíduo, evidenciada por particularidades de sua vida íntima e reservada, porquanto detém autorização legal de “evitar os demais”. (DOTTI apud SILVA, 2009, p. 207)

Dessarte, presentemente, na previsão conteudística deste direito está a devida seleção dos *inputs* e *outputs* envolventes ao ser, facultando-se ao indivíduo, centro desses dados, o respectivo controle de informações emitidas e recebidas, das quais sobrelevam algum relevo jurídico, como bem assevera Sampaio:

O direito à intimidade está mais associado ao controle de *outputs* informacionais, desde a sua obtenção por outros até seu uso ulterior. Diz-se assim que o direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito. As informações que se encontram protegidas são aquelas de caráter “privado”, “particular” ou “pessoal”. É o mesmo que dizer, ainda que sob os riscos da tautologia, aquelas informações associadas às particulares do ser. Na caracterização da “informação pessoal” se deve ter em conta: o papel da vontade; a definição do que seja “obtenção de informação”; a compreensão do termo “uso de informação”; e a natureza ampla de informação “pessoal”. (SAMPAIO, 2013, p. 282)

Em sede normativa, o tratamento conferido à intimidade equipara-se à privacidade, mormente as implicações de ordem constitucional conferida aos direitos fundamentais, ditas incipientemente alhures, bem como o status de direito da personalidade. Apesar de não figurar explicitamente o termo “intimidade” quando da normatização dos direitos da personalidade, tal grupo é apenas exemplificativo, *numerus apertus*, assimilando outros direitos compatíveis materialmente com os parâmetros protetivos da personalidade.

Sinteticamente, os direitos à intimidade e privacidade propagam os anseios humanos mais atentos à vida íntima e particular do indivíduo. Em tempos de outrora, esboçados sob protótipo do direito de “estar só”, refletiam as seguranças particulares pessoais frente ao abalo da crescente sociedade midiática, nos seus moldes, então vigente.

Modernamente, em resposta aos avanços tecnológicos exponenciais, onde a instantaneidade se faz regra e o fluxo informacional é cada vez maior, padrão de nossa atual sociedade, tais direitos emergiram ajustes em suas formas protetivas, sendo a tônica do controle de dados envolventes ao ser as suas pautas, tendo em vista o maior espectro cabível de violações.

2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONTEMPORANEIDADE

O esquecimento, percepção atrelada ao antônimo da memória é, em sua raiz biopsicológica, uma reação cerebral das quais as lembranças pretéritas vivenciadas não são mais recordadas e, por isso, caem no desuso daqueles que as perderam.

Esquecer, portanto, subjaz uma transposição de ares, tendo em vista que a memória, eterna e permanente, a todo momento vem a nos recordar sobre tudo que se fez e passou, revivenciando sentimentos anteriormente já experimentados. Em contrapartida, o esquecimento revela um olhar prospectivo, cuja visão sobre o presente e o que virá não se aquecem pelas (in)felicidades de outrora.⁷

⁷ Nas precisas lições de Ost (2005, p. 155), dialogando sobre o esquecer na seara jurídica, diz: “O esquecimento, em suma, seria apenas um parêntese na continuidade do direito. Admitamos, como postulado necessário, a idéia de um *continuum* da personalidade jurídica; concederemos, contudo, que este exige, para sua própria persistência, a intervenção do sono, do qual se diz precisamente que ele é ‘reparador’. De resto, não dorme o inocente ‘como um bem-aventurado’, ao passo que o culpado, insone, continua mesmo no tûmulo sob o olho sempre aberto do remorso? Concluímos que o bom direito, como a boa consciência, passa pelo sono e pelo esquecimento.”

Afastando-se do campo biopsicológico e lastreando-se em níveis jurídicos, onde o binômio direito-dever é sempre a fonte basilar das relações travadas entre os sujeitos é que o tema do esquecimento ganha seus contornos peculiares. Por óbvio, em sede subjetiva, a ninguém será exigível o dever de esquecer a fim de que se reconheça o direito ao esquecimento⁸, porquanto a fulminação mental, e por bem, apresenta-se apenas em criações lítero-ficcionais.

Contudo, informações e imagens sociais podem ser remodeladas e contextualizadas aos seus devidos fins e intenções, amparando os anseios daqueles que desejam livrar-se de seus próprios passados, residindo nesse contexto, por conseguinte, a aplicação do direito ao esquecimento. Fundamentando, veja-se:

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados. (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 204)

Em sendo assim, colaciona-se, por sua evidente importância hermenêutica e concretista para o direito ao esquecimento, preliminarmente ao tópico referente ao status jurídico, o Enunciado n. 531 do Conselho da Justiça Federal, que diz: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”, conjuntamente à sua justificativa, nos seguintes termos:

Os danos provocados 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.

8 Sarmiento (2016, p. 220), versando sobre as primeiras manifestações do direito ao esquecimento, afirma: “Na França, há também decisões importantes sobre a matéria. Foi naquele país que se cunhou a expressão ‘direito ao esquecimento’ (*droit à l’oubli*), pelo Professor Gerard Lyon-Caen, em comentário a uma decisão judicial proferida em 1965, no *affaire Landru*,¹⁰⁹ em que a ex-amante de um famoso serial killer pretendia obter reparação de danos pela exibição de um filme que retratava fatos do seu passado, que ela desejava que fossem esquecidos.”

Nesse sentido, a aplicação jurídica do direito ao esquecimento⁹ procede em viabilizar a continuidade da vivência harmônica do ser, fornecendo amparo quanto às aplicações dos fatos pretéritos que a ele guardam relação e, caso necessário, direcionando-os a um certo padrão de recato e/ou contextualização das lembranças.

Assim se faz porque, independentemente do status público ou não, lança-se o indivíduo ao cenário dos projetores sociais da exposição, vinculando-o desde logo aos olhares alheios, advindo, posteriormente, em resposta a este cenário, o necessário anonimato e o direito a ser deixado em paz, recaindo no esquecimento do qual por vezes nunca desejou-se ter deixado. (OST, 2005, p.161)

Ampliando a discussão para os reflexos contemporâneos, considerando as manifestas mudanças trazidas por uma sociedade digital, em que o alcance, bem como a velocidade dos dados informacionais são a ênfase do momento, reguardar e aplicar o direito ao esquecimento é deveras sensível.¹⁰

Outrossim, sobreleva destacar que as tratativas deste direito vêm, em sede da jurisprudência nacional, paulatinamente, alcançando o cenário privatístico.

Malgrado a grande atuação e importância na seara penal¹¹, principalmente com o consonante diálogo concernente aos institutos despenalizadores perante a sociedade e o direito à reinserção social, o direito ao esquecimento, mormente com todo esse avanço

9 Ainda sobre o direito ao esquecimento, afirma Sampaio (2018, p. 298) sobre os seus reflexos: “Para alguns, um mero aspecto da intimidade, para outros um direito autônomo dentre tantos dos chamados ‘direitos da personalidade’. Suas raízes são encontradas principalmente na luta do pensamento humanista contra a perpetuidade das penas e em defesa da crença de progresso do ser humano e da solidariedade social. Era, até então, um direito daquele que prestou contas de seu erro, de não ser reduzido nem mais julgado pelo que passou e pagou. Correlatamente, havia um dever social de oferecer-lhe as condições de retomar os rumos de uma vida honrada, no mínimo, com o apagamento dos registros físicos e a impossibilidade, sobretudo da imprensa, de reavivá-los. Refiro-me ao que se passou a chamar de ‘direito ao esquecimento’.”

10 Como bem assevera Júnior (2014, *on-line*), em artigo publicado na revista jurídica Conjur: “Até o surgimento da internet, essa preocupação com os dados pessoais restringia-se a duas importantes áreas: (a) os antecedentes criminais e (b) os registros creditícios, financeiros e econômicos. Quanto aos registros criminais, a legislação, desde o século XX, já instituiu mecanismos de restrição de acesso pelo público e de sua não utilização para quaisquer fins. É o que dispõe o artigo 748 do Código de Processo Penal. Em relação aos cadastros de restrição de crédito, a jurisprudência tratou de coibir os abusos quanto a seu emprego para constranger consumidores, o que resultou no reconhecimento de dano moral *in re ipsa* pela inscrição indevida do nome das pessoas nesses cadastros.”

11 Em discussão na vertente penalista, Ost (2005, p. 168) afirma: “É que o tempo terá corroído as provas e embotado as lembranças e que, de qualquer modo, o escândalo social causado pela infração terá se extinguido nesse intervalo de tempo. Não é porque o silêncio se impôs sobre o fato, que a falta tenha ocorrido (como em certos casos de anistia); pura simplesmente, como em matéria de prescrição civil, o direito toma nota do escoamento do tempo e da usura da memória, tanto das testemunhas quanto da indignação pública: depois de um certo prazo, a pessoa visada poderá invocar em seu benefício o direito ao esquecimento.”

tecnológico, inclusive nesta tensão entre informação dissipada por veículos digitais ou provedores de buscas vem conquistando cada vez mais visibilidade.

À vista disso, faz-se evidente o amplo leque de atuação desse direito com os novos problemas que estão a surgir. Esquecer em nossa sociedade é, caso não impossível, verdadeiramente dificultoso.¹²

Em continuidade, ainda, a fim de dar seguimento lógico-estrutural ao presente estudo, antes de adentrar ao status jurídico de tal direito e um sensível recorte aos questionamentos vindouros, importante convir o seguinte: assim como as outras categorias de direitos, não existe um a priori de aplicabilidade frente ao que se convencionou chamar de direito ao esquecimento.

