



Universidade federal da paraíba – UFPB
Centro de ciências jurídicas – CCJ
Coordenação do curso de direito – campus João Pessoa
Coordenação de monografia

Lucas Giovanni Santos Vale

**Direito Ao Esquecimento:
Uma Análise À Luz Da Ordem Constitucional Brasileira**

**João Pessoa
2021**

Lucas Giovanni Santos Vale

**Direito Ao Esquecimento:
Uma Análise À Luz Da Ordem Constitucional Brasileira**

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.

Orientadora: Prof. Dra Alessandra Macedo Asfora

**João Pessoa
2021**

**Catálogo na publicação Seção de
Catálogo e Classificação**

V149d Vale, Lucas Giovanni Santos.

Direito ao esquecimento: uma análise à luz da ordem constitucional brasileira / Lucas Giovanni Santos Vale.

- João Pessoa, 2021.

48 f.

Orientação: Alessandra Macedo Asfora.TCC

UFPB/CCJ

CDU 34

LUCAS GIOVANNI SANTOS VALE

**DIREITO AO ESQUECIMENTO:
UMA ANÁLISE À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

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.

Orientadora: Prof. Dra Alessandra Macedo Asfora

DATA DA APROVAÇÃO: 03 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Alessandra Macedo Asfora

Prof.^a Ms. Caroline Sátiro de Holanda

Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objeto de análise o direito ao esquecimento no cenário jurídico nacional. O objetivo principal deste trabalho é investigar os fundamentos constitucionais que podem justificar a aplicação do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira. Especificamente, a análise proposta por este trabalho objetiva compreender a origem do debate sobre o direito ao esquecimento; estabelecer um conceito jurídico básico sobre o que é o direito ao esquecimento; avaliar o corpo legislativo nacional que pode justificar a defesa pela existência direta ou indireta deste direito; analisar o choque de direitos fundamentais dos quais pode decorrer o reconhecimento e a aplicação do direito ao esquecimento num caso concreto; esclarecer os critérios pelos quais pode ser reconhecido o direito ao esquecimento; avaliar a repercussão do julgamento do Recurso Extraordinário n 1.010.606/RJ pelo Supremo Tribunal Federal em relação a doutrina do direito ao esquecimento no Brasil. O crescimento exponencial dos meios de comunicação de massa, fator determinante ao processo gradativo de publicização da vida privada, justifica a proposta deste trabalho, uma vez que o direito ao esquecimento desponta, justamente, como uma reação à esta nova realidade, na medida que o reconhecimento deste direito é, em verdade, instrumento pelo qual se busca conservar uma série de outros direitos individuais, como a imagem, o nome e a vida privada. É claro que o reconhecimento deste direito demanda a análise de uma série de outros fatores, uma vez que o reconhecimento do direito ao esquecimento ocorre, justamente, naqueles casos em que há uma colisão entre a liberdade de manifestação e informação e os direitos da personalidade. Ao final deste trabalho, concluiu-se que, embora o corpo normativo-jurídico brasileiro não faça qualquer referência direta ao direito ao esquecimento, é plenamente possível, com vistas a satisfação de uma série de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, e desde que que cumpridos certos requisitos, a aplicação deste direito num caso concreto envolvendo a colisão entre a liberdade de manifestação e informação e os direitos da personalidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais.

ABSTRACT

The objective of this undergraduate thesis is to analyse the right to be forgotten in Brazilian scenario. The main purpose of this work is to investigate the constitutional foundations that can justify the application of the right to be forgotten in the national legal order. Specifically, the analysis proposed by this work aims to understand the origins of the debate in the right to be forgotten, establish a basic legal concept of what the right to be forgotten is; assess the national legislative body that can justify the defense by the direct or indirect existence of this right; analyze the clash of fundamental rights that can result in the recognition and application of the right to be forgotten in a specific case; establish the criteria by which the right to be forgotten can be recognized. Assess the repercussion of the judgment of Extraordinary Appeal n. 1.010.606/RJ by the Supreme Federal Court in relation to the doctrine of the right to be forgotten in Brazil. The exponential growth of the mass media, a determining factor in the gradual process of publicizing private life, justifies the proposal of this final paper, since the right to be forgotten rises, precisely, as a reaction to this new reality, insofar as the recognition of this right is, in fact, an instrument through which one seeks to preserve a series of other individual rights, such as image, name and private life. It is clear that the recognition of this right requires the analysis of a series of other factors, since the recognition of the right to be forgotten occurs, precisely, in those cases where there is a collision between freedom of expression and information and personality rights. At the end of this work, it is concluded that, although the Brazilian legal and normative body does not make any direct reference to the right to be forgotten, it is fully possible, with a view to satisfying a series of fundamental rights inherent to the dignity of the human person, and since that certain requirements were met, the application of this right in a concrete case involving the collision between freedom of expression and information and the personality rights.

Key-words: Right to be forgotten; Personality rights; Clash of fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PASSAGEM DO TEMPO NO DIREITO	10
3 UMA DEFINIÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO	13
3.1 A ORIGEM DO DEBATE	13
3.2 O CONCEITO DE DIREITO AO ESQUECIMENTO	1Error! Bookmark not defined.
4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	22
4.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO BASE LEGAL DO DIREITOS AO ESQUECIMENTO	22
4.1.1 DIREITO À HONRA.....	23
4.1.2 DIREITOS À IMAGEM.....	26
4.1.3 DIREITOS À PRIVACIDADE	29
5 DA APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	35
5.1 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PONDERAÇÃO COMO VIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	36
6 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606/RJ	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da existência de um direito ao esquecimento tem gerado fortes influxos no campo doutrinário e jurisprudencial nos últimos anos. Na verdade, a própria definição do que viria a ser chamado de direito ao esquecimento não é ponto que prescinde de divergências, posta a relativamente recente construção teórica do tema.

Este trabalho tem como objeto justamente o direito ao esquecimento. Aqui, serão analisadas as possibilidades jurídicas constitucionais pelas quais se pode sustentar a existência implícita deste direito e a sua aplicabilidade diante daqueles casos marcados pela colisão entre o direito à livre manifestação e informação e os direitos da personalidade.

Existiria, de fato, base legal suficiente para sustentar a existência do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira diante da ausência de previsão expressa no campo normativo, e quais seriam, se afirmativa a resposta desta primeira indagação, num contexto de choque de direitos fundamentais, os limites do chamado direito ao esquecimento?

Além de responder estas perguntas, este trabalho objetiva compreender a origem do debate sobre o direito ao esquecimento, estabelecer um conceito jurídico básico sobre este direito, analisar o choque de direitos fundamentais dos quais pode decorrer a aplicação do direito ao esquecimento e esclarecer os critérios de sua eventual aplicabilidade.

Para alcançar os referidos objetivos, foi utilizada a pesquisa documental como metodologia principal, posta a quantidade de trabalhos dedicados especificamente à doutrina do direito ao esquecimento no Brasil que vem se desenvolvendo nos últimos anos.

Inicialmente, foi necessário construir uma base teórica sólida sobre o direito ao esquecimento, em que se explicou a relação tempo e Direito e a sua capacidade de justificar o debate sobre o direito ao esquecimento. A partir daí buscou-se compreender as origens da discussão sobre este direito e, então, foi fixado um conceito jurídico pelo qual o trabalho guiou os esforços.

No capítulo seguinte, buscou-se entender os fundamentos jurídicos que dão substância à discussão a respeito da compatibilidade, ou não, deste direito com a ordem brasileira. Para isso, foi necessário investigar as situações jurídicas

derivadas do choque de direitos fundamentais, notadamente a liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, das quais podem emanar o reconhecimento e a aplicação do direito ao esquecimento.

Por fim, foi feita uma análise sobre os eventuais limites da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no 1.010.606, no qual a corte entendeu pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem constitucional.

2 A PASSAGEM DO TEMPO NO DIREITO

A passagem do tempo é fator de influência no campo do Direito assim como é nos mais diversos aspectos da vida humana. O tempo, compreendido como unidade de medida pela qual se mensura o perecimento de tudo que é, ou não, sensível à experiência humana, se apresenta, na esfera jurídica, através dos mais diversos institutos, e este fator não é, propriamente, uma característica presente apenas no Direito Moderno.

Sobre o tema, Júlia Coelho (2020, p. 05) cita o antigo instituto jurídico romano, denominado *damnatio memoriae*,¹ que era expressão da passagem do tempo no Direito como sanção jurídica. A ideia de tempo como censura, manifesta no referido instituto romano, traduz-se no esquecimento do indivíduo perante a sua comunidade, através da exclusão de seu nome, seus registros, seu trabalho e qualquer outra forma de expressão que fornecesse, em alguma medida, historicidade à existência pessoal do condenado

O tempo como instrumento do Direito pode apresentar-se, também, através de formas mais complexas, essencialmente devido ao caráter ambivalente, se temporalmente considerados, de alguns institutos jurídicos. É exatamente este o caso dos prazos decadenciais, seja qual for a área do Direito pela qual este instituto se apresenta. Se para o detentor de um direito cujo exercício está submetido à fluência de um prazo decadencial o exaurimento deste prazo equivale à uma sanção, para aquele contra quem o detentor do direito tinha uma pretensão a fluência total deste prazo nada mais é do que uma benesse. Os prazos prescricionais também são institutos temporais no Direito e seguem, basicamente, a mesma mecânica funcional dos prazos decadenciais, embora com eles não se confundam, já que os objetos desses dois institutos são diferentes.

O Código Civil brasileiro de 2002, marcado por ser o diploma responsável pela regulação geral do que pode ser chamado de Direito do cotidiano, apresenta diversos exemplos concretos da importância desses prazos no exercício e na aplicação do Direito. Os artigos 45, parágrafo único, art. 119, parágrafo único, art. 178, art. 445, art. 501, art. 504, art. 745, art. 1.084, parágrafo 1º, são alguns exemplares dos dispositivos legais que condicionam o exercício de determinado

¹ Termo que, em livre tradução, significa “condenação pela memória” ou “condenação da memória”.

direito à contagem de um prazo. É de notar que os dispositivos supramencionados estão presentes basicamente em todos os Livros do Código Civil, o que, por si só, evidencia o potencial dos efeitos da passagem do tempo no Direito Civil brasileiro.

Para além destes pontos, também é possível notar a influência do tempo no Direito unicamente como benesse a um indivíduo personagem de uma situação jurídica marcada por um prazo (des)constitutivo. Como regra, os exemplos para justificar são múltiplos, porém, neste ponto, nenhum outro é de tamanha valia para o objeto desta pesquisa como o instituto da Reabilitação Penal, prevista no Código Penal brasileiro em vigor.

Conforme determina o art. 94 do Código Penal, “a reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não houver revogação, desde que o condenado [...]” (BRASIL, 1940) cumpra determinados requisitos em lei especificados. A parte final do art. 93 do mesmo diploma fixa que a reabilitação assegura o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, de modo que as informações relativas a sua condenação criminal transitada em julgado serão excluídas dos cadastros de consulta criminal.²

Através do direito subjetivo gerado pelo exaurimento do prazo necessário à reabilitação penal, o indivíduo, depois de cumprida a pena, tem a possibilidade de retornar, do ponto de vista do que é disponível ao público em geral, ao estado anterior à condenação criminal. Aqui a fluência completa do prazo funciona não como sanção, mas como puro benefício àquele que cumpriu, para além do prazo exigido, os demais requisitos fixados em lei.

Embora o instituto da reabilitação penal não seja capaz, naturalmente, de alterar um fato da vida pretérito, que neste caso é um crime, o instituto permite uma melhor reintegração do apenado à sociedade, na medida em que torna indisponível ao público a informação sobre a condenação criminal, quase como se fixasse um período em que a coletividade poderia ter “direito de memória”, ou, mais precisamente, “direito de vista”, sobre o fato.

Em sistemática semelhante ao que acontece com a reabilitação penal, o Código Penal também estabelece outra hipótese interessante de passagem do

² Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.

tempo como benefício àquele que cumpriu condenação criminal. O art. 64, inciso I do Código Penal estabelece que “para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos [...]”. (BRASIL, 1940)

No caso da reincidência, é necessário considerar que os efeitos decorrentes do cumprimento do prazo de 5 anos são, talvez, mais extremos que os efeitos do exaurimento do prazo necessário à reabilitação penal, isto porque o que o legislador faz, naquele caso, é substituir um fato – o crime- por uma ficção de não existência de crime quando da nova condenação, manobra que é absolutamente possível, uma vez que o Direito é, em essência, lógico-formal.

É claro que institutos desta natureza têm inúmeras limitações quanto ao que propõem, já que a memória de um povo não pode ser controlada por mecanismos jurídicos abstratos. A memória é um fato da vida, e o esquecimento, acredita-se, embora seja um processo recorrente, não pode ser conduzido senão pelo desenvolvimento natural da própria psique humana, mesmo porque este processo, embora possa ser objetivamente aferível, não encontra uniformidade frente a indivíduos diferentes, por inúmeras razões, sejam elas afetivas ou puramente biológicas.

Apesar da variedade de institutos temporais mencionados e as suas mais diversas finalidades e formas de aplicação, há algo impresso em cada uma dessas figuras que aponta para a aversão que o Direito tem à perpetuidade. E não poderia ser de outra forma, uma vez que o caráter transitório das situações jurídicas é reflexo inevitável da natureza dinâmica das relações fáticas que o Direito tenta regular, e é exatamente com base nesse contexto que a discussão sobre a existência, ou não, de um suposto direito ao esquecimento torna-se, no mínimo, viável.

3 UMA DEFINIÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIEMNTTO

3.1 A ORIGEM DO DEBATE

Se a relação tempo e Direito é, necessariamente, antiga, o mesmo não se pode dizer sobre o debate a respeito do direito ao esquecimento. Mesmo não sendo tão recente, as primeiras linhas teóricas em relação ao direito ao esquecimento têm pouco mais de 50 anos. No Brasil, por exemplo, a discussão sobre a compatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem constitucional interna só foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, em fevereiro de 2021.

O “Caso Lebach”,³ em 1969, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, é citado como um dos primeiros julgados a tratar do tema direito ao esquecimento, ocasião em que, inclusive, o Tribunal reconheceu sua existência, embora não houvesse naquele período uma noção própria do que viria a ser chamado de direito esquecimento.

No emblemático caso, três pessoas foram condenadas pelo assassinato de quatro soldados alemães, na região de Lebach. Dois dos criminosos foram condenados à prisão perpétua e o outro condenado à pena de seis anos reclusão. Conforme o Boletim de Jurisprudência Internacional, alguns dias antes da liberação do condenado à pena de reclusão, devido ao cumprimento total da pena, um canal de televisão alemão declarou que estaria em produção um conjunto de matérias jornalísticas que exploraria as circunstâncias do fato criminoso em detalhes, “com referência a nomes e fotos dos envolvidos, detalhes da relação entre os condenados – incluindo ligações homossexuais-, além de particularidades sobre a perseguição e prisão” (2018, p. 07), posta a grande repercussão do crime na época de seu acontecimento, e, conseqüentemente, da própria matéria que seria veiculada.

A defesa do condenado peticionou junto as instâncias ordinárias para que a referida matéria não fosse exibida. O pedido do autor foi baseado no constrangimento que o documentário poderia gerar à ressocialização do detento, posta a retomada de um fato criminoso que teria acontecido há cerca de 6 anos e

³ Sobre o caso, recomenda-se a leitura do Boletim de Jurisprudência Internacional do STF do ano de 2018, referente aos precedentes relativos ao direito ao esquecimento, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5_DIREITOAUESQUECIMENTO.pdf

pelo qual ele já fora penalizado na forma da lei. O documentário seria juridicamente impróprio, portanto, devido ofensa à honra, à imagem e à intimidade do detento, pois, embora o crime fosse fato público notório, a passagem do tempo teria concedido ao sujeito a faculdade de não mais ser determinado, exclusivamente, por um fato pretérito.

Entretanto, o pedido liminar foi negado em primeiro grau, o que levou o autor a demandar o Tribunal Constitucional Alemão. “A Corte entendeu que, no caso, a tutela dos direitos da personalidade preponderava sobre a liberdade de comunicação, o que justificaria a intervenção para proibir a transmissão do documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes”. (STF, 2018)

O “Caso Landru”⁴ também é mencionado como um dos primeiros litígios judiciais a ensejar o debate a respeito do direito ao esquecimento. O caso, que aconteceu em 1967, é bem semelhante ao anterior: a demandante, que mantinha relações próximas com o famoso assassino em série Henri Landru, peticionou junto aos órgãos jurisdicionais franceses a proibição de exibição de um documentário no qual havia representação de sua vida junto ao Assassino, o que, evidentemente, gerava uma repercussão negativa da sua imagem, mesmo que ela não tivesse participado dos atos criminosos cometidos por Landru.

O pedido não foi julgado procedente, o que revela, neste caso, ao contrário do que ocorreu na decisão liminar do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lebach, uma sobreposição causal da liberdade de manifestação em detrimento à conservação da integridade da imagem da autora da demanda judicial.

Os referidos casos evidenciam os fundamentos jurídicos que embasam a discussão, e são, evidentemente, importantíssimos para uma primeira compreensão do tema abordado neste projeto. Entretanto, é na atualidade que a discussão a respeito do direito ao esquecimento se torna mais robusta e complexa, não só do ponto de vista do choque inevitável de direitos fundamentais intrínseco à discussão, mas, principalmente, em razão dos novos desafios que a sociedade da hiper comunicação criou aos juristas.

O Caso *Google Spain S.L* expressa essas novas dificuldades. Este é, sem dúvidas, um dos casos mais importantes à doutrina do direito ao esquecimento,

⁴ Sobre o caso, remetemos o leitor ao Boletim de Jurisprudência Internacional do STF do ano de 2018, referente ao direito ao esquecimento, disponível no link mencionado na nota anterior.

principalmente no cenário da União Europeia, onde o debate sobre o direito ao esquecimento já está bem avançado, conforme veremos. Para Henrique Cunha Souza Lima, “o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia revolucionou o entendimento acerca do direito ao esquecimento, com impactos na discussão que culminou na edição do GDPR”. (2020, p. 76)

De forma breve, o futuro autor da demanda judicial que tramitaria no Tribunal de Justiça da União Europeia havia requerido que o administrador do *site* no qual suas informações pessoais eram expostas ao público retirasse ou impedisse o acesso a estas informações, além de ter solicitado que a ferramenta de busca (Google Spain) não permitisse que seus dados pessoais fossem expostos quando da busca por termos relacionados a fatos passados há mais de 10 anos relativos à vida do requerente, alegando, como fundamento de seu pleito, o direito de ser esquecido.

A discussão chegou até o Tribunal de Justiça da União Europeia (processo nº C – 131/12),⁵ que entendeu que o processamento de dados, quando tratar de informações pessoais, principalmente àqueles dados relativos a situações fáticas passadas há muitos anos, tem potencial para ferir significativamente os direitos fundamentais à privacidade e outros direitos da personalidade.

Com base nessa noção e na Diretiva 95/46, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o Google excluísse os *links* de sites que armazenassem e disponibilizassem ao público as informações concernentes aos dados pessoais da pessoa do autor, não sendo justificativa suficiente a legalidade das postagens dos dados nas redes.

Esta é, de fato, uma narrativa mais complexa que as anteriores. Se nos primeiros casos a definição dos sujeitos violados e dos sujeitos responsáveis é simples, neste último caso essa definição não é assim tão imediata. Perceba: os dados pessoais do sujeito violado estão dispostos num *site*, que, neste caso, pertence ao domínio de uma editora, porém, a empresa de consulta- o *Google*, que apenas facilita o acesso ao *site*, também assumiu a responsabilidade pelo processamento daqueles dados, mesmo que a postagem e a manutenção daquelas informações não fossem obra desta última empresa.

⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=PT>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=PT>

Com o surgimento dos primeiros diplomas legais que tratam da proteção de dados pessoais nos meios digitais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia e a recente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei N^o 13.709) no Brasil, demandas judiciais desta natureza serão cada vez mais comuns, o que, certamente, abrirá um espaço ainda maior para discussões a respeito da aplicabilidade e dos influxos do direito ao esquecimento.

O “caso Japanese Citizen v. Google Japan”, julgado em 2017, também exposto no Boletim de Jurisprudência Internacional, é exemplo recente dessa problemática. Neste caso, um cidadão japonês requereu, junto aos órgãos judiciais competentes, que o Google Japan retirasse dos resultados de pesquisa informações relacionadas à sua prisão, ocorrida há mais de 5 anos, por suspeita de crimes relacionados à prostituição infantil. O pedido chegou na Suprema Corte japonesa, que, apesar de não ter tratado o tema expressamente como um litígio envolvendo direito ao esquecimento, reconheceu o conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade – que, como veremos, é a substância da discussão sobre o direito ao esquecimento, e decidiu pela manutenção dos dados nas redes, em razão do interesse público envolvendo a matéria.

Percebemos que a relação entre proteção de dados pessoais nas redes e o direito ao esquecimento é diretamente proporcional e a razão de ser desta relação não é difícil de entender. Se a memória humana, coletivamente considerada, tem uma sobrevida bem limitada em relação a fatos que não geram constrangimento suficientemente amplo, a memória das redes tem um potencial de armazenamento muito maior e por um período de tempo tão longo que aparentemente ainda não pode ser mensurado. Com os meios digitais o processo natural de defasagem da memória coletiva de um determinado grupo foi, em alguma medida, reduzido, pois, via de regra, o que é disponibilizado nas redes continuará acessível, de modo que fatos pretéritos da vida, principalmente aqueles que gozam de algum grau de relevância social, estão constantemente passíveis de voltar ao comentário popular.

O certo é que, de todos os casos, há um ponto em comum que marca a discussão sobre o direito ao esquecimento, a saber, o choque de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão, comunicação, informação e o direito à integridade da imagem, da honra e do resguardo da vida privada. É justamente esse conflito de direito reconhecidos nas mais diversas ordens jurídicas

que dá fundamento àqueles que defendem a existência de um suposto direito de ser esquecido.

Entretanto, apesar de ser evidente o choque de direitos fundamentais envolvendo o tema, a definição do que é direito ao esquecimento não é uma atividade tão simples, seja pela falta de diplomas normativos que tratam do assunto de forma específica, seja pela relativamente recente abertura do debate sobre a existência ou não de um direito ao esquecimento. De todo modo, antes de buscar explorar os fundamentos jurídicos que trazem a temática ao debate, é necessário tentar estabelecer um primeiro conceito do que vem a ser o direito ao esquecimento.

3.2 O CONCEITO DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

Estabelecer uma definição precisa de institutos jurídicos nunca foi uma atividade fácil. O Direito como ciência humana é produzido, manifesto e transformado por múltiplas fontes, e embora essas fontes dialoguem entre si, é muito comum que haja divergências quanto ao conceito, à natureza e aos elementos que definem estes institutos. Nesse sentido, não é arriscado dizer que é justamente por meio deste embate de fontes que o Direito, expresso pelos mais diversos meios, ganha significado e, conseqüentemente, aplicabilidade.

Não raras vezes o próprio legislador, quando da atividade legiferante, tenta esclarecer certos institutos que estão sendo postos- ou, se já existentes, regulados- pela nova legislação, até para que seja melhor definido o âmbito de aplicação das diretrizes legais produzidas. Porém, é absolutamente possível que, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, essas definições sejam ressignificadas, por inúmeros fatores, entre eles a própria passagem do tempo e a necessidade que o Direito tem de se adaptar às rápidas transformações da teia social.

Nesse contexto, o esforço necessário para definir o direito ao esquecimento é consideravelmente maior do que outros casos. A primeira dificuldade é justamente a ausência de uma regulação que fixa, de modo específico, esse direito, o que gera uma dupla problemática: primeiro é necessário saber se esse direito de fato é amparado, indiretamente, pelas ordens jurídicas, até pela da ausência de regulação, e, só depois, saber qual o seu real significado. Por esta razão, a doutrina e os

julgados dos tribunais costumam ser as fontes mais ricas para a definição de um conceito ao direito ao esquecimento.

Entretanto, a afirmação segundo a qual o direito ao esquecimento não encontra amparo legal direto deve ser vista com alguma ressalva, principalmente se o objeto da nossa análise for o ordenamento internacional, mais precisamente o da União Europeia. Isto porque, segundo Luiz Fernando Marrey Moncau (2020, p. 85):

Muito do debate internacional sobre direito ao esquecimento gira em torno das normas de proteção de dados pessoais afirmadas na Diretiva de Proteção de Dados (95/46/EC), no precedente criado pelo caso Google Espanha e nas normas que substituíram a Diretiva 95/46/EC, trazidas pelo Regulamento 2016/679 (RGPD ou GDPR).

Para Paul Bernal, por exemplo, “o direito ao esquecimento deve ser redefinido como um direito de apagar dados, criando um padrão no qual os dados devem ser apagados e quem os detém deve ter que justificar a posse desses dados”. (2012, *apud* Moncau, 2020, p. 92)

De fato, caso se admita que o direito ao esquecimento é um mero direito de ter os seus dados pessoais apagados, não seria correto dizer que o direito ao esquecimento não encontra amparo legal direto, uma vez que o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de Abril de 2016, ou Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, prevê, expressamente, em seu artigo 17 (União Europeia, 2016)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

No Brasil, se o direito ao esquecimento fosse restrito ao direito que o titular tem de ver os seus dados desanexados das plataformas de armazenamento, também não seria correto dizer que este direito não encontra amparo legal, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei N° 13.709/2018) prevê:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, q qualquer momento e mediante requisição: VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

Entretanto, a visão segundo a qual o direito ao esquecimento se resume ao direito de apagamento de dados pessoais das plataformas, além de ser demasiadamente simplória, confunde o conceito de direito subjetivo com o conceito de instrumento de tutela de direito. Na visão de Júlia Coelho: (2020, p. 14)

Parece questionável afirmar que a LGPD trata propriamente do direito ao esquecimento. Isto porque o dispositivo acima regula, essencialmente, o direito de *erasure*, ou seja, de *apagamento* dos dados pessoais. Na realidade, a remoção de informações é um dos possíveis instrumentos para implementar, na prática, o direito ao esquecimento, o qual [...] também pode ser efetivado de outras formas. Não se deve confundi-lo, portanto, com os seus mecanismos de tutela.

Ainda em relação à ordem jurídica brasileira, antes mesmo do advento da Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei N° 12.965/2014, mais conhecido como Marco Civil da Internet, já tinha fixado um direito à desindexação de dados pessoais de plataformas integradas a redes *online*. Veja a redação:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

Mais uma vez, se o direito ao esquecimento for entendido unicamente como o direito que o titular tem ao apagamento de dados, seria correto dizer que tal direito se encontra previsto na ordem jurídica brasileira. Contudo, embora o art. 7º do Marco Civil da Internet seja válido e eficaz no plano do Direito, ele não traz elementos suficientes para a estabelecimento de um conceito ao direito ao esquecimento, posto que, mais uma vez, não se pode confundir direito subjetivo com instrumento de tutela.

O conceito de direito ao esquecimento deve ser tão amplo quanto as variadas situações jurídicas que podem ensejar o seu debate. Na verdade, essa amplitude é, também, em algum nível, um dificultador quando da tentativa de estabelecer um conceito de direito ao esquecimento. Seria possível, por exemplo, que alguém pleiteasse judicialmente a não divulgação ou a retirada de informação de fato

pretérito não depreciativo com base num suposto direito ao esquecimento? Perceba que esta pergunta expressa a amplitude que o direito ao esquecimento pode tomar a depender da definição adotada, já que, normalmente, o direito de ser esquecido é sustentado quando da divulgação, presente ou iminente, de informações relativas a fatos pretéritos depreciativos.

Hassan Ribeiro, nessa linha, traz a ideia de direito ao esquecimento como direito que protege o indivíduo, inclusive, da divulgação de fatos não reprováveis. Segue a visão do autor: (2003, *apud* Moncau, 2020, p. 98)

O direito ao esquecimento é, na verdade, um direito à intimidade sobre fatos passados. Com efeito, se alguém esteve preso e cumpriu pena, ou mesmo se teve glórias, mas pretende levar uma vida normal, discreta, sem querer alguns privilégios ou dos dessabores da discriminação, tem o direito a ver protegido o seu direito à intimidade sobre o passado, ou direito ao esquecimento.

Não é difícil imaginar situações nas quais a divulgação de fatos não reprováveis passados possa gerar algum nível de constrangimento ao autor do ato divulgado, posto que um fato admirável também tem o potencial de agredir o sossego e a esfera privada do indivíduo pela simples repercussão excessiva do acontecimento. Por esta perspectiva, o dano que se busca evitar ou reparar é o dano próprio da divulgação em si, pouco importando se a natureza do ato é sensível ou não à aprovação popular, bastando que haja repercussão suficiente para constranger a privacidade e o livre desenvolvimento pessoal do indivíduo.

O dano, inclusive, é um elemento essencial para a definição do direito ao esquecimento. Se a divulgação de uma informação não gera qualquer tipo de constrangimento à personalidade vinculada àquele fato disponibilizado ao público, não parece razoável exigir, principalmente se a informação for de interesse geral, que o autor de uma eventual demanda alegue o direito ao esquecimento para impedir ou sustar a divulgação.