Portanto, apenas em decorrência de cada situação fática pretensamente aplicável a esse direito é que se chegará ao esclarecimento de sua amplitude no tocante ao conteúdo a ser esquecido, bem como o lapso temporal convicto a que determinado fato não deva mais ser lembrado, agasalhando-se, por conseguinte, a personalidade do ser no caso concreto. (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 205)

Nessa lógica, em resumo, a recepção contemporânea do direito ao esquecimento é mais ativa e ampla, porquanto se perfaz em situações que em tempos passados não teria azo em ser, decorrente das novas feições sociais modernamente.

Isto posto, a sociedade digital revela desafios práticos cada vez mais sensíveis e de criteriosas soluções, devendo a técnica jurídica, que já apresenta uma lentidão intrínseca, moldar seus institutos a fim de acompanhar a presente evolução social.

2.3 STATUS JURÍDICO

A análise da natureza ou status jurídico dos direitos é, conjuntamente ao estudo das fontes, matéria de imprescindível relevância a fim de parametrizar e estruturar os mais diversos debates jurídico-normativos que poderão surgir.

12 Sobre a inclinação de eternização da memória em tempos digitais, observa Sampaio (2018, p. 299): “A técnica é mais veloz que o direito. A internet com suas potencialidades e memória eternal continua a desafiar os poderes e limites desses expedientes, tanto os originários, quanto os já adaptados a seu ambiente. A rede criou um mundo novo do ‘e-’: o e-mail, a e-comunicação, a e-imprensa e também a e-intimidade, a e-imagem, a e-honra e o e-squecimento, até um suposto novo ramo do direito: o e-direito ou direito digital.”

Tal é assim, pois, em decorrência da sedimentada hierarquia presente em nosso ordenamento jurídico, as tratativas para certos grupos de direitos, seja por seu aspecto formal ou material, diferenciam dos demais, ganhando relevo em interpretação e, sobretudo, aplicação aos casos jurídicos concretos.

Em sendo assim, imperioso destacar, inicialmente, que o direito ao esquecimento pertence ao grupo relativo aos direitos da personalidade¹³¹⁴, classe referente aos direitos mais afetos às particularidades individuais do ser, dado que, em abstrato, amparam os mais diversos feixes da personalidade humana.

Sobre a perspectiva contemporânea dos direitos à personalidade, assevera Tepedino, considerando nossos atuais moldes sociais, o seguinte:

Poucos temas revelam maiores dificuldades conceituais quanto os chamados direitos da personalidade. De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar em paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las. (TEPEDINO, 2008, p. 25-26)

Adentrando para o substrato material¹⁵¹⁶ promovedor de tais direitos, portanto, aspectos integrativos que os reúnem e os colocam numa mesma categoria, temos que os direitos da personalidade são, nesse sentido, categoria de direitos garantidores ao homem da sua fruição pessoal, íntima, em confronto, todavia, aos bens externos. Voltam-se aos próprios indivíduos, assegurando-os sua própria senhoria e atuações de suas

13 Nas precisas lições de Diniz (2016, p. 132), quanto à linearidade histórica dos direitos da personalidade, temos: “O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia. Com o advento do Cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a ideia de fraternidade universal”

14 Ainda sobre o tema, assevera Tepedino (2008, p. 43-44): “A concepção dos direitos da personalidade teve sua gênese ligada, inicialmente, às teorias jusnaturalistas, como forma de proteção do homem contra o arbítrio do totalitarismo e, de forma geral, do poder público. Daí a concepção desses direitos como direitos inatos, invulneráveis, portanto, ao arbítrio do Estado-legislador.”

15 Concernente às características essenciais dos direitos da personalidade, propõe o eminente Barroso (2004, p. 12): “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 a 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)”

16 Consubstancia Diniz (2016, p. 134), ainda, ser os direitos da personalidade vocacionados a um dever de abstenção por parte da coletividade, afirmando: “Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos ‘excludendi alios’, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial”

diferentes inclinações pessoais, sejam elas físicas e espirituais. (FERRARA apud TEPEDINO, 2008, p. 32)

Nesse sentido, destaca Diniz:

Com isso reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social. (DINIZ, 2016, p. 133)

Introduzindo-se, agora, na matriz axiológica destes direitos, sobreleva ressaltar que a acepção civil-constitucional, aqui, corporifica-se mais sensivelmente, pois o teor valorativo da dignidade da pessoa humana é o substrato e a *ratio* dos direitos da personalidade, considerando até mesmo a sua raiz histórica contemporânea.¹⁷

Destarte, forçoso reconhecer que discorrer sobre os feixes personalísticos agasalhados por nosso ordenamento hodiernamente é, à vista disso, sobretudo um olhar para o transbordamento constitucional perante a seara privada¹⁸. Assim, amparando-se no princípio norteador e integrativo da dignidade da pessoa humana, remodela-se os traços protetivos, interpretativos e, além disso, fundantes dos direitos da personalidade.¹⁹

17 Em relação ao linear histórico-social desses direitos, propõe Chaves e Rosenvald (2017, p. 186), citando o douto Gomes, o seguinte: “Orlando Gomes, com habitual percuniência, esclarece a decorrência histórica dos direitos da personalidade, fruto de uma necessidade social, em face do menosprezo e do desprezo à dignidade humana por parte do Estado, somados à multiplicação dos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna. Assim, foram incentivados os tribunais germânicos, no pós-guerra, a agir em proteção da pessoa humana, através do reconhecimento de direitos da personalidade.”

18 Nesse sentido, frente a essa ampliação de incidência, afirma Tepedino (2008, p. 52): “Não se subestime o elevado valor de todas as orientações doutrinárias que, sem rebuscos de dúvidas, permitiriam a ampliação da tutela dos direitos humanos, antes limitada aos tipos do direito penal e às relações entre Estado e cidadão, e hoje estendida (é bem verdade) às relações de direito privado. E isto ocorreu a partir das construções que engendraram os direitos da personalidade, quer mediante a tipificação de uma série de direitos subjetivos, quer através da configuração de uma relação jurídica-tipo, generalizante e abrangente. Entretanto, a realização plena da dignidade humana, como quer o projeto constitucional em vigor, não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.”

19 Alusivo, ainda, aos traços presentes dos direitos da personalidade, afirma Chaves e Rosenvald (2017, p. 184): “É preciso estampar em cores nítidas a ideia de que a matéria (direitos da personalidade) necessita ser enxergada, nos dias de hoje, sob a ótica civil-constitucional, em razão das importantes opções firmadas pela *Lex Legum*. A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira.”

Por vista disso, assevera-se que, materialmente, os direitos da personalidade são de equânime substrato em relação aos direitos humanos, classe de direitos de ordem supranacional, consoante preleciona Tepedino, lastreando-se em Mattia, neste sentido:

Daí considerar-se que “os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”. (MATTIA apud TEPEDINO, 2008, p. 35)

Em consonância com essa reciprocidade e completude do direito, o direito ao esquecimento assimila, primeiramente, núcleos do direito à privacidade e intimidade à luz da dignidade da pessoa humana.

Dentro dessa perspectiva de transbordamento e superação do direito público *versus* direito privado, num diálogo principiológico dos direitos da personalidade, preleciona Chaves e Rosenvald:

Com essa perspectiva, os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade. (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 184)

Centrar-se-á o presente estudo, à luz deste cenário, momentaneamente, a análise estrutural do direito ao esquecimento, perpassando pelo princípio geral e fundante da dignidade da pessoa humana, bem como a não exauribilidade de novos reflexos jurídicos frente ao porvir das incipientes remodelações dos direitos da personalidade, a exemplo do direito ao esquecimento e seu status fundamental.

Sendo assim, seguiremos.

O princípio da dignidade humana é, sobremaneira, o que carrega uma das maiores elasticidade conceitual. Tal é assim, pois, o ser humano, sujeito complexo por excelência, traz consigo variadas nuances peculiares e, por vezes, difíceis de serem, aprioristicamente, delimitadas em abstrato, devendo se analisar, incidentalmente, a

conjuntura e possibilidades presenciadas frente a uma possível violação de sua dignidade.²⁰

Nessa discussão, ressalta-se que, inicialmente propulsora de uma invocação religiosa e filosófica²¹, a dignidade transmutou-se para princípio jurídico de status mais elevado hierarquicamente, mas que não importou em sua revelia aos imperativos morais. Em vista disso, a positivação principiológica em nível jurídico demonstra abertura do Direito aos anseios morais. (SARMENTO, 2016, p. 58)

Inclina-se, entretanto, considerando inclusive o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), conjuntamente ao entendimento da doutrina majoritária que versa sobre o tema, ser o diálogo da dignidade humana vocacionado, como elemento central e conteudístico²², a autodeterminação e autonomia individuais asseguradas a cada indivíduo como espectro de sua dignidade. (SARLET, 2009, p. 101)

Ato contínuo, assevera Sarlet:

Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. (SARLET, 2009, p. 104)

20 Ainda quanto à conceituação e abertura do princípio da dignidade humana, informa Sarlet (2009, p. 100): “Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.”

21 Propõe, ainda, Sarlet (2009, p. 99), no tocante às perspectivas religiosa e filosófica o seguinte: “A concepção de inspiração cristã e estoica continuou a ser sustentada durante a Idade Média, tendo sido Tomás de Aquino quem expressamente chegou a fazer uso do termo “*dignitas humana*”, no que foi secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico de Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, sustentou ser esta que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.”

22 Sobre o substrato material limiar a tal princípio pertinente ao nosso ordenamento jurídico, afirma Sarmento (2006, p. 93): “Assim, pode-se dizer que o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira compreende: a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial; e d) o reconhecimento.”

Em tratativa constitucional, a dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, o princípio estruturante e norteador de todo o nosso ordenamento jurídico.²³

Considerando a inegável valoração ético-moral deste princípio, colaciona-se as precisas lições de Sarmiento em obra dedicada exclusivamente sobre o tema, segue:

O reconhecimento da força normativa de princípios impregnados de conteúdo moral, como a dignidade da pessoa humana, não tem o condão de abolir a diferenciação entre direito e moral, que é essencial para o funcionamento das sociedades complexas. Porém, ele torna muito mais porosas as respectivas fronteiras. Aquele que interpreta um princípio jurídico como a dignidade da pessoa humana inevitavelmente projeta nesta atividade juízos morais. Neste contexto, debilita-se a distinção tradicional da teoria jurídica entre a descrição do Direito como ele é e a prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo não se confundem, mas, em alguma medida, se interpenetram, pois princípios saturados de conteúdo moral conferem poder ao intérprete para buscar, nos marcos da própria ordem jurídica, a solução mais justa para o caso. (SARMENTO, 2016, p. 57-58)

Nesse sentido, importante asseverar que, na implementação de cargas axiológicas num dado ordenamento jurídico, a exemplo do caso brasileiro, reflexos em sede de novos direitos, ainda que na perspectiva estrutural, vêm à tona, porquanto manifesto é o caráter elástico dos direitos da personalidade, tendo em vista o intrínseco diálogo frente a dignidade da pessoa humana.²⁴

Em decorrência disso, a discussão pertencente ao direito ao esquecimento ganha desenlace próprio. É cediço que tal direito não encontra-se sedimentado, explicitamente, e nesses exatos termos, em nenhum dos textos jurídicos presentes em

23 Ampliando o recorrido, frente as alusões feitas a tal princípio nos textos constitucionais, revela Sarmiento (2016, p. 53): “Pelo que consta, a primeira invocação explícita da dignidade da pessoa humana em texto jurídico deu-se no preâmbulo do decreto que aboliu a escravidão na França, editado em 1848, em que se afirmava que “a escravidão é um atentado contra a dignidade humana”. Algumas constituições anteriores à 2ª Guerra Mundial fizeram referência à dignidade humana. Foi o caso das constituições do México de 1917, da Alemanha e da Finlândia, ambas de 1919. Outro texto constitucional precursor na matéria foi a Constituição brasileira de 1934, cujo artigo 115 ditava que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”. Vale destacar, ainda, o preâmbulo da Constituição da Irlanda, de 1937 – até hoje em vigor –, que também aludiu à dignidade humana, com entonação claramente religiosa.”

24 Sobre a elasticidade, ainda, da proteção personalidade humana, assevera Tepedino (2008, p. 55): “Mais ainda, a tutela da personalidade, como bem se acentuou na doutrina alienígena, é dotada do atributo da elasticidade, não se confundindo, todavia, tal característica co a elasticidade do direito de propriedade. No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.”

nosso ordenamento. Diante deste cenário, frisa-se necessário propor em que se fundamenta a sua proteção e aplicabilidade.

É perceptível, numa célere leitura do Capítulo II (Dos Direitos da Personalidade) do Título I (Das Pessoas Naturais) de nosso Código Civil, que o legislador optou por não demandar maiores digressões sobre o conjunto de direitos da personalidade, de modo que o constado em lei é, apenas, teor exemplificativo de toda a completude que tais direitos podem abarcar.

Assim, nas lições de Diniz:

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais. (DINIZ, 2016, p. 139)

Nesse diapasão, visando a proteção integral do ser em todas as suas variadas matizes personalísticas, exsurtem, implicitamente, certos direitos da personalidade.

Assim se faz, pois, amparando-se no princípio da dignidade humana²⁵, de caráter generalizante e integrativo, e nas recentes situações de violabilidade caras à sociedade contemporânea, a fim de proteger os mais diversos anseios sociais, o ordenamento jurídico perpassa por uma remodelação, propondo reflexos de certos direitos.²⁶²⁷

25 Sobre os paradigmas que envolvem tal princípio, ressalta Sarmiento (2016, p. 98): “O princípio da dignidade, que tem campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição.”

26 Fundamentando-se, quanto ao tema da não exauribilidade dos direitos da personalidade, cita-se o Enunciado n. 274 do CJP, dizendo: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

27 Nesse sentido, ainda sobre a proteção mais ampla frente as violações dos direitos, propõe Tepedino (2008, p. 41): “A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular.”

O direito ao esquecimento, considerando o exposto, expressa-se na dignidade humana, com amparo no art. 1º, III, da Constituição Federal, como uma das manifestações propostas pela cláusula geral deste princípio, o que, como já discorrido, denota um amplo aspecto axiológico.

Neste sentido, quanto ao caráter integrativo da dignidade humana, consubstancia Sarmiento:

Outro papel relevante do princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona à identificação de direitos fundamentais. A dignidade é essencial, em primeiro lugar, para o reconhecimento da fundamentalidade de direitos que não estejam inseridos no catálogo constitucional de direitos e garantias fundamentais, correspondente ao título II da Carta de 88, que vai do seu art. 5º ao art. 17. A questão é extremamente importante do ponto de vista prático, porque os direitos fundamentais desfrutam de um regime constitucional próprio e fortalecido, que envolve, por exemplo, a sua proteção como cláusulas pétreas (art. 60, §4ª, inciso IV, CF), bem como o reconhecimento da sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). O texto constitucional é expresso ao afirmar o caráter não exaustivo do seu catálogo de direitos (art. 5º, §2º), o que abre espaço para a identificação de outros direitos fundamentais, consagrados em outras partes da própria Constituição ou, até mesmo, em outros documentos normativos. (SARMENTO, 2016, p. 84-85)

Penetrando, incidentalmente, ao tema estrutural, temos que o direito ao esquecimento apresenta-se como direito fundamental. Tal é assim, pois, em consonância com a axiologia por ele apresentada, inclusive por seu manifesto diálogo intrínseco com os direitos à intimidade e privacidade, de status fundamental, consoante explicação alhures, forçoso convir para a fundamentalidade material de tal direito.²⁸

A permissibilidade jurídico-constitucional para conjunturas como essas advém do próprio texto de nossa Carta Magna. Amparando-se no art. 5º, §2º, da Constituição da República, subjaz o entendimento segundo o qual, além do conceito formal de direitos fundamentais, presente expressamente na Constituição, há o conceito material, em que, por sua substância, pertencem ao grupo de direitos fundamentais, a despeito de não consagrados taxativamente, tendo em vista o caráter aberto de tal parágrafo constitucional. (SARLET, 2009, p. 78-79)

28 Em artigo publicado na revista jurídica *Conjur*, Sarlet (2015, *on-line*), dialogando com o tema do direito ao esquecimento e seu status de norma fundamental, diz: “Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros.”

Em relação ao caráter fundamental dos direitos, bem como a sua diferenciação, preleciona Sarlet:

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem por fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. Relembre-se aqui, por oportuna, a vinculação da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada pelo art. 5º, §2º, da nossa Constituição com a dupla nota da fundamentalidade ao mesmo tempo formal e material inerente à noção de direitos fundamentais que tomamos como referencial neste estudo. (SARLET, 2009, p. 80)

Em sendo assim, dentre as funções de maior extirpe constitucional proposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, espécie de “direito-mãe” em nosso ordenamento, onde deriva direitos não expressamente enumerados, está o reconhecimento de direitos fundamentais não plasmados, implícitos, em nossa Constituição. Nesse sentido, promove a proteção integral do indivíduo, impedindo o desamparamento consubstanciando em lesões à sua dignidade, haja vista as incompletudes na categoria dos direitos fundamentais explicitamente postos em nossa Constituição.²⁹ (SARMENTO, 2009, p. 86)

Por tudo visto, e em síntese, confirma-se, nesse sentido, ser o direito ao esquecimento uma manifestação dos direitos da personalidade, principalmente aqueles envolventes aos teores valorativos dos direitos à privacidade e intimidade. Bem assim, o direito ao esquecimento, por guardar plena sintonia com esses direitos ora postos³⁰, apresenta-se como direito fundamental de ordem material.

²⁹ Ainda sobre o tema, explica Sarlet (2009, p. 109) sobre a influência da dignidade humana no tocante aos direitos fundamentais: “Neste sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados.”

³⁰ Preleciona, ainda, o eminente Sarlet (2009, p. 94), no tocante ao diálogo dos direitos fundamentais de ordem formal e material, o seguinte: “Assim, verifica-se que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º, §2º, da CF, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º a 4º) de nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional. Além disso, importa lembrar que também os direitos decorrentes do regime e dos princípios devem guardar, de acordo com o critério já enunciado, a necessária relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo.”

Procede-se assim, pois, sob pena de um ordenamento inerte perante as necessidades individuais, e visando a sua respectiva completude e integridade, consagra-se direitos, à luz da dignidade da pessoa humana, protetivos dos feixes personalísticos do ser, tal qual o direito ao esquecimento.

3 PROVEDORES DE PESQUISA

3.1 OBRIGAÇÕES ENVOLVENTES

Adentrando para a seara dos comportamentos valorados pelo Direito, centrar-se-á a discussão, antes de discorrer sobre a responsabilidade civil em si, para a tônica das ações, comissivas ou omissivas, sobre as quais reflete no cenário jurídico concernente aos provedores de buscas na internet.