Dentre as mais variadas óticas pelas quais se pode olhar o direito ao esquecimento para tentar defini-lo, neste trabalho será dado enfoque àquela perspectiva que enquadra o direito ao esquecimento a partir de um conflito entre direitos fundamentais, mais precisamente o direito à livre manifestação e o direito à honra, imagem e à privacidade. Por este prisma, o direito ao esquecimento ganha contornos que variam conforme as peculiaridades do caso concreto.

Nesse contexto, para bem orientar as próximas discussões tratadas neste trabalho, considerar-se-á direito ao esquecimento o direito que um indivíduo tem de

não ser determinado por um fato pretérito, mesmo que verídico, quando, pela passagem do tempo ou por outro fator relevante, o interesse público da informação não superar os danos causados à personalidade vinculada àquela informação divulgada.

Estabelecido um conceito guia, é imperioso tentar explorar, em seguida, os fundamentos constitucionais que dão base à discussão. Como um direito que nasce de um choque de direitos fundamentais, o direito ao esquecimento não pode ser avaliado de forma isolada, como se fosse um elemento jurídico independente; pelo contrário, o real sentido do direito ao esquecimento, para além de seu próprio conceito, só pode ser entendido quando relacionado com o direito à privacidade, à imagem, à dignidade da pessoa humana, à honra e às liberdades de comunicação e informação.

4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como já explicado no capítulo anterior, o direito ao esquecimento não é mencionado diretamente pelo ordenamento jurídico pátrio, o que, entre outros fatores, gera uma discussão sobre a sua existência. Entretanto, para nós, o fato de não estar expressamente consagrado nos textos legais não significa que o direito ao esquecimento não existe e nem está apto a gerar efeitos.

Na verdade, a defesa que se faz sobre a existência de um direito ao esquecimento parte de uma ótica que o projeta a partir do desenvolvimento de outros direitos consagrados na própria constituição, segundo um contexto conflitivo entre a liberdade de expressão e estes direitos.

Para bem dimensionar o direito ao esquecimento, portanto, é necessário explorar os direitos constitucionais que dão fundamento jurídico à existência de um direito a não ser determinado, unicamente, por fatos pretéritos que, quando divulgados, geram dano à pessoa, mesmo que verídicos os fatos e lícita a obtenção da informação.

4.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO BASE LEGAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A perspectiva que observa o direito ao esquecimento como consequência natural dos direitos da personalidade é, sem dúvidas, uma das que mais se destaca no estudo do tema. Para Moncau: (2020, p. 97)

Esta visão empresta, de certa forma, um *status* constitucional a tal direito, na medida em que o define como direito essencial ao livre desenvolvimento da pessoa, essencial para proteger a esfera individual contra turbações de terceiros.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à pessoa e que expressam a tutela jurídica do escopo cognitivo que guarda as singularidades de cada ser humano. Cada indivíduo guarda em si as características que o torna único dentro de um universo formado por pessoas também singulares, e os direitos da personalidade objetivam preservar, em diferentes planos, a capacidade que o indivíduo tem de existir, para si e para os outros, segundo as determinações de seus próprios desejos e ações de forma individualizada.

Ao explorar o assunto, Tartuce afirma que: (2018, Apud Bentivenga 2020, p. 12)

os direitos da personalidade têm por objetivo os modos de ser, físicos ou morais, do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa.

A partir desses conceitos iniciais, traçar um paralelo entre direito ao esquecimento e direitos da personalidade é algo intuitivo, já que, sobretudo, o direito ao esquecimento resguarda aspectos pertinentes à personalidade de indivíduos que, por fatos passados, sofreram constrangimentos derivados da divulgação de informações nas quais a sua imagem é, de algum modo, submetida à reprovação pública.

Essa relação é uma chave importantíssima para a compreensão do direito ao esquecimento, razão pela qual não podemos tratar a conexão entre direito ao esquecimento e direitos da personalidade de forma genérica. É preciso, diante da importância do tema, tentar traçar paralelos entre o direito ao esquecimento e cada um dos direitos da personalidade e, só então, tentar compreender o real alcance daquele direito.

Quais seriam, porém, os direitos da personalidade? A resposta para essa pergunta varia. Não há uma completa uniformidade de visões entre os autores que trabalham com o tema, contudo, para alcançar os fins deste trabalho, considerar-se-ão direitos da personalidade a honra, a imagem e a privacidade. Será a partir da análise desses direitos que buscaremos compreender o componente normativo que justifica a existência de um direito ao esquecimento.

4.1.1 O Direito à Honra como Fundamento do Direito ao Esquecimento

A proteção à honra como bem jurídico é explícita no ordenamento jurídico brasileiro em diferentes níveis. Na esfera criminal, por exemplo, na qual estão protegidos os bens jurídicos mais sensíveis da vida, o Código Penal de 1940 prevê, em seu Título I da Parte Especial, um Capítulo (V) relativo, unicamente, aos crimes contra a honra. Neste capítulo estão previstos três tipos criminais diferentes, porém, todos em direção à tutela da honra humana, a saber: a calúnia, a injúria e a difamação, previstos, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140 do referido diploma.

É possível notar a importância dada à honra quando a ofensa a este bem jurídico é conduta criminalizada. O Direito Penal é marcado, essencialmente, pelo princípio da fragmentariedade, pelo qual a tutela criminal deve ser voltada à proteção daqueles bem jurídicos considerados fundamentais, que não seriam devidamente resguardados se não fosse a criminalização dos atos que ferem estes bens jurídicos. Portanto, quando o legislador opta pela tipificação de condutas que ferem a honra, nota-se aí a grande importância que este bem jurídico tem no ordenamento brasileiro.

A proteção à honra também pode ser vista no Código Civil em diversas passagens. Na verdade, o tratamento dado pelo Código Civil aos direitos da personalidade não é tão preciso, já que o Código trata este direito de forma mesclada com outros direitos da personalidade, sem a devida diferenciação.

Dentre o conjunto de dispositivos que tratam da proteção dos direitos da personalidade, art. 20 do CC/2002 se destaca por trazer expressamente a proteção à honra.⁶ Esse dispositivo se encaixa num conjunto de artigos que tratam dos direitos da personalidade, em que também podem ser vistas referências a outros direitos desta espécie, como o direito à imagem e o direito ao nome. Existe, ainda, uma série de outros dispositivos que tutelam a honra do indivíduo de forma indireta, como os arts. 1.557, 1.558, art. 1.814, II e arts. 557, III e 558.

O direito à honra também está previsto na Constituição Federal, no rol do art. 5º, ao lado do direito à intimidade, à vida privada e à imagem.⁷ Apesar da previsão legal em diferentes diplomas e em variados níveis, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma definição do que seja a honra- o que é absolutamente comum, principalmente se estivermos falando de direitos fundamentais, já que a lei também não define o que é vida, liberdade, imagem, privacidade etc. Neste ponto, a maior contribuição vem da doutrina que trabalha com os direitos da personalidade.

Os autores costumam explicar o direito à honra a partir de duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva. Para mostrar essa dupla noção, ficamos com a lição de Bentivegna (2020, pág. 109 e 110)

⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a **honra**, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

⁷ Art. 5º. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Parte moral importante e mesmo imprescindível à formação da personalidade é o direito à honra, pois ela compõe a parte mais íntima e recôndita do ser humano e de sua dignidade enquanto pessoa, desde o seu surgimento até depois de sua morte. Defende a doutrina que a importância prática de seu reconhecimento tem uma dupla razão de ser: a de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, vale dizer, a estima de que desfruta em todos os ambientes por onde anda (familiar, profissional, comercial etc.) e a proteção daquela noção personalíssima de autoestima, e de consciência da própria dignidade (honra subjetiva), algo como o decoro íntimo ou a noção (e apreço) que a pessoa tem sobre si própria.

Nessa acepção, a honra é vista como um aspecto do elemento afetivo/anímico humana. A honra subjetiva seria a noção de dignidade pessoal que o indivíduo tem de si, num processo valorativo restrito à sua própria consciência. A honra objetiva, por outro lado, é muito bem expressa no termo “reputação”, já que a valoração moral do indivíduo é feita pelos membros de sua comunidade.

Com base nessa definição, percebemos que direito à honra e direito ao esquecimento não se confundem, embora guardem uma relação, uma vez que o direito ao esquecimento, se reconhecido, pode tutelar a honra de uma pessoa em determinada situação. Sobre o tema, José Eduardo Marcondes Machado:⁸

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

Quando se diz, portanto, que o direito ao esquecimento é consequência natural da tutela dos direitos da personalidade, diz-se que, sem o reconhecimento do direito ao esquecimento, não haveria, em determinadas situações, a efetiva tutela dos direitos da personalidade, entre eles o direito à honra.

De fato, não existem direitos absolutos, e o direito à honra, assim como qualquer outro direito, sofre limitações. A exceção da verdade, por exemplo, é uma hipótese legalmente prevista no Código Penal⁹ que limita o direito à honra diante de fatos verdadeiros, o que é capaz de mostrar que a veracidade dos fatos, num caso concreto, pode sim ser fator determinante para o não deferimento de um pedido de tutela à honra.

⁸ Disponível em

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc13.pdf?d=636808306388603784#:~:text=Resumo%3A%20O%20direito%20ao%20esquecimento,de%20permitir%20sua%20completa%20reinsere%C3%A7%C3%A3o.>

⁹ Vide Código Penal Brasileiro, artigos 138, § 3º e 139, parágrafo único.

Contudo, a veracidade das informações não é fator único de análise quando se diz respeito à avaliação do dano que a eventual divulgação de informações pessoais pode gerar, uma vez que é preciso investigar o fator temporalidade e relevância pública das informações; mas mesmo que fosse, ainda seriam possíveis hipóteses em que a divulgação de informações verdadeiras, por fatores envolvendo o contexto da própria divulgação, poderia gerar responsabilidade civil do informante, como veremos adiante.