Inicialmente, urge asseverar o seguinte: o ordenamento jurídico, visando uma assimilação da realidade social, atribui certos parâmetros de atuação em relação aos mais diversos exercícios das liberalidades humanas, tais quais o trabalho, liberdade comunicativa, dentre outras.

Procede-se assim, pois, o adjetivo absoluto frente ao direito soa, majoritariamente, como um reflexo autoritário. Dessa forma, é cediço de que a ninguém será dado direito ilimitado, bem como direito sem o imperioso dever correlacionado à sua prática.

Tal discussão, em sede jurídica, entoa as nuances das obrigações envolventes aos comportamentos, porquanto invoca os deveres dos sujeitos de direito, na tentativa de impor parâmetro de atuação. Nesse sentido, exercícios de direito propagam, também, deveres.

Nas precisas lições de Cavalieri Filho (2012, p. 02), em discussão sobre os institutos da obrigação e da responsabilidade civil, extrai-se que obrigação, diferentemente da responsabilidade civil, dialoga com um dever jurídico originário, portanto, primário. Sendo que esta, noutro sentido, manifesta-se como consequente violação deste dever.

Sendo assim, devido entender que os imperativos obrigacionais, inclusive sob o manto geral do dever de abstenção, circundam os comportamentos de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, no exercício de suas liberalidades, independente, como já visto, de uma possível responsabilização.

Continuando, o dever, ente de carga jurídico-normativa primária, é quem norteará a conduta e, por conseguinte, seus respectivos desvios comportamentais que

desdobram em responsabilidades. Faz-se assim, pois, sob pena de algaravia intersubjetiva, exercer direitos invocam em, também, exercer deveres.

Ressalta-se que, quanto à sua carga comportamental, o conteúdo dos deveres restarão, nalguns casos, com certa abertura conceitual e integrativa. Assim sendo, nosso ordenamento jurídico não prevê, exaustiva e taxativamente, todos os comportamentos desviantes, valendo-se, por vezes, de cláusulas abertas.

Sobre o tema, assevera Cavalieri Filho:

Em síntese, nas obrigações de conteúdo determinado a identificação do dever originário faz-se com facilidade, em face da própria lei ou negócio jurídico, que são sua fonte. Nas obrigações de conteúdo indefinido, entretanto, em que apenas se aponta para um fim (guardar, administrar, não causar dano etc.), sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia a determinação dos atos que hão de constituir a conduta devida. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 06)

Em extrato normativa, situando a discussão com base na Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – colaciona-se as proteções e limites propostos por nosso ordenamento no tocante aos usos das plataformas digitais, a fim de tangenciar o cenário protetivo e obrigacional digital hodiernamente.

Nesse sentido, por expressa determinação da supracitada lei federal, consoante seu art. 3º, inciso II, a proteção da privacidade é um dos princípios disciplinantes do uso da internet no Brasil. Outrossim, prevê o art. 7, inciso I, do Marco Civil da internet como direitos do usuário: “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além disso, necessário trazer à discussão, respeitante à proteção da privacidade, do que dispõe o art. 11 da Lei n. 12.965/2014, nos termos:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Consigna-se, portanto, que o valor da privacidade norteia toda a aplicação e uso que se faz com a internet. Sendo assim, em discussão preliminar, os provedores de

buscas devem, também, observar os preceitos da privacidade dos usuários quando de suas atividades.

Seguiremos, no presente momento, a fim de alocar a exposição num dos tópicos nucleares do nosso estudo, a discorrer sobre a responsabilidade em sede civilista e seus manifestos reflexos, intencionado embasar os fundamentos quando da discussão, casuisticamente, da responsabilidade dos provedores de buscas na internet.

3.2 RESPONSABILIDADE CIRCUNDANTE

A discussão da responsabilidade³¹, em abstrato, denota, primeiramente, que o Direito resta atento para comportamentos conflitantes em relação ao nosso ordenamento jurídico. Tal é assim, pois, implantar obrigações ou deveres sem que, porventura, o desvio seja responsabilizado é, em resumo, incentivar práticas desvirtuosas, sufragando o desprezo pela lei.

A responsabilidade civil³², nesse sentido, visa impor consequências, em níveis privatísticos, às condutas desabonadoras à lei. Funciona, portanto, com resposta a comportamentos, sejam eles comissivos ou omissivos, indesejados.

Nas precisas lições de Cavalieri Filho, referente aos níveis conceituais de tal instituto jurídico, expõe-se:

31 Discorrendo sobre os sentidos aos quais pertencem ao conceito de responsabilidade, o ilustre civilista Venosa (2008, p. 04) preceitua: “O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o vigente Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos.”

32 Em apreço à linearidade histórica do instituto da responsabilidade civil, consagra-se os ensinamentos de Tepedino (2009, p. 202 – 203): “A ideia de responsabilidade civil relacionava-se, tradicionalmente, com o princípio elementar de que o dano injusto, ou seja, o dano causado pelo descumprimento de dever jurídico, deve ser reparado. Nas sociedades primitivas, a regra de Talião – dente por dente, olho por olho –, absorvida pela Lei das XII Tábuas, determinava o *nexus* corporal do violador perante o ofendido. Pouco a pouco, todavia, separou-se a responsabilidade civil criminal, consagrando-se a *Lex Poetela Papilia* (326 a.C.), com a contenção da responsabilidade civil à responsabilidade patrimonial – o Senado romano teria se sensibilizado com a comoção popular suscitada pelos castigos corporais impostos ao jovem Caio Publílio, em estando de *nexus* em virtude de débito contraído por seu pai, segundo conta Livio. Os ritos corporais macabros, relatados pelo antigo direito romano, são, finalmente banidos das legislações dos povos civilizados, adquirindo a obrigação civil feição unicamente patrimonial, delineando-se, então, o arcabouço teórico que rege até hoje a responsabilidade civil subjetiva, negocial (tratada especificamente pelo Código Civil Brasileiro no capítulo relativo aos Contratos) e extranegocial.”

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 02)

À luz dos ensinamentos de Diniz, quanto ao tema, inclusive sobre o diálogo dos desvios morais e jurídicos, observa-se³³:

O domínio da moral é mais extenso do que o do direito, de sorte que este não abrange muitos problemas subordinados àquele, pois não haverá responsabilidade jurídica se a violação de um dever não acarretar dano. A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *statu quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem. (DINIZ, 2009, p. 22)

No tocante, agora, aos pressupostos do instituto ora em análise, necessário convir que a doutrina é vacilante. Apesar disso, firma-se o entendimento sobre o qual a responsabilidade civil apresenta, em linha de pressupostos, uma classificação tetrapartida, quais sejam: ato ilícito, dano, culpa e nexa causal. (CHAVES; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 147)

Todavia, sobreleva ressaltar que os quatro pressupostos acima elencados relacionam-se à perspectiva da responsabilidade subjetiva. Ocorre, contudo, em sede de responsabilidade objetiva³⁴, consoante assevera Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 147), na perspectiva objetiva “sobejam banidos da obrigação de indenizar os

³³ Ainda sobre o tema proposto, preleciona, em seu Tratado sobre Responsabilidade Civil, os autores Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 37): “A responsabilidade legal necessita de uma justificativa moral. Principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, exige-se um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade. Por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Mas aquele era o mundo das relações interindividuais. Atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento. Esse é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa.”

³⁴ A responsabilidade objetiva encontra respaldo normativo na cláusula geral prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, determinando: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

pressupostos do ato ilícito e da culpa, concentrando-se a atenção do civilista nos pressupostos do risco da atividade, nexos causal e dano.”

Antes de adentrar, pormenorizadamente, ao enlace dos provedores de buscas digitais, por lucidez metodológica, considerando a importância da distinção, inclusive sobre o presente trabalho, deve-se expor os tipos de responsabilidade civil existentes.

Em sendo assim, doutrina majoritária contempla a responsabilidade civil em dois tipos: contratual e extracontratual, considerando a qualidade da violação que se apresenta. Havendo, anteriormente, um vínculo obrigacional, sendo o dever de indenizar como resposta ao inadimplemento, estamos diante da responsabilidade contratual. Outrossim, acaso o dever advinha de uma lesão a direito subjetivo, inexistindo entre os sujeitos qualquer vínculo preexistente que invoque em relação jurídica, teremos a responsabilidade extracontratual ou aquiliana.³⁵ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 16)

Por oportuno, ainda nas precisas lições de Cavalieri Filho, assevera-se:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17)

Concernente à dinâmica contemporânea do instituto da responsabilidade civil, reconhece-se, assim como os demais institutos jurídicos, que, visando acompanhar as novas perspectivas por eles enfrentadas, mudanças, ainda que incipientes, devem ocorrer. Por óbvio que a essência do ente, portanto, seu núcleo-duro, mantém-se íntegro, propondo, todavia, novas vertentes de assimilação conforme os casos práticos vivenciados.

35 No tocante à responsabilidade extracontratual, modelo que seguiremos o estudo frente aos provedores de buscas na internet, consubstancia Diniz (2009, p. 525): “A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém. Nosso Código Civil regula essa responsabilidade nos arts. 186, 927, 188 e 928 a 954.”

Dessarte, discorrer sobre a responsabilidade civil em tempos presentes³⁶, principalmente considerando as inventivas tecnológicas as quais os indivíduos encontram-se sujeitos, perpassa por relacionar e enquadrar, juridicamente, os recentes comportamentos e costumes enfrentados.³⁷ Isto posto, os deveres, estrutura primária de observância à lei, ampliam-se e novos cenários de responsabilidades exsurtem, visando a imposição de consequências de condutas outrora detidas por irrelevantes.