4.1.2 O Direito à Imagem como Fundamento do Direito ao Esquecimento

O direito à imagem, assim como o direito à honra, encontra respaldo legal através de diversas passagens normativas. Na CRFB/88, o art. 5º, V e X, prevê expressamente a imagem como direito que, se violado, enseja a responsabilidade do violador.¹⁰ A fórmula é a mesma do caso anterior: a Constituição prevê o direito à imagem juntamente com outros direitos da personalidade, limitando-se a declaração do direito e aos efeitos de sua violação, sem qualquer aprofundamento do tema, naturalmente.

Na esfera infraconstitucional, o art. 20 do Código Civil¹¹ é sempre mencionado quando da exposição da base legal do direito à imagem. Segundo o dispositivo, a utilização da imagem de uma pessoa é vedada quando lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Embora o supramencionado dispositivo seja sempre usado para fundamentar o direito à imagem, a ele não faltam críticas. Para Coelho (2020, pág. 42):

O dispositivo da codificação civil é criticável sob diversos aspectos. Uma das possíveis críticas se deve ao fato de que, ao vincular a proibição da publicação, exposição ou utilização da imagem alheia às hipóteses em que sejam atingidas a honra, boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, o artigo em questão deixa de tratar o direito à imagem como direito autônomo que é.

Notamos que, embora as disposições legais sobre o direito à imagem criem um certo nível de dependência entre este direito e outros direitos da personalidade,

¹⁰ Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹¹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

o direito à imagem deve sim ser entendido como direito autônomo, de modo que a violação ao direito à imagem não necessariamente implica violação à honra- embora isso possa, de fato, acontecer. A leitura da Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça¹² bem explicita a autonomia do direito à imagem, na medida em que a simples violação deste direito, independentemente da comprovação do prejuízo moral, por exemplo, já é suficiente para gerar responsabilidade civil.

Ser autônomo, é claro, não é o mesmo que ser absoluto, razão pela qual é fácil dizer que o direito à imagem pode sofrer limitações diante do choque com outros direitos fundamentais. Na verdade, existem diferentes critérios para definir se, num caso concreto, a imagem de uma pessoa pode ser utilizada sem que isso gere constrangimento ao direito à imagem. Schreiber (2013, *apud* MONCAU, 2020, pág. 192) ensina que é necessário verificar:

- i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; iii) a amplitude da exposição do retratado e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Feitos estes importantes e breves apontamentos, é importante, neste momento, buscar compreender o que seria o direito a imagem e a partir dessa definição buscar o vínculo jurídico entre o direito à imagem e o direito ao esquecimento.

A imagem seria a manifestação visual dos elementos corpóreos que singulariza o indivíduo. Segundo Bentivegna (2020, p. 125), o direito à imagem seria o direito que o sujeito tem sobre a “sua projeção exterior, de sua aparência externa e demais elementos que o identifiquem plasticamente (ou outros traços do biótipo, como voz)”.

Existe uma definição que compreende a imagem através de uma dupla perspectiva: a) imagem retrato; e b) imagem atributo. A imagem-retrato seria justamente aquele conceito já exposto, que está vinculado, unicamente, a expressão física do indivíduo. A imagem-atributo, por outro lado, seria a expressão anímica do indivíduo, sua versão moral, sua reputação perante a comunidade da qual faz parte.

Entendemos, porém, que existe um grande problema com esse conceito que enxerga a imagem a partir desta dupla noção. Não é preciso fazer muito esforço para notar que existe uma confusão conceitual entre o que foi chamado de imagem-

¹² Súmula 403 – Indepe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoas com fins econômicos ou comerciais.

atributo e o que, anteriormente, definimos como honra objetiva. Em termos práticos, a ideia de imagem-atributo não significa nada além do que o conceito de honra objetiva, o que, ao nosso ver, prejudica o tratamento autônomo que se deve dar a direitos que, embora pertençam ao mesmo gênero (direitos da personalidade), tutelam bens jurídicos diferentes, e, portanto, não se confundem.

Bentivegna explica: (2020, p. 126)

Acreditamos, com todo o acatamento aos que pensam de forma diversa, estar essa segunda corrente incorrendo num erro exegético ao sobrepor os conceitos de honra e imagem, apostos pelo constituinte no mesmo exato dispositivo, sendo que a “reputação” ou “fama” de que goze um indivíduo é exatamente a sua **honra na acepção objetiva** e, portanto, não pode confundir-se com imagem que, na sua acepção mais escorreita, relaciona-se com a visão – vale dizer, com tudo aquilo que se pode constatar e inspecionar a partir do uso deste sentido.

Qual seria então, com base na fixação do conceito de direito à imagem, a relação entre este direito e o direito ao esquecimento? Neste ponto, ficamos com a lição de Coelho (2020, p. 42 e 43)

[...] o direito à imagem se relaciona profundamente com o direito ao esquecimento, que atua justamente como um instrumento através do qual o indivíduo é capaz de corrigir e reprojeter a sua imagem perante a sociedade. Analisando sob essa ótica, o direito ao esquecimento confere efetividade ao direito à imagem em sua dimensão mais dinâmica, permitindo justamente um processo contínuo de (re)construção da imagem individual.

Perceba, então, que a relação é justamente a mesma que ocorre entre direito à honra e direito ao esquecimento: em um caso concreto, não sendo reconhecido o direito ao esquecimento, a tutela da imagem ou da honra poderia não ser suficientemente satisfeita. Embora sejam direitos autônomos, existe uma relação instrumental entre o direito ao esquecimento e o direito à imagem, já que a proteção da imagem depende, em alguma medida e em algumas possíveis situações, do reconhecimento de um direito ao esquecimento.

Vamos voltar ao caso Landru,¹³ um dos primeiros precedentes que possibilitaram a abertura da discussão sobre o direito ao esquecimento. Como já explicado neste trabalho, a demanda judicial foi iniciada pela ex-amante do Serial Killer Henri Landru contra uma produtora de televisão que, à época, produziu um documentário na qual a sua imagem era associada à imagem do criminoso.

Perceba não havia sequer a necessidade de o documentário trazer, de forma explícita ou implícita, informações ou exposição de fatos já sabidos por parte do público para que a expressão corpórea da demandante ao lado de Henri Landru

¹³ Vide página 14 deste trabalho.

pudesse gerar grave constrangimento à sua pessoa, posta a grande repercussão negativa dos acontecimentos.

Nesse caso, é possível compreender que a simples divulgação da expressão corpórea de uma pessoa, a depender do contexto em que essa imagem foi produzida e divulgada, pode gerar danos à personalidade, o que demanda o reconhecimento do direito do indivíduo que teve a sua imagem atrelada a fato constrangedor se ser esquecido, no sentido de não ser determinado, exclusivamente, pelos fatos manifestos na exposição de sua imagem.

4.1.3 O Direito à Privacidade como Fundamento do Direito ao Esquecimento

O direito à privacidade é um dos alicerces mais importantes do direito ao esquecimento. Embora exista uma noção prévia e intuitiva ao público em geral do que é a privacidade, a definição, do ponto de vista jurídico, do alcance de um direito à privacidade não é uma atividade assim tão simples, mesmo porque a noção do que é ou não privado tem sofrido fortes influxos neste novo paradigma marcado por uma torrente comunicativa sem precedentes.

A percepção que se tem sobre uma esfera da vida indisponível ao público e, portanto, restrita apenas à consciência individual, nem sempre foi uma ideia pronta às pessoas. Se hoje é absolutamente comum procurar preservar aquilo que é considerado íntimo, é importante notar que esse poder é fruto de um processo histórico que se iniciou no contexto das revoluções burguesas. Conforme explica Souza Machado:¹⁴

[...] o surgimento da privacidade pode ser historicamente associado à degradação da sociedade feudal, onde os indivíduos eram ligados por complexa série de relações que se refletiam na própria organização da vida cotidiana. O isolamento era privilégio de uma minoria eleita ou daqueles que, por opção ou necessidade, viviam longe da comunidade. Assim, a privacidade configurava-se como uma possibilidade da classe burguesa, devido às transformações socioeconômicas referentes à Revolução Industrial.

Prescindindo da análise das inúmeras peculiaridades que envolvem o desenvolvimento do direito à privacidade nos diferentes espaços, neste momento é

¹⁴ MACHADO, Joana de Moraes Souza. A EXPANSÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO NA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÕES COM O SURGIMENTO DOS BANCOS DE DADOS. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/206/142#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20pode%2Dse%20afirmar,pr%C3%B3pria%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20vida%20cotidiana>. Acesso em 25 de setembro de 2021.

importante esclarecer que a conquista liberal ao direito à privacidade deu ao indivíduo a possibilidade de não ter a sua esfera íntima invadida sem o seu próprio consentimento. Por esta primeira noção de direito à privacidade, para que o indivíduo preservasse a sua intimidade, em tese, bastava-lhe assumir uma posição meramente passiva: seria privado tudo aquilo que não fosse, de algum modo, disponibilizado ao público.

No Brasil, o direito à privacidade está regulado em diferentes níveis do ordenamento jurídico nacional, assim como nos casos anteriores. A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o direito à privacidade em seu art. 5º, X,¹⁵ e uma série de outros direitos que tutelam, direta e indiretamente, a privacidade. É o caso do direito à inviolabilidade domiciliar e do direito à inviolabilidade das correspondências, previstos no art. 5º, incisos XI¹⁶ e XII,¹⁷ respectivamente. A Lei Nº 9.296 de 1996 regulamenta, por exemplo, a interceptação das comunicações telefônicas para fins de instrução criminal, o que certamente resguarda o direito à privacidade.

O art. 21 do Código Civil de 2002¹⁸ traz uma disposição legal que parece tutelar a privacidade de forma mais específica, determinando que o juiz, naqueles casos em que seja violada a privacidade individual, “adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O art. 5º, LX, da CRFB/88 prevê, também, a possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais diante dos casos em que estão em a intimidade de qualquer das partes pode ser ofendida, dispositivo que é confirmado pelo art. 189, inciso III¹⁹, do Código de Processo Civil de 2015, que regula as hipóteses em que o processo judicial poderá tramitar em segredo de justiça.

Estas são apenas algumas das muitas previsões legais em que o direito à privacidade é resguardado – e, também, limitado, e só as citamos em caráter

¹⁵ Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁶ Art. 5º, XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁷ Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁸ Art. 21. 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.

¹⁹ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade.

exemplificativo para demonstrar que a privacidade é figura fortemente tutelada pela ordem jurídica interna.

Nenhuma dessas regulamentações, entretanto, define o que vem a ser o direito à privacidade, o que, em si, não é propriamente um problema. Porém, como este trabalho também objetiva demonstrar a possibilidade de um direito ao esquecimento sustentado a partir dos influxos jurídicos de direitos da personalidade, é importante ao menos tentarmos definir o direito à privacidade, posto aqui como mais um dos alicerces do direito ao esquecimento.

Partindo da própria Constituição Federal, percebemos que o conceito de privacidade está textualmente atrelado ao conceito de intimidade. Uma alternativa doutrinária interessante para diferenciar a privacidade da intimidade é encontrada na consagrada teoria dos círculos concêntricos.²⁰ Na lição de Bentivegna (2020. Pág. 149):

Uma outra visão é a teoria dos círculos concêntricos, pela qual a intimidade, menos ampla, seria um círculo de raio menor do que a vida privada. Haveria, portanto uma situação de continência onde esta última conteria aquela. Segundo essa forma de entender o fenômeno, (a) o maior âmbito seria a esfera privada – *Privatsphäre*, para Hekel e, em geral, para a doutrina alemã – onde estariam compreendidos todos aqueles fatos que o titular não quer que se tornem de domínio do público em geral. Dentro da esfera privada estaria ubicada (b) a esfera da intimidade – *Vertauenssphäre*-, a este *locus* mais restrito só têm acesso as pessoas mais próximas do titular em que este confia mais e com as quais desfruta, como o nome sugere, de intimidade.

Ainda segundo a referida teoria, haveria também a esfera do segredo, em que se armazena os fatos mais sensíveis à consciência individual, sobre os quais só o próprio indivíduo tem conhecimento ou pessoas extremamente próximas.

Perceba que o foco da teoria dos círculos concêntricos não é exatamente a definição do que é o direito à privacidade, porém, a partir da cisão que a teoria estabelece entre as esferas da privacidade, da intimidade e do segredo, somos capazes de concluir que o direito à privacidade nada mais é que o direito que o indivíduo tem de ter reservado a si e aos seus eleitos sabedores determinados fatos da vida, como se fosse um direito de propriedade, mas que ao invés de recair sobre coisa corpórea ou incorpórea, recai sobre fatos da vida pessoal do indivíduo.

²⁰ Teoria germânica que ganhou destaque com os trabalhos dos juristas Henkel e Hubmann.

Contudo, devido ao novo paradigma da comunicação contemporânea e, em consequências disso, da chega de uma nova legislação²¹ voltada à proteção de dados pessoais, alguns autores têm buscado ressignificar o direito à privacidade.

Coelho descreve bem esse novo cenário: (2020, pág. 25)

A verdade é que, na era digital, dificilmente alguém está a sós, seja voluntariamente ou não. Com as facilidades tecnológicas, os indivíduos recorrem cada vez mais aos seus dispositivos e à rede para os mais diversos fins. Usa-se o aplicativo do banco para pagamento das contas, o site do supermercado para as compras da casa, os recursos do aparelho celular ou do computador para se comunicar com clientes, amigos e (des)conhecidos.

Para dispor de cada uma dessas, e das infinitas outras funcionalidades dos meios digitais, os usuários disponibilizam as mais diversas informações pessoais. [...]. Via de regra, o usuário não é capaz de dimensionar o real alcance das informações por ele disponibilizadas na internet: não importa o quanto o indivíduo sabe – ou acha que sabe- ele dificilmente poderá prever o impacto causado pelo compartilhamento de seus dados. Haja vista a dificuldade em calcular os potenciais danos, os quais, no momento do acesso à certa funcionalidade, são considerados abstratos e diferidos no tempo, os usuários costumam optar por fornecer informações pessoais em troca de um serviço que, diferentemente dos possíveis danos, lhes oferece conveniências concretas, imediatas e facilmente calculáveis.

Algumas décadas atrás o domínio sobre fatos e informações da vida privada era certamente mais fácil, já que a relação entre as pessoas não era intermediada por sistemas operacionais programados para disseminar massivamente informações das mais variadas. O desenvolvimento desse sistema e a relativa interdependência da vida humana a este novo padrão comunicativo é de tal modo que parte substancial das informações pessoais dos indivíduos disponíveis nas redes são voluntariamente cedidas pelos próprios usuários.

Claro que esta voluntariedade precisa ser pensada em termos. Existem aqueles que divulgam a sua vida íntima na rede pública de internet, gratuitamente ou não, por uma questão de *lifestyle*, o que pode ser ou não um problema, já que nestes casos parece haver uma voluntariedade pura na exposição.

A problemática reside na divulgação de informações pessoais nas redes a partir de um ato não totalmente voluntário, provocado por uma necessidade. A utilização de inúmeros serviços vinculados a rede mundial de computadores exige, constantemente, a divulgação de dados pessoais para a efetiva prestação do serviço que, muitas vezes, pela dinâmica da vida moderna, são imprescindíveis. Perceba que existe uma voluntariedade mitigada na divulgação dos dados pessoais nestes

²¹ No caso brasileiro, o Marco Civil da Internet (Lei Nº12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Nº 13.709/2018).

casos: o indivíduo, necessitando da prestação do serviço, prefere abrir mão de uma parcela de sua vida privada, para ter satisfeita uma outra necessidade, geralmente mais imediata que o próprio resguardo da sua vida íntima.

É com base nessa realidade que um novo significado de direito à privacidade vem sendo desenvolvido. Nas palavras de Souza Machado:²²

Assim, parece cada vez mais insuficiente a definição de privacidade como “o direito a ser deixado só”, que abriu espaço para uma noção cujo centro de gravidade é a possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito, não significando que este último aspecto estivesse ausente nas definições tradicionais; entretanto, servia muito mais para exaltar o caráter individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para ser deixado só [...]. Pode-se afirmar que o direito à privacidade se mostra como uma nova forma de liberdade pessoal, que já não é mais a liberdade negativa de recusar ou proibir a utilização das informações sobre a própria pessoa, transformou-se em liberdade positiva de poder controlar os dados concernentes à própria pessoa.

É especialmente a partir desta nova noção de direito à privacidade que a relação “meio e fim” entre este direito e o direito ao esquecimento se encontra. Ora, se a nova perspectiva de direito à privacidade demanda uma atuação ativa do indivíduo detentor dos dados, no sentido de poder remanejar informações que estão disponíveis ao público à esfera privada, é necessário haver um mecanismo, com garantia jurídica de efetividade, que possibilite este controle, e o direito ao esquecimento tem como um de seus instrumentos característicos o direito ao apagamento de dados, previsto no art. 18 da Lei Geral de Proteção de Dados²³, mecanismo essencial à manutenção de postura ativa do sujeito detentor dos dados na conservação de sua vida privada, essencialmente no universo virtual.

Claro que o controle de informações pessoais disponíveis ao público na rede mundial de computadores não é feito apenas pelo dito direito de apagamento de dados. Controlar significa, também, ter ciência sobre a destinação dos dados pessoais, já que a tutela da privacidade pode ser satisfeita de formas não tão ostensivas quanto a retirada dos dados das redes. Por vezes, garantir ao indivíduo o

²² MACHADO, Joana de Moraes Souza. A EXPANSÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO NA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÕES COM O SURGIMENTO DOS BANCOS DE DADOS. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/206/142#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20pode%2Dse%20afirmar,pr%C3%B3pria%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20vida%20cotidiana>. Acesso em 25 de setembro de 2021.

²³ Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas art. 16 desta Lei.

conhecimento sobre as razões da concessão e a destinação de dados pessoais pode ser suficiente para conservar a privacidade da pessoa.

Embora mais difícil, é possível falar também, sem pretender adentrar no tema que é controverso na ordem brasileira, no direito à desindexação. Neste caso não se busca exatamente a exclusão dos dados pessoais do indivíduo solicitante por parte dos detentores da informação; o que se pretende é que os provedores de busca não permitam o acesso às páginas eletrônicas baseadas numa pesquisa direcionada aos dados pessoais que o solicitante busca resguardar.

Sobre o tema, Coelho explica: (2020. Pág. 67)

[...] embora a desindexação possa representar um ônus financeiro aos provedores de busca – na medida em que eles terão que arcar com os custos necessários para a remoção – não parece adequado dizer que ela é uma forma de responsabilizar os buscadores, e sim o resultado do sopesamento de interesses. A responsabilização pode vir a ocorrer em momento posterior se, determinada a remoção, o buscador deixar de implementá-la, colaborando, assim, para perpetuação do dano causado pelo resultado em questão.

Diante do exposto, nota-se que a satisfação do direito à privacidade, bem como dos outros direitos da personalidade, parece exigir o reconhecimento de um direito ao esquecimento dotado de mecanismos que deem instrumentalidade jurídica à pretensões fáticas de resguardo da vida privada.

A mera possibilidade de utilização destes mecanismos revela que o ordenamento jurídico brasileiro tem fundamentos que sustentam, indiretamente, a existência de um direito a não ser determinado de forma exclusiva por fatos específicos revelados ao público, voluntariamente ou não, já que, a depender do caso concreto, o próprio indivíduo pode dispor sobre a publicidade destes fatos através de mecanismos como o direito ao apagamento de dados e o direito à desindexação, embora estes sejam instrumentos de tutela jurídica recentes e, por isso, não tão bem balizados na prática forense.