Nesse contexto, cita-se o discutido por Chaves, Rosenvald e Braga Netto, dizendo³⁸:

A responsabilidade civil dos nossos dias se põe em permanente processo de abertura e reformulação, renovando-se a partir da renovação que emerge da própria sociedade contemporânea. Os valores básicos e fundamentais da ordem jurídica devem se refletir na solução dos conflitos ligados à responsabilidade civil. O direito privado dos nossos dias é um direito privado que pressupõe a teoria dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios (e sua aplicação direta às relações privadas), a funcionalização social dos conceitos e categorias, a priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, a repulsa ao abuso de direito, entre outras questões próprias do nosso século (ou que se intensificaram nele). (CHAVES, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p. 590)

A responsabilidade civil, nesse sentido, considerando o inovar da contemporaneidade, com suas neófitas ameaças, ganha relevos, inclusive em suas interpretações visando à aplicabilidade de melhor amparo aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, outrora nunca vistos.

Venosa, sobre a era tecnológica, afirma:

Cada vez mais a vida privada é ameaçada. Os direitos fundamentais podem ser seriamente ameaçados pela computação, principalmente os direitos da

36 Nesse sentido, como bem assevera Venosa (2008, p. 02): “Acrescente-se que o estudo da responsabilidade civil é especialmente dinâmico, estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, fruto não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades sociais.”

37 Nesse amparo, em incidência dessa nova era, consubstanciada pela irradiação digital em nosso cotidiano, diz os ilustres civilistas Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 806): “Convém lembrar – embora pisando na lama da obviedade – que em se tratando do universo digital, poucas horas equivalem a dias ou meses no universo físico-convencional (no que se refere à propagação das informações, muitas vezes, ofensivas e falsas). Qualquer solução, portanto, legal ou jurisprudencial, que deixar de constatar essa realidade cairá em descrédito e se mostrará inefetiva.”

38 E continuam os eminentes autores sobre as remodelações da responsabilidade civil contemporaneamente: “Em vez da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunscrição – e por que não, no cuidado –, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.” (CHAVES; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 37)

personalidade. A lei deve assegurar e preservar, a qualquer preço, como direito fundamental, o mínimo de privacidade a cada um. A tecnologia, portanto, que deveria propiciar maior conforto ao Homem, transformou esse conforto em permanentes exigências que a cada momento pipocam na tela de seu computador ou tilintam em seu telefone celular. Exigem-se respostas imediatas porque imediatos são os contatos do mundo virtual que se entrecruzam permanentemente. (VENOSA, 2008, p. 279)

Neste diapasão, frente a transformação da realidade da responsabilidade civil hodiernamente, devido convir que, ampliando a discussão, o sistema jurídico apresentasse não mais com a retração e rigidez de outrora, todavia, agora, com uma abertura significativa a princípios normativos. Estabelecendo objetivos e fins a serem almejados, tais princípios agem dinamicamente, numa ponderação pertinente à sua aplicação aos casos concretos. (CHAVES; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 590-591)

Em sendo assim, a responsabilidade civil perpassa por parâmetros de atuação distintos, a fim de acompanhar a realidade cibernética, proposta dominante desta época. Faz-se desta forma, pois, o cenário atual, com o acúmulo de deveres sensíveis, porém não taxativamente explícitos, irriga os variados comportamentos e atividades presentes. Guardar o direito à privacidade nas atividades dos provedores de buscas é, de fato, um dever e, caso ocorra algum malfeito a terceiro, exigível é a imposição de certas obrigações.

Portanto, assevera-se que o cerne da aplicação jurídico-civilista atualmente, referente à abertura hermenêutica, principalmente no afastamento, nalgumas situações, da técnica subsuntiva, é de primeira ordem em nossa sociedade, inclusive para a devida proteção do ser em suas variadas singularidades.

Por isso, o transbordamento principiológico e o diálogo sobre direitos fundamentais alcançaram, sim, o tema da responsabilidade civil, sob pena de desprezar infortúnios relevantes ao cenário jurídico, tal qual o direito ao esquecimento na perspectiva dos provedores de buscas cibernéticos.

Destaca-se, fundamentando, o seguinte:

O padrão hermenêutico dos séculos passados era, em boa medida, orientado pela estrutura da subsunção, que refletia um modelo lógico formal. Não que devamos parar de trabalhar com a subsunção, mas ela, hoje, está muito longe de ser o modo exclusivo ou mesmo o mais importante de resolver questões jurídicas, sobretudo quando complexas. Os princípios, nessa perspectiva, são atores fundamentais no processo cultura de abertura do sistema jurídico. A solução dos problemas hoje é buscada à luz das variáveis situacionais. Os casos concretos, ricos em especificidades, afastam, como dissemos, a lógica da subsunção, própria dos séculos passados. A herança cultural que o direito atual deixará, além da

ética, será o respeito ao pluralismo. (CHAVES; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 594)

Nesse sentido, consoante a máxima proteção dos direitos fundamentais³⁹, inclusive com esteio no princípio da supremacia constitucional, propor que a responsabilidade civil atenha-se ao princípio da dignidade humana, aos direitos da privacidade, intimidade e, incidentalmente, direito ao esquecimento é, sobretudo, pugnar por dar relevo jurídico a situações que, de fato, merecem amparo por nosso ordenamento.⁴⁰

39 Tamanha importância desses direitos para a presente Carta Magna que consta, explicitamente, a observância de sua aplicação, asseverando em seu art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

40 Respeitante ao tema, propõe Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2017, p. 599), revelando os paradigmas a serem manejados pelo direito presentemente, o seguinte: “O direito do terceiro milênio exige uma leitura ética, que dialogue com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos puramente apriorísticos e formais. Isso não significa, convém repetir, que o juiz possa se liberar dos limites do sistema jurídico. Não se trata de voluntarismo, mas de reconhecer a força normativa dos princípios e a importância da teoria dos direitos fundamentais. A solução para os casos difíceis não virá apenas da norma, mas de uma construção complexa em que atuam a sociedade, o intérprete e os atores sociais, com valores plurais e nem sempre homogêneos.”

4 (IR)RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISAS À LUZ DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

4.1 CONTORNOS E TENSÕES ATUAIS

Os paradigmas atuantes na contemporaneidade, em conflitos antagônicos, recorrem, de um lado, à imediatividade do fluxo informacional, servindo-se de todo o aparato tecnológico presente, em contrapartida, por outro, da permanência e eternização das informações plasmadas nos diversos sítios e plataformas cibernéticas.

Nesse contexto, tratar a aplicação do direito ao esquecimento no tocante aos provedores de buscas na internet é, incidentalmente, propor uma interpretação civil-constitucional para a discussão, tendo em vista a imprescindibilidade, considerando a unidade do ordenamento jurídico, da irradiação constitucional para a devida compreensão e aplicação do referido direito nessa seara.

Discussão nuclear quando do estudo sobre o assunto são os limites e distinções entre o conteúdo em si e, por conseguinte, a sua devida disponibilização. É cediço que a atividade afeta aos provedores de pesquisas destina-se a, sumariamente, catalogar conteúdos e informações, numa varredura intensa de todos os sítios eletrônicos que contenham as palavras-chaves da busca do usuário, a fim de fornecê-lo o maior número de informações possíveis sobre a pesquisa por si realizada.

Em sendo assim, age numa facilitação de algo que poderia demorar horas a fio, sendo disponibilizado em apenas segundos de pesquisa.

Revela-se, destarte, que os provedores de pesquisas não são, de fato, a foz do conteúdo por eles expostos, porquanto os dados e informações catalogados poderiam ser acessados diretamente, sem o recurso proposto da catalogação. Prescindível, desta feita, o serviço ofertado pelos provedores de buscas, mas frise-se, por oportuno, que o desuso é a manifesta exceção em nosso cotidiano.

Em frente legal, salienta-se que o legislador pátrio, atento e precavendo-se de algumas outras futuras discussões, reconheceu a distinção entre o binômio conteúdo-catalogação.

Em substrato normativo, introduzindo-se em linhas mais afetas ao tema proposto, vem em consideração o art. 18 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que diz: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

Todavia, frisa-se, preliminarmente, que os provedores de pesquisas não são integralmente alheios aos conteúdos catalogados, haja vista que a sua atividade implica, sim, em um específico tratamento de dados, seja pela via da ordenação, da qual se atribui gradiente de importância aos conteúdos catalogados, assim como o devido armazenamento em seus bancos de dados das mais variadas informações.

À vista disso, sobreleva considerar os porquês envolventes da aplicação pátria pelos tribunais superiores do direito aos esquecimento. Encontra-se respaldo jurídico impor certas obrigações aos provedores de pesquisas mesmo sem sê-los a fonte do conteúdo? Ademais, com o pretense “apagamento”, os direitos das liberdades comunicativas e o acesso à informação não restariam maculados? Outrossim, a lei federal supracitada já afirma a irresponsabilização pelos danos gerados a partir dos conteúdos expostos, mas assenta-se em que frentes as possíveis imposições de obrigações?

Tais disposições são de ordem primeira para a atual identidade do problema que ora se propõe. Desta maneira, abordar-se-á, nos tópicos abaixo, as indagações propostas, permeando ares das liberdades comunicativas e acesso à informação, análises de casos, dentre outros.

4.1.1 Liberdades Comunicativas e Acesso à Informação

Comunicar e ser informado são classes essenciais que regem um Estado Democrático de Direito. A escuridão e surdina dos mais diversos fatos do cotidiano não se compactuam com um Estado que intitule ser livre.⁴¹⁴²

Assim sendo, as liberdades comunicativas e o direito à informação, entes intrinsecamente ligados, até por precedência lógica, guardam relevo constitucionais⁴³,

41 Como bem observa Barroso (2004, p. 33), tratando do tema em comparativo brasileiro, preleciona: “Como se sabe, a história da liberdade de expressão e de informação, no Brasil, é uma história acidentada. Convive com golpes, contra-golpes, sucessivas quebras da legalidade e pelo menos duas ditaduras de longa duração: a do Estado Novo, entre 1937 e 1945, e o Regime Militar, de 1964 a 1985. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegeu alvos diversos, da religião às artes. As razões invocadas eram sempre de Estado: segurança nacional, ordem pública, bons costumes. Os motivos reais, como regra, apenas espelhavam um sentido autoritário e intolerante do poder.”

42 Nesse sentido, ainda sobre o exemplo nacional, expõe Sarmento (2016, p. 208): “Uma das características mais nefastas do regime autoritário, da qual o constituinte quis se desvencilhar, foi o desprezo às liberdades comunicativas. O Brasil era um país que censurava os meios de comunicação e as artes; que proibia a divulgação de críticas e de notícias desfavoráveis; que prendia, exilava, torturava e assassinava pessoas pelas ideias que ousavam defender.”

43 Vide o exposto no artigo 5º, incisos XIX e XXXIII, da Constituição Federal, determinando, respectivamente: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” e “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena

norteando toda a prática e os usos informacionais em nosso País, porquanto indispensáveis para uma vida coletiva ativa e participativa dos temas pungentes na sociedade.

Adentrando para possíveis noções das liberdades comunicativas, inclusive no relevo informacional de nossa era, assevera Mazzuoli:

Pode-se dizer que, na era da comunicação (especialmente da comunicação digital) pela qual passa o mundo, os direitos comunicativos integram o eixo fundamental da concepção contemporânea dos direitos humanos. Daí se falar na existência de 'direitos comunicativos fundamentais' (Kommunikationsgrundrechte) dos cidadãos, que se expressam de maneira multifuncional, deles decorrendo, v.g., a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiofusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicações e de comunicação em rede. Nesse sentido, o acesso livre à internet para todos os cidadãos torna-se um dos direitos humanos mais importantes do mosaico de direitos comunicativos da pós-modernidade (MAZZUOLI, 2015, *on-line*)

Ainda propõe o eminente autor, quanto às espécies componentes da ampla gama dos direitos comunicativos: a liberdade de opinião; liberdade de expressão *stricto sensu*; liberdade de informação; liberdade de imprensa; liberdade de telecomunicações; liberdade de jornalismo; liberdade de navegação em meios digitais, dentre outras. (MAZZUOLI, 2015, *on-line*)

Nessa perspectiva, as liberdades comunicativas, atualmente, invocam anseios e meios multifacetados, todavia sempre em consideração à função social da informação.

Dialogando, também, com a estrutura e, por conseguinte, conceituações e desdobramentos do direito à informação, afirma Sarmento:

O direito à informação desdobra-se em três diferentes dimensões: o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público. (SARMENTO, 2016, p. 195)

Permeando, verticalmente, sobre a informação que guarda proteção constitucional, como bem observa Barroso (2004, p. 25), temos que é apenas a

de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". Ademais, colaciona-se o artigo 220, *caput* e §§ 1º 2º, da Constituição Federal: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

informação verdadeira, subjetivamente tratada. Assim se faz, pois, as fontes de comunicação têm a incumbência, razoavelmente e dentro da boa-fé esperada, apurar a veracidade dos fatos expostos, estes sob um juízo de plausibilidade a fim de extirpar possíveis negligências e difusão, dolosa ou culposa, de falsas informações, caso em que haverá não proteção e, sim, responsabilidade.⁴⁴

Desta feita, o exercício das liberdades comunicativas, frente ao proposto por nosso ordenamento jurídico, ganha contornos da veracidade conteudística abordada. Ponto de relevo, entretanto, considera invocar que os fatos envolvidos com o jaez do direito ao esquecimento podem até ser verdadeiros, todavia despiciendos e afrontosos, presentemente, à personalidade do sujeito.

Por isso, o embate entre os direitos se faz ainda mais evidente, considerando a junção de proposições lícitas e lastreadas, ambas, em direitos fundamentais, formalmente, assim como as liberdades comunicativas e acesso à informações, e de ordem material, tal qual o direito ao esquecimento.

Advém, com tal cenário, o fenômeno alusivo ao conflito de direitos fundamentais, plasmados, de um lado, o direito às liberdades comunicativas e informação e, de outro, o direito ao esquecimento, o que já vimos sê-lo manifestação da intimidade e privacidade, amparado no princípio maior da dignidade humana.

Afirma Alexy, quanto ao tema, no tocante às relações privadas, o seguinte:

A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 528)

À vista disso, salutar abordar o relevo prático que surge desse contexto, porquanto indagar a viabilidade de aplicação do direito ao esquecimento aos sítios de pesquisas na internet, considerando a ampla guarda e propulsão de informações trazidas por eles que, ainda que na qualidade de canais, tratam dados para viabilizar o fluxo informacional na internet.

⁴⁴ No mesmo sentido, anota Sarmento (2016, p. 196): “Daí porque, o dever de veracidade não pode significar a obrigação de só divulgar fatos incontroversos, nem tampouco importa na responsabilidade incondicional dos que transmitirem informações porventura incorretas [...] Em outras palavras, a verdade em questão é subjetiva – quem comunicou os fatos acreditava que fossem verídicos, depois de apurá-los com a devida cautela – e não objetiva.”

O diálogo presente, quanto à aplicação dos direitos, inclina-se à técnica da ponderação, bem sintetizada por Barroso:

A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. (BARROSO, 2004, p. 8)

Larga-se mão, desta feita, do tradicional método subsuntivo, plasmado num modelo de regras nas quais o intérprete deve revelar o sentido, em sua integralidade, que a norma jurídica legislada possui, aplicando aos casos. (BARROSO, 2004, p. 03)

Diante deste contexto, a abertura de decisões aplicadas ao caso, numa discricionariedade, vem à tona com a evolução dos métodos hermenêuticos de aplicação das normas jurídicas. Nesse sentido, ter-se-á, em cada situação paradigma, não decisões apriorísticas e integralmente contidas numa única norma, renegando as demais. Todavia, dessarte, restará um trabalho argumentativo maior do intérprete, propondo, nos casos, decisões específicas e, por vezes, singulares.⁴⁵

Em limites, por conseguinte, de uma improcedente compressão da estruturação discricionária, inclusive do próprio cenário de *hard cases* x *easy cases*, observa Streck com a lucidez que lhe é peculiar:

A cisão estrutural feita entre *easy cases* (casos fáceis) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo – já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico. Na medida em que se chega a esse nível e se faz a concessão de que “é possível fazer a distinção”, sobra uma questão essencial: acredita-se que no *easy case* há uma espécie de naturalismo, enfim, que há apenas uma explicação, que emergiria de um raciocínio dedutivo. Já no *hard case* ocorreria – a partir dessa distinção – uma complexidade trazida pelo modo de ser-no-mundo e, por isso, por ser trazido desse modo (compreensivo), não seria possível reduzi-lo a uma simples explicação causal. Na verdade, o explicar – utilizado para o que se classifica de *easy case* – é da ordem da causalidade; já o compreender é da ordem do acontecer, não procedimental. (STRECK, 2014, p. 310)

⁴⁵ Em continuidade ao tema proposto, Alexy (2015, p. 626), quanto aos limites da discricionariedade e a tônica da unidade constitucional, afirma: “À restrição material as discricionariedades cognitivas acrescentam um limite epistêmico. Esse limite é requerido pela constituição como um todo, ou seja, por um argumento sistemático-constitucional. Isso faz com que, da perspectiva daquilo que a constituição como um todo exige, a divergência desapareça.”

Cediço, pois, consoante toda a teoria argumentativa e complexidade de casos, que não há direitos absolutos e inexpugnáveis a fim de renegar toda e qualquer aplicação dos demais.

Nesse contexto, incidentalmente sobre as liberdades comunicativas, esclarece Mendes, quando da referência ao art. 5º, X, da Constituição Federal:

É fácil de ver, pois, que o texto constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. (MENDES, 2015, p. 298)

Em continuidade, posto isso, revela-se perceptível que as limitações das liberdades comunicativas e o próprio direito à informação denota uma certa abertura para direitos versados ao recato, tal qual o direito ao esquecimento.

Por oportuno, frise-se que, nesta tensão, encontra desenvolvimento o direito ao esquecimento, no tocante ao controle de dados pessoais aos quais não incidem interesse público.⁴⁶⁴⁷ (SARMENTO, 2016, p. 227)

Nesse viés, abre-se margem para fundamentar limitações do direito à informação, bem como não se configurar censuras certos cerceamentos de conteúdos expostos pelos mecanismos de pesquisas na internet, uma vez reunido o binômio da proteção à dignidade humana, princiamente em sua autodeterminação informacional, e o desinteresse público na informação versada. Desta feita, ainda que manifestamente residual, inclina-se argumentativamente possível, em amparo jurídico, o direito ao esquecimento nesse contexto.