5 DA APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Muito embora o direito ao esquecimento encontre amparo legal direto no âmbito da União Europeia,²⁴ o que permite uma melhor definição de suas hipóteses de aplicação e seus eventuais limites práticos naquela comunidade, este definitivamente não é o caso do debate sobre o direito ao esquecimento no Brasil.

O esforço que se faz para que se seja reconhecido o direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira parte, essencialmente, do campo doutrinário, que embasa a referida pretensão em direitos já consagrados na esfera constitucional, conforme foi mostrado no capítulo anterior.

A prática forense dos tribunais também tem a sua parcela contributiva no reconhecimento do direito ao esquecimento – apesar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.010.606, em que ficou acertado que o direito ao esquecimento não é compatível com a CRFB/1988, decisão que será explorada no próximo capítulo. Exemplo disso é o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.²⁵ Segundo a justificativa do referido enunciado:

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.

Apesar da justificativa do Enunciado 531 voltar-se apenas àqueles casos envolvendo questões criminais, nota-se um esforço legítimo no reconhecimento do direito ao esquecimento como pressuposto necessário à satisfação de direitos e valores constitucionalmente consagrados postos em risco por divulgação de fatos que, pela passagem do tempo, podem ter deixado de ostentar relevância pública.

Não nos parece correto dizer, porém, que o contexto do debate a respeito do direito ao esquecimento no Brasil é baseado numa completa ausência legislativa,

²⁴ Vide Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 e o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

²⁵ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>.

por razões já expostas neste trabalho. Basta ver que existe uma justificativa legal, expressa nos direitos da personalidade, que sustenta o direito ao esquecimento na ordem jurídica interna como algo necessário. Além disso, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) trouxeram ferramentas legais baseadas na lógica do direito ao esquecimento, o que reforça a existência desse direito no cenário nacional.

Entretanto, o fato é que o legislador brasileiro ainda não fixou, de forma direta e expressa, o referido direito, de modo que o debate sobre a existência ou não do direito ao esquecimento surge a partir do conflito entre a liberdade de manifestação e informação e os direitos da personalidade naquelas situações em que o reconhecimento do direito ao esquecimento é essencial à manutenção da honra, da imagem e da vida privada dos indivíduos, e é nesta colisão de direitos fundamentais que, a depender do dados relativos ao caso concreto, pode ser reconhecido, depois de ponderado os direitos fundamentais conflitantes, o direito ao esquecimento.

5.1 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PONDERAÇÃO COMO VIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Não existe na ordem jurídica nacional direito considerado absoluto. Na verdade, a limitabilidade dos direitos fundamentais é uma das características principais destes postulados jurídicos. Nem mesmo o direito à vida, que resguarda aquele bem jurídico sem o qual nenhum outro direito teria razão ser é invulnerável a limitações.

Segundo Gonet (2017, pág. 41):

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

Na verdade, a limitação de direitos fundamentais por influxos decorrentes de outros direitos fundamentais é muito natural para uma ordem jurídica que constitucionalizou uma série de valores referentes à pessoa humana, e o debate a respeito do direito ao esquecimento surge a partir de um conflito desta natureza: se de um lado existe aquele sujeito de direitos a quem a lei garante o direito de se manifestar livremente, bem como de obter informações variadas, essencialmente

aquelas que gozam de interesse público, de outro, existe um indivíduo detentor de uma série de direitos da personalidade que podem sofrer, a depender das circunstâncias do caso, um constrangimento irreparável.

A doutrina traz uma série de classificações quanto aos tipos de conflito de direitos fundamentais. É possível haver um conflito meramente aparente, quando a pretensão individual não encontra amparo no âmbito de proteção do direito invocado pelo indivíduo. Isso, ocorre, por exemplo, quando alguém tem a sua vida privada maculada em razão da divulgação de informações falsas por outra pessoa. Neste caso, não a que se falar em conflito entre a liberdade de manifestação e o direito à privacidade, uma vez que a liberdade de expressão (CRFB/88, Art. 5º, IV) não tutela a divulgação de informações falsas.

Para que haja efetiva colisão, é necessário que o exercício de atos garantidos por um direito fundamental, por circunstâncias derivadas do caso concreto, atinja o direito de outro indivíduo. É justamente o que ocorre com o conflito de direitos do qual pode derivar o reconhecimento do direito ao esquecimento.

A resolução do referido conflito demanda um juízo de ponderação, método conhecido, essencialmente, através dos trabalhos de Robert Alexy. Gonet explica a forma como Alexy estrutura o juízo de ponderação: (2017, pág. 239)

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importâncias dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então realiza-se a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação segundo a qual, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Para que haja o reconhecimento do direito ao esquecimento, é necessário haver, portanto, por questões circunstâncias, uma limitação do direito à liberdade de expressão e do direito à informação. Não se está dizendo, é claro, que os direitos da personalidade que embasam o direito ao esquecimento são hierarquicamente superiores ao direito da liberdade de expressão. Ocorre que, a depender das particularidades do caso, do juízo de ponderação feito pelo judiciário poderá decorrer o reconhecimento do direito ao esquecimento, o que implica, necessariamente, na limitação circunstancial da liberdade de manifestação.

E quais são os elementos que devem ser levados em consideração para o reconhecimento do direito ao esquecimento num dado caso concreto submetido à

apreciação resolutiva do judiciário? Certamente não existe um catálogo definido de quais elementos são estes, contudo, alguns pontos podem ser fixados para que o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso concreto esteja devidamente justificado.

Essa análise deve ser feita partindo de situações concretas variadas, evidentemente. Numa crise jurídica baseada num conflito de direitos fundamentais, notadamente o direito à livre manifestação e informação e os direitos da personalidade que embasam o direito ao esquecimento, primeiro é necessário verificar se a informação divulgada guarda compatibilidade com a realidade, isto porque a discussão sobre a incidência, ou não, do direito ao esquecimento diz respeito àqueles casos em que informações verídicas são divulgadas.

Perceba que se o suposto direito à manifestação e informação está sendo exercido por um indivíduo e este exercício se exaure na divulgação de contos inverídicos, os próprios direitos da personalidade tutelam suficientemente os bens jurídicos afetados pela divulgação, não havendo qualquer necessidade de se reconhecer a incidência do direito ao esquecimento no caso.

Na verdade, entendemos que, no caso de divulgação de informações falsas, sequer há a colisão de direitos fundamentais tão importante ao reconhecimento fático do direito ao esquecimento. Existiria, nesta situação, um conflito meramente aparente de direitos, já que o direito à livre manifestação e informação não tutela a divulgação daquilo que é deliberadamente inverídico.

A ordem constitucional fixa no rol de direitos fundamentais expressos em seu artigo 5º o direito à livre manifestação do pensamento próprio (inciso IV), no sentido de garantir ao indivíduo a palavra como manifestação concreta de sua opinião, seja para edificar a si ou para determinar lícitamente a conduta dos demais membros de sua comunidade, mas isso não significa que a expressão de sua opinião protege a divulgação proposital de informações falsas, que, ao contrário de edificar, podem prejudicar o bom convívio humano, ensejando, naquelas situações em que houver dano, a responsabilidade civil ou criminal do declarante.

Deste ponto é possível concluir que, para que haja o reconhecimento do direito ao esquecimento num caso concreto em que há a colisão do direito à livre manifestação e informação e os direitos da personalidade da pessoa sobre a qual recai a autoria dos fatos expostos nas informações divulgadas, é necessário que estas informações sejam verídicas.

Noutro nível, sendo verídicas as informações, ainda é necessário que estas, para efeito de reconhecimento do direito ao esquecimento no caso concreto, gozem de interesse público na origem, uma vez que se “após o exercício da ponderação, concluir-se que determinada informação não ostenta interesse público, deverá ceder ao direito à privacidade, que, portanto, passa a ser prevalecente”. (MALDONADO, 2017. Pág 94)

O interesse público da informação divulgada é critério essencial para que, numa situação em que há colisão de direitos, a liberdade de manifestação se sobreponha, casuisticamente, a outros direitos fundamentais. A importância deste critério para a dissolução daquela colisão de direitos fundamentais pode ser vista no julgamento da ADI 4815, na qual o STF entendeu pela possibilidade de publicação de biografias sem prévia autorização.²⁶

Mas o que seria propriamente uma informação de interesse público? A definição não é fácil, apesar deste tema não ser recente e já ter sido trabalhado diversas vezes. Para os fins deste trabalho, prescindindo das múltiplas controvérsias que envolvem a questão, entendemos que interessa ao público aquelas informações que, com grande repercussão ou não, dizem respeito à construção da história de um povo, em razão dos influxos políticos, econômicos, afetivos e culturais dos fatos que dão à informação a natureza pública.²⁷

Sendo a informação verídica e tendo interesse público quando de sua primeira divulgação, só então é possível investigar se, no caso de nova divulgação dessas informações passadas, há a incidência do direito ao esquecimento, em razão da perda do interesse público prévio em razão da passagem do tempo. Assim explica Maldonado: (2017. Pág. 94)

Pois bem. Não fosse já árdua missão a qualificação de uma determinada informação como de interesse público, ou não, a doutrina do Direito ao Esquecimento traz ainda outro elemento complicador, na medida em que induz caráter disruptivo quanto ao que seja interesse público em razão do mero transcurso temporal. E, com isso, quer-se dizer que se, em determinado momento, uma específica informação é compreendida como de interesse público, poderá deixar de ostentar tal qualidade em razão do mero transcorrer do tempo. Nesse sentido, para os fins da doutrina do Direito ao Esquecimento, tem-se que é justamente a contemporaneidade a pedra de toque que justifica o interesse público, haja vista que, com o

²⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

²⁷ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do texto “Para um conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito”, de José Sérgio as Silva Cristóvam, disponível em <https://jus.com.br/artigos/42480/para-um-conceito-de-interesse-publico-no-estado-constitucional-de-direito>.

passar do tempo, aquele é capaz de esvanecer até seu completo desaparecimento.