4.2 CASOS PARADIGMÁTICOS

46 Como bem observa Barroso (2004, p. 27) ao tratar do tema do interesse público, afirmando sê-lo a regra geral: “O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.”

47 Ainda sobre o tema, revela Sarmento (2016, p. 197): “Como já destacou o STF, deve-se partir da presunção de existência de interesse público nas informações transmitidas pelos meios de comunicação social. Tal presunção se justifica porque a categoria ‘interesse público’ é extremamente maleável, e a sua plasticidade pode ser empregada, voluntariamente ou não, para bloquear o acesso da cidadania a informações importantes.”

4.2.1 Xuxa vs Google

O presente Recurso Especial nº 1.316.921 - RJ, de relatoria da doutra Ministra Nancy Andrighi, adveio da discussão sobre a possibilidade de retirada, no tocante ao sistema de busca do Google, de termos envoltentes ao contexto de pedofilia e a apresentadora Xuxa Meneghel, porquanto alegou que a exposição de notícias e imagens referente ao tema servia para reacender uma imagem a qual ela não desejaria mais ser lembrada, situação em que contracenou, junto a uma criança, cenas de sexo.

Em síntese do pedido, a autora promoveu a ação desejando compelir o mecanismo de pesquisa *Google Search* a retirar quaisquer resultados concernentes às buscas decorrentes da expressão “xuxa pedófila” ou outras que acabe por associar o nome da apresentadora a práticas criminosas quaisquer.

Colacionando crucial trecho do voto da Ministra Relatora do recurso ora analisado, temos:

Na hipótese específica dos autos, por exemplo, a proibição de que o serviço da recorrente aponte resultados na pesquisa da palavra “pedofilia” impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. A vedação restringiria, inclusive, a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento! Os exemplos acima ilustram a importância dos sites de pesquisa e o quão pernicioso pode ser a imposição de restrições ao seu funcionamento. A verdade é 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. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. (STJ, 2012, *on-line*)

Nesse sentido, o cerne da decisão, revelando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça à época, é em afirmar a prevalência das liberdades comunicativas, escanteando qualquer possibilidade de imposição obrigacional perante os provedores de buscas na internet.

Sintetizando as teses fixadas, até para um melhor comparativo do caso a ser posteriormente analisado, ei-las: i) aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às atividades e serviços ofertados pelos provedores de pesquisas; ii) é ilegítima a responsabilização dos mecanismos de buscas pelo conteúdo dos resultados derivados das pesquisas feitas pelos seus usuários; iii) os provedores de pesquisas não podem ser

obrigados a controlar, previamente, o conteúdo dos resultados das pesquisas feitas pelos seus usuários; iv) os provedores de pesquisas não podem ser obrigados a eliminar resultados emanados das buscas de seus usuários advindos de certos termos ou expressões; v) O lesado, identificando o autor do ilícito, não tem motivo para demandar contra os provedores de pesquisa, porquanto apenas facilitam o acesso de algo que se encontra publicamente disponível na rede para divulgação, em que a vítima carecerá, inclusive, de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição.

Sucedendo, todavia, que a *ratio decidendi* versou em linhas mais afetas ao tipo argumentativo direcionado às liberdades comunicativas, direito à informação e proibição de censura, não direcionado, contudo, ao teor do direito ao esquecimento e seu possível diálogo constitucional. Por isso, com o devido respeito aos elevados ministros, forçoso reconhecer a incompletude do decidido, considerando a ampla discussão frente aos direitos da personalidade e sua manifestação do direito ao esquecimento que poderia ser feita.⁴⁸

4.2.2 D.P.N vs Google-Yahoo

O presente Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ debruçou-se sobre a temática da responsabilidade dos provedores de buscas frente ao direito ao esquecimento, contudo, diferentemente do caso Xuxa vs. Google, discorreu, pormenorizadamente, sobre o instituto do direito ao esquecimento, além de representar uma virada jurisprudencial, ainda que incipiente, sobre o tema.

Nele, a recorrente propunha que os provedores de buscas não catalogassem conteúdos referentes à fraude do concurso da qual fora acusada de envolvimento e, posteriormente, afastada tal participação, quando o usuário digitasse unicamente seu nome no buscador. Assim, a recorrente quis extirpar tais resultados quando a pesquisa envolvesse apenas e exclusivamente o seu nome.

Desta feita, a decisão do STJ reconheceu a responsabilidade e impôs obrigações aos provedores neste caso, determinando que não houvesse mais essa direta

⁴⁸ Nesse sentido, afirma Sarlet (2018, *on-line*), em artigo publicado na Revista Jurídica Conjur: “Outro aspecto merecedor de maior atenção é o fato de que em uma série de decisões (por exemplo, no REsp. 1.316.921, julgado em 26 de junho de 2012 (o paradigmático caso Xuxa vs. Google), embora se tenha tratado do conflito entre proteção da personalidade e a liberdade de expressão e informação, a argumentação se limitou a sumária afirmação da prevalência da última sem investimento mínimo que o seja na justificação de tal prevalência na perspectiva da CF e do caso concreto.”

correlação entre o nome da recorrente e a respectiva exposição de conteúdos que envolvesse fraudes

Veja-se trecho do voto-vencedor do Ministro Marco Aurélio Belizze, o qual condensa bem o teor da mudança:

Note-se que não se trata de impugnar o resultado em pesquisas que pretendessem resgatar notícias vinculadas a fraudes em concurso nem os resultados decorrentes da busca que associasse o nome da recorrida e outro critério que aludisse a concursos públicos ou fraudes. A insurgência é restrita ao apontamento de seu nome, como critério exclusivo, desvinculado de qualquer outro termo, e a exibição de fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes. Outrossim, a manutenção desses resultados acaba por retroalimentar o sistema, uma vez que, ao realizar a busca pelo nome da recorrida e se deparar com a notícia, o cliente acessará o conteúdo – até movido por curiosidade despertada em razão da exibição do link – reforçando, no sistema automatizado, a confirmação da relevância da página catalogada. Assim, é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, até para afastar a função de censor das ferramentas de busca, em casos em que se sustente a necessidade de interferência pontual para assegurar à pessoa em causa a quebra dessa vinculação eternizada pelos sites de busca, a fim de desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo. Essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. Por outro vértice, aqueles que quiserem ter acesso a informações relativas a fraudes em concurso público, não terão seu direito de acesso impedido, porquanto as fontes que mencionam inclusive o nome da recorrida permanecerão acessíveis. Contudo, sua busca deverá conter critérios relativos a esse conteúdo, seja em conjunto com o nome da recorrida, seja de forma autônoma. (STJ, 2018, *on-line*)

Impera ressaltar, ademais, como visto no trecho colacionado acima, que o conteúdo continua acessível a todos os públicos, desde que direcionem suas pesquisas para o específico fato em questão. Portanto, harmonizou-se o direito à informação e à intimidade e privacidade, manifestado pelo direito ao esquecimento.

Em conclusão, o presente recurso analisado, pela primeira vez em sede nacional, impôs a obrigação de filtragem dos conteúdos catalogados pelos provedores de pesquisas. Desta feita, reconheceu a participação dos provedores de pesquisas, ainda que indiretamente, na disponibilização do conteúdo, obrigando-os a, considerando a pesquisa realizada pelo usuário, não catalogar informações relativas ao fato desabonador que envolve a recorrente.⁴⁹

49 O eminente Sarlet (2018, *on-line*), noutro artigo publicado pela revista jurídica *Conjur*, sobre a decisão do STJ ora analisada, afirma o seguinte: “Assim, sem que aqui se tenham esgotado as possíveis críticas e o exame das controvérsias vinculadas à decisão do STJ, o fato é que, a depender dos desenvolvimentos futuros, em vindo um direito à desindexação dos mecanismos de busca e mesmo a instalação de filtros a ser chancelada e consolidada, o julgado apresentado poderá de fato significar uma espécie de viragem de Copérnico no que toca ao direito ao esquecimento na internet na ordem jurídica brasileiro. Se, todavia, se trata de uma guinada para melhor, é pelo menos em parte questionável e definitivamente demanda maior reflexão e uma postura vigilante.”

Tal decisão representa, por conseguinte, uma mudança em nossa jurisprudência nacional, uma vez que abandonou apenas a perspectiva das liberdades comunicativas e o direito à informação, passando a uma maior análise dos direitos da personalidade, importando em obrigação perante os provedores de pesquisas.

Revela-se necessário, todavia, tratar-se de um esquecimento aparente ou condicional, tendo em vista que o conteúdo desabonador à recorrente poderá, ainda, ser acessado e catalogado pelos provedores de pesquisas. O que se impôs, dessarte, foi descorrelacionar apenas o nome da recorrente e o aparecimento dos respectivos conteúdos que lhe causam dissabor, numa evidente filtragem de materiais a serem exibidos. Assim se fez, pois, numa retroalimentação, o sistema dos provedores de pesquisas, de pronto, mostravam todas as notícias relacionadas à fraude no concurso que envolvia a pessoa da recorrente, apenas com a digitação, pelo usuário, de exclusivamente o nome dela.

Cediço é o entendimento que tal decisão percorreu, ainda que em passos pequenos, a uma evidente mudança conferida à responsabilidade dos provedores de pesquisas, antes não suscetíveis a nenhuma imposição de obrigação nesse contexto envolvente.