Para os fins do reconhecimento de incidência do direito ao esquecimento em um determinado caso concreto, é preciso investigar se a passagem do tempo não fulminou o interesse público da informação divulgada. Nesse sentido: (MALDONADO, 2017. Pág. 95)

Embora aparentemente possa soar como estranha a variação do caráter interesse público em função da mera defluência do tempo, a explicação que sobeja nessa matéria funda-se, ainda que remotamente, no princípio da dignidade humana, que abarca toda e qualquer circunstância capaz de promover o homem e de alça-lo a uma melhor condição e situação.

Não nos parece desarrazoado defender que o direito ao esquecimento surge justamente quando, em razão da passagem de tempo considerável, a informação divulgada deixa de ter interesse público, sendo este um reconhecimento necessário para que, num caso concreto, seja garantida a dignidade da pessoa vinculada às informações anacrônicas, uma vez que a divulgação deliberada de informações negativas passadas de um indivíduo pode reduzi-lo exclusivamente, diante do juízo da comunidade que integra, aos fatos noticiados, como se ele não pudesse reconduzir o seu comportamento numa direção que lhe entregue uma imagem pessoal benéfica.

Conforme mencionado na parte inicial deste trabalho, existem inúmeras situações jurídicas que demonstram que o Direito reconhece e trabalha segundo a lógica da transitoriedade da vida humana. Em determinadas situações, o não reconhecimento do direito ao esquecimento poderia reverter essa lógica, colocando o indivíduo em estado de perpétua reprovação social, o que certamente não encontra parâmetro no princípio da dignidade da pessoa humana, vetor de orientação fundamental da ordem jurídica brasileira.²⁸

Na colisão daqueles direitos fundamentais da qual pode ser reconhecido o direito ao esquecimento, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce papel central.

Como *ratio iuris* determinante daqueles direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a referência a um sistema de direitos fundamentais. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular bem como favorece a articulação destes com os outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana. (FARIAS, 1996. Pág 54 e 55)

²⁸ Vide Art. 1º, III, da CRFB/88

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir a orientação segundo a qual um conjunto informativo pode deixar de gozar de interesse público em razão falta de contemporaneidade entre a data dos fatos e o momento de veiculação da informação.

Além de servir de parâmetro para o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana também pode funcionar como causa justificante de sua existência em abstrato. Segundo Farias (1996, pág. 54):

Ademais, aquele princípio funciona ainda como uma cláusula “aberta” no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos” não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º.

Não se está propondo, evidentemente, que o fator tempo seja o único levado em consideração no exercício da ponderação de direitos fundamentais em choque. O que se quer dizer é que a análise dos diversos fatores necessários à demonstração do interesse público deve considerar, também, o transcurso do tempo.

Não é possível elencar um rol de fatores que devem ser observados, já que estes fatores variam entre os diversos casos em que a colisão entre o direito à manifestação e informação e os direitos da personalidade pode ocorrer. Nesse sentido, é plenamente possível que uma informação que divulgue acontecimentos passados há muitos anos ainda tenha relevância pública, e nesses casos não há que se falar no direito ao esquecimento.

Os crimes cometidos durante o regime ditatorial militar que vigorou no Brasil entre os anos de 1964 e 1985 certamente não podem deixar de ser rememorados em razão de uma suposta incidência do direito ao esquecimento em favor dos autores das atrocidades cometidas naquele período.

Perceba que, neste caso, embora decorridos mais de trinta anos do fim do regime, as informações divulgadas sobre o período ainda gozam, e, certamente, sempre gozarão, de interesse público, uma vez que estas informações dizem respeito à história da ruptura e da construção da nova democracia do Brasil.

O transcurso do tempo, para fins de investigar a conservação ou não do interesse público das informações divulgadas, embora seja fator importante ao reconhecimento do direito ao esquecimento, não é fator absoluto e, portanto, deve

ser ponderado com as demais variantes juridicamente relevantes aos casos em que o debate sobre o direito ao esquecimento surja.

É precisamente neste contexto que se defende um debate sobre o direito ao esquecimento, pautado na importância da análise do transcurso do tempo para constatar eventual desconstituição do interesse público, com vistas a satisfação, no caso concreto, dos influxos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de orientação do juízo decisório.

6 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAPRDINÁRIO 1.010.606/RJ

No início deste ano o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, que o direito ao esquecimento não é compatível com a ordem constitucional brasileira. Pelo voto dos oito ministros vencedores, segundo o acórdão elaborado: (STF, 2021)

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social análogos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

A discussão chegou ao STF através do Recurso Extraordinário 1.010.606, interposto contra acórdão elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. No caso, o tribunal negou provimento a apelação interposta em sede de ação de responsabilidade civil com pedido indenizatório promovida por irmãos de pessoa falecida retratada em programa televisivo local.

No julgamento do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal considerou o direito ao esquecimento como a “pretensão apta a impedir a divulgação, seja [...] de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante”.²⁹

Não há dúvidas de que o entendimento da Suprema Corte brasileira representa um forte golpe àquela parcela da doutrina e jurisprudência que vinha se formando no sentido de reconhecer a existência de elementos constitucionais suficientes à incidência implícita do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira.³⁰

Esta recente decisão proferida pelo Supremo não representa, entretanto, o fim do debate sobre a existência do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira, e existem algumas boas razões que sustentam essa tese.

Em primeiro lugar, é preciso notar que a decisão foi tomada com base num caso concreto e, por isso, o entendimento da corte certamente sofreu uma série de

²⁹ Vide o conceito exposto na página 02 e 03 do documento referido na nota anterior.

³⁰ Vide o Resp 1.334.097 e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.

influxos decorrentes das circunstâncias próprias do caso. Se outras fossem as circunstâncias, talvez a decisão que entendeu pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem constitucional brasileira tomasse um outro rumo. Não é difícil imaginar que a Suprema Corte tenha que, diante de um novo caso e com circunstâncias diferentes, rediscutir a questão, em razão de um eventual *distinguishing*³¹ alegado na origem de uma demanda judicial envolvendo o direito ao esquecimento.

Embora as decisões do STF vinculem as demais esferas do Poder Judiciário, a Suprema Corte não está vinculada à autoridade de suas próprias decisões, podendo superar um antigo entendimento a qualquer momento, desde que surja uma demanda juridicamente capaz de reabrir o debate sobre um tema já discutido. Veja o que aconteceu, por exemplo, com o entendimento da corte sobre a possibilidade do cumprimento antecipado de pena a partir de decisões criminais de segundo grau de jurisdição.

Além disso, as decisões do STF não vinculam o poder Legislativo em sua atividade legiferante típica, já que, do contrário, haveria grave violação ao princípio da harmonia e separação dos poderes (art. 2º da CRFB/88). Na verdade, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de leis que dizem respeito ao direito ao esquecimento, que eventualmente podem vir a ser pautados, votados e aprovados, o que, certamente, exigiria, no mínimo, que o STF, caso provocado, em controle abstrato ou difuso de constitucionalidade, rediscutisse a questão.³²

Chamamos atenção especialmente ao PL 10860/2018, de autoria do Deputado Federal Augusto Carvalho. O projeto objetiva acrescentar um parágrafo ao art. 11 do Código Civil de 2002, pelo qual “a dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, exatamente o que já está fixado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.

Observamos, portanto, que embora a decisão do STF de fevereiro deste ano seja um marco importante contra o desenvolvimento da doutrina do direito ao esquecimento no Brasil, ela não goza de definitividade, razão pela qual o debate não pode ser considerado extinto. As circunstâncias que envolvem a discussão sobre o

³¹ Pelo *distinguishing* é possível que um precedente, mesmo que vinculante, deixe de ser aplicado e, conseqüentemente, considerado para os fins de formulação do juízo decisório, em razão das diferenças concretas entre o caso concreto que está sendo julgado e o precedente levantado pelas partes da demanda.

³² Vide Projeto de Lei 4418/20, PL 1589/2015, PL 1676/2015 etc.

direito ao esquecimento são múltiplas e, certamente, pelas razões expostas, continuarão nutrindo a defesa pelo reconhecimento deste direito na ordem jurídica brasileira.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verificamos que apesar da falta de normatização direta e específica, existe, na ordem jurídica brasileira, base legal suficiente para sustentar a existência e a aplicação implícita do direito ao esquecimento num caso concreto determinado pela colisão dos direitos à liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, apesar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo em vista à satisfação necessária dos imperativos jurídicos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito** – 1. Ed. Barueri [SP]: Manole, 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 out. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 30 out. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13. 709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 30 out. 2021.
- COELHO, Júlia Costa de Oliveira. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual?** – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.
- LIMA, Henrique Cunha Souza. **Direito ao Esquecimento na Internet: efetividade e perspectiva – de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019**. Belo Horizonte : Fórum, 2020.
- MACHADO, Joana de Moraes Souza. **A EXPANSÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO NA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÕES COM O SURGIMENTO DOS BANCOS DE DADOS**. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/206/142#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20pode%2Dse%20afirmar,pr%C3%B3pria%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20vida%20cotidiana>. Acesso em 25 de setembro de 2021.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017. FARIAS DE, Sérgio Pereira. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Sergio Antonio Fabris Editó. Porto Alegre, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP).
- MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **DIREITO AO ESQUECIMENTO: ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Parlamento Europeu e Conselho de 24 de outubro de 1995. **Directiva 95/46/CE**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em 30 out. 2021.

Parlamento Europeu e Conselho de 27 de abril de 2016. **Regulamento 2016/679**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em 30 out. 2021.

STF. **Boletim de Jurisprudência Internacional**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5_DIREITOAESQ_UECIMENTO.pdf. Acesso em 30 out. 2021.