Propõe-se, ampliando a discussão, se é viável, juridicamente, impor a obrigação de verdadeiramente “apagar” o dado dos sistemas pertencentes aos provedores de pesquisas, num ato de íntegra desindexação, não catalogando, sob nenhuma hipótese, as informações referentes à violação do direito ao esquecimento. Sabe-se, ainda, que em sede de discussão penal, princialmente sob o manto da ressocialização ou da verdadeira inocência do acusado, certos programas foram impedidos de tratar o fato fazendo alusão a certas personagens que iriam ser citadas e relatadas as suas pretensas participações no crime.

Em síntese, o gradiente de aplicação do direito ao esquecimento, direito autônomo e, como já visto alhures, de status fundamental, ainda, em jurisprudência pátria, percorre imposições aparentes e não inteiramente completas aos casos postos em análise.

Nesse sentido, desenvolvendo o tema, e adentrando ao conteúdo norteador de toda a argumentação enunciada no presente estudo, reconhecendo os direitos envolvidos e, por conseguinte, a sua relativa eficácia da decisão jurídica no seio social, forçoso propor pela viabilidade jurídica da imposição de certas obrigações aos provedores de

pesquisas, responsabilizando-os, inclusive, não somente com a imposição de filtragem, assim como a desindexação de certos conteúdos em seus quadros de armazenamento.⁵⁰

⁵⁰ Em sede de direito comparado, decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia datada de 2014, relativo ao litígio entre Google Spain vs. Mario Costeja González, concedeu, pela primeira vez, o direito à desindexação. O suporte essencial para a resolução foi o devido reconhecimento dos serviços dos provedores de pesquisas como tratamento de dados, incidindo, a partir disso, a diretiva do direito comunitário relacionada aos dados e privacidade dos indivíduos. (EUROPA, 2014, *on-line*)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, restou assentado que os direitos à privacidade e intimidade, em sua propensão atual, não se satisfazem apenas nos anseios de “estar só”. Outrossim, voltam-se, sobremaneira, ao controle do fluxo informacional atinente ao ser, à vista dos exponenciais avanços tecnológicos que, sob pena de crise de representatividade perante o Estado, deve-se agasalhar os mais diversos feixes personalísticos do indivíduo, notadamente as informações circundantes sobre sua pessoa.

Ademais, verificou-se, adentrando ao topos do direito ao esquecimento, que a este não se atribui o apagamento ou reescrita da história, todavia, inclina-se à permissão de certas remodelações aos fatos pretéritos quando transmudados para o presente, a fim de proceder um mínimo de convivência harmônica no seio social, importando nalgumas delimitações dos usos que se faz do passado, contextualizando-o.

Em continuidade ao proposto, consoante o viés impositivo deste direito, temos, ainda, a inexistência de um a priori de aplicabilidade no tocante ao direito ao esquecimento, haja vista ser os critérios cronológico e dimensional analisados *in casu*, sempre à luz da primazia protetiva da pessoa humana.

Discorrendo sobre o substrato normativo-material circundante ao tema, contactou-se que o direito ao esquecimento, malgrado a sua não previsão normativa em nosso ordenamento jurídico, assimila conteúdos dos direitos à privacidade e intimidade, e, considerando a elasticidade dos direitos da personalidade, em função do forte diálogo axiológico que o subjaz, notadamente relacionado ao princípio da dignidade humana, de núcleo integrativo e fonte de novas remodelações de direitos, convém reconhecê-lo, também, como partícipe dos direitos da personalidade.

Outrossim, em criterioso suporte constitucional, amparando-se no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, do qual se extrai os direitos fundamentais em nível material, entende-se, também, pelo status fundamental do direito ao esquecimento, a julgar pelo teor valorativo que o cinge e a sua conseqüente expressão na dignidade humana, plasmada no art. 1º, III, da Constituição Federal, como sendo uma das manifestações desta cláusula geral e de ampla compleição axiológica.

Permeando o diálogo da exposição nos meios cibernéticos, num recorte incidental, concluiu-se que na legislação ordinária, principalmente do que se recorta da Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, desponta o entendimento de que o valor da

privacidade é imperativo em todos os usos e aplicações dos quais se faz com a internet e os provedores de pesquisas. Inseridos nesse cenário, pois, devem observar os preceitos da privacidade em suas atividades, uma vez que exercer direitos denotam, também, em certos deveres.

Noutros enfoques, em discussão sobre a responsabilidade civil em tempos presentes, visou-se expor que os deveres, estrutura primária de observância ao ordenamento, influenciando-se pelas cláusulas abertas, ampliam-se, fazendo com que novos cenários de responsabilidades exsurjam, visando a imposição de consequências de condutas outrora detidas por irrelevantes.

Dessarte, a responsabilidade civil hodiernamente assimila parâmetros de atuação distintos com o fito de acompanhar a realidade digital, notadamente com o acúmulo de deveres sensíveis, porém não taxativamente explícitos. À vista disso, o zelo pela privacidade no mundo cibernético é, inexoravelmente, um dever do qual, ocorrendo desvios, exigível se faz a imposição de certas obrigações.

Partindo-se para a perspectiva respeitante às atividades dos provedores de pesquisas, é cediço que destinam-se, sinteticamente, ao catálogo de conteúdos e informações, numa varredura intensa de todos os sítios eletrônicos que contenham as palavras-chaves da busca do usuário, não sendo, pois, a foz imediata do conteúdo em si. Todavia, intermedeiam os acessos de pesquisas, o que já denota, destarte, o tratamento de dados.

Examinado o caráter sensivelmente aberto da análise, no tocante ao conflito de direitos que tangenciam o tema, numa possível tensão entre as liberdades comunicativas e a afirmação do direito ao esquecimento, sob o viés das atividades dos provedores de pesquisas importar, sim, em tratamento de dados, inclusive com preleção sobre os conteúdos a serem exibidos, proclamou-se a possibilidade de certa margem a fundamentar as limitações das liberdades comunicativas e o direito à informação.

Com esta consideração, reunindo-se, no caso concreto, o binômio do amparo à dignidade humana, em sua perspectiva de autodeterminação informacional, e, por conseguinte, o desinteresse público na informação versada, critério essencial quando da análise do esquecimento agasalhado pelo ordenamento jurídico, propõe-se, a despeito de manifestamente residual, argumentativamente possível a viabilidade jurídica de impor obrigações aos provedores de pesquisas a fim de salvaguardar o direito ao esquecimento.

Em sede jurisprudencial, denota-se que nossos tribunais pátrios permearam da total irresponsabilidade à possibilidade de impôr obrigação de filtragem a certos conteúdos catalogados pelos provedores de pesquisas. Nesse sentido, a desindexação, caracterizada pela fulminação do conteúdo nas bases de dados dos provedores, importando em sua não catalogação, não fez posto, ainda, em nossa realidade, não obstante, em sede de direito comparado, permitir-se tal posicionamento.

Findando, em que pese a exígua extensão teórica do presente trabalho, lastreando-se na incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de nossa República, e na máxima aplicação dos direitos fundamentais, resvalando na integral proteção da personalidade do ser, compreende-se que em hipóteses específicas e bem delimitadas quanto ao conteúdo, inclusive sob o manto do desinteresse público, é possível, sim, impor pertinentes obrigações concernentes às atividades dos provedores de pesquisas, responsabilizando-os, seja por meio de filtragem e, sobretudo, a desindexação, considerando o direito ao esquecimento envolvente ao caso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela *Suhrkamp Verlag* (2006). – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 15/12/2019

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27/12/2019

BRASIL. Lei nº. 12.925 de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10/01/2020

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 274**. IV Jornada de Direito Civil. Coordenador da Comissão de Trabalho - Gustavo Tepedino e Silvio Romero Beltrão. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>> Acesso em: 20 dez. 2019

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 404**. V Jornada de Direito Civil. Coordenador da Comissão de Trabalho - Gustavo Tepedino. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>> Acesso em: 20 dez. 2019

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531**. VI Jornada de Direito Civil. Coordenador da Comissão de Trabalho - Rogério Meneses Fialho Moreira. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 20 dez. 2019

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 23. ed. reformulada. – São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 33. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. – 15. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. **Novo tratado de responsabilidade civil**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados**. 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>>. Acesso em: 19/10/2019

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos comunicativos como direitos humanos**: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 104, n. 960, p. 249-267, out. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.960.11.PDF>. Acesso em: 15/12/2019

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais**: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994; ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, n. 11, p. 25-28, nov. 1994; In: Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 673-680. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 01/05/2020

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes: revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. – Bauru, SP: Edusc, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, inciso X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, inciso X. J. J. Gomes Canotilho [et al]: outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet. Lenio Luiz Streck. Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil** - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. revista. atualizada. Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos->

[fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet](#) >. Acesso em: 19/10/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito ao esquecimento — viragem de Copérnico na jurisprudência do STJ?** 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/direito-esquecimento-viragem-copernico-jurisprudencia>> Acesso em: 19/10/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento.** 2018. Disponível em <<<https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-lembrar-fizemos-direito-esquecimento>> Acesso em: 19/10/2019

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdos, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira.** Revista Brasileira de Direito Civil, v. 7, p. 190232, jan./mar. 2016. Parecer. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume7/parecerfeito.pdf>>. Acesso em: 01/03/2020

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 32ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 1316921 RJ 2011/0307909-6. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 29/06/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 1660168 RJ 2014/0291777-1. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 05/06/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** – 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.; MORAES, M. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República** – 2. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4ª edição revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TJUE. ACÓRDÃO: Processo C-131/12. Tribunal de Justiça da União Europeia. Publicado em 13 de maio de 2014. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1733939>> Acesso em: 18 dez. 2019

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**, volume 4 – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvad Law Review. vol. 4. n. 5. 1990. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 10/12/2019