

**UNIVERSIDADE FUMEC**

**Sandra Pio Viana**

**MEMÓRIA, PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: (IN)APLICABILIDADE  
DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL SOCIEDADE TECNOLÓGICA**

**Belo Horizonte**

**2018**

**Sandra Pio Viana**

**MEMÓRIA, PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: (IN)APLICABILIDADE  
DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL SOCIEDADE TECNOLÓGICA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

**Belo Horizonte**

**2018**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

V614m Viana, Sandra Pio, 1963 -

Memória, privacidade e liberdade de expressão:  
(in)aplicabilidade do direito ao esquecimento na atual  
sociedade tecnológica / Sandra Pio Viana. – Belo  
Horizonte, 2018.

102 f. ; 29,7 cm

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza

Coorientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade  
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da  
Saúde, Belo Horizonte, 2018.

1. Memória. 2. Privacidade - Brasil. 3. Liberdade de  
expressão - Brasil. I. Título. II. Fiuza, César. III. Freitas,  
Sérgio Henriques Zandona. IV. Universidade FUMEC,  
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342.721



UNIVERSIDADE  
FUMEC

OK  
SINEF

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE  
MESTRADO**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ASSINATURAS:**

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Prof. Dr. Cimon Hendrigo Burmann de Souza

**MESTRANDA: SANDRA PIO VIANA**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:**

**“MEMÓRIA, PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO:  
(IN)APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUAL  
SOCIEDADE TECNOLÓGICA”**

**RESULTADO FINAL:**

*Aprovada*

**Data da Defesa: 28/02/2018**

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro  
30130-009 - Belo Horizonte, MG  
Tel. 0800 0300 200  
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro  
30310-190 - Belo Horizonte, MG  
Tel. (31) 3228-3000  
www.fumec.br

Dedico este trabalho à Júlia: nossas longas conversas sobre privacidade foram inspiradoras para mim. Obrigada por seu apoio.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, de onde vem toda a minha força.

Aos meus familiares, pela paciência nos tempos difíceis.

À Edna (*in memoriam*), não me esqueço do que representou em minha vida.

Ao Professor Cesar Fiuza, pela oportunidade de escrever sobre o tema.

Ao professor Sérgio Zandona, pela sempre presente disponibilidade em ajudar.

“I never said that ‘I want to be alone’[...] I’ve only said that ‘I want to be left alone’. That’s a great difference”.

(Greta Garbo, atriz, década de 30, século XX)

## RESUMO

O presente estudo propõe-se a pesquisar as variáveis em torno do direito ao esquecimento, à luz dos direitos à memória, à privacidade e à liberdade de expressão, analisando sua autonomia como direito de personalidade apto para proteção da pessoa humana na atual sociedade tecnológica. Analisará a possibilidade de esquecimento de fatos já publicados numa época em que a internet não esquece nada e nem ninguém, buscando sua efetividade para evitar novas publicações de dados ou de experiências traumáticas para que antigas mágoas não venham à tona. A tentativa de se regulamentar o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado insatisfatória. A atual sociedade tecnológica trouxe a superinformação, em que se restabelece a importância do direito ao esquecimento, como decorrente da autonomia privada. Confrontando com essa superinformação, destaca-se o papel do Direito no corpo social e na construção da história e memória, trazendo para o espaço público a necessidade de se respeitarem a liberdade de expressão e o direito à informação. Assim, buscar-se-á na presente pesquisa analisar o problema da privacidade e do esquecimento diante da autonomia privada, considerando a esfera particular, e a liberdade de expressão com seus reflexos no direito à memória, representando o clamor público. Será demonstrado na pesquisa que esse problema não é limitado à discussão da dualidade público-privada, mas um aprofundamento dos direitos e garantias fundamentais no Estado democrático de Direito Constitucionalizado. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica com o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Memória. Privacidade. Liberdade de expressão. Esquecimento.



## ABSTRACT

The present study proposes to research the variables around the right to forget, in focus of rights of memory, privacy and freedom of expression, analyzing their autonomy as a right of personality suitable for the protection of the human person in the current technological society. This study also analyzes a possibility of forgetting facts already published at a time when the Internet does not forget anything about anyone, seeking its effectiveness to avoid new publications of data or traumatic experiences in order that old sorrows do not come to the fore. The attempt to regulate the right to be forgotten in the Brazilian legal system has appeared to be unsatisfactory. The current technological society has brought the superinformation, where the importance of the right to oblivion is restored, as a result of private autonomy. Confronting with this superinformation, the highlight goes directly to the role of law in society and in the construction of history and memory, bringing to the public space the need to respect the freedom of expression and the right to information. Thus, the present research will analyze the problem of privacy and forgetfulness before private autonomy, considering the particular sphere, and the freedom of expression with its reflexes in the right to memory, representing the public outcry. It will be demonstrated in the research that this problem is not limited to the discussion of the public-private duality, but a deepening of the fundamental rights and guarantees in the democratic State of Constitutional Law. It'll be used the bibliographic research with the deductive method.

**Keywords:** Memory. Privacy. Freedom of expression. Right to be forgotten.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AEPD	Agência Espanhola de Proteção de Dados
AgR	Agravo Regimental
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CJF	Conselho de Justiça Federal
CP	Código Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OBAN	Operação Bandeirante
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Européia
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Direito ao esquecimento consolida-se como direito da personalidade restringindo a liberdade de expressão.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.1 Conceito .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2 Diversas definições do direito ao esquecimento .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 Direito ao esquecimento digital .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2.1 Right to forget (direito de esquecer) e right to be forgotten(direito a ser esquecido) .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.2 Diferença entre informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.3 Esquecimento, desindexação e apagamento .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 A questão do esquecimento sob o prisma dos tribunais superiores.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.1 Chacina da Candelária –STJ – Resp. 1.334.097/RJ-caso para esquecer .....</b>	<b>26</b>
<b>2.3.2 Caso Aída Curi – STJ – Resp. 1.335.153/RJ-caso para não esquecer .....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.3 STF – RE com Agravo n. 789.246/RJ – caso Aída Curi: repercussão geral .....</b>	<b>28</b>
<b>2.4 Caso Google Spain .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4.1 Pontos destacados no caso europeu .....</b>	<b>31</b>
<b>3 DIREITO À MEMÓRIA, DIREITO À PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1 A memória, a história e o esquecimento: diferentes visões do tempo e do direito .....</b>	<b>35</b>
<b>3.1.1 A preservação da memória coletiva.....</b>	<b>43</b>
<b>3.1.2 Conflito entre direito à memória e direito ao esquecimento .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 A privacidade.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.1 A tutela da privacidade no Brasil .....</b>	<b>53</b>
<b>3.3 Liberdade de expressão .....</b>	<b>60</b>
<b>3.3.1 Limites à liberdade de expressão .....</b>	<b>63</b>

3.3.2 Liberdade de expressão confrontada com direitos de personalidade .....	66
3.3.3 Antinomia real ou lacuna de conflito com o direito ao esquecimento .....	68
<b>4 EXISTE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO? (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO .....</b>	<b>71</b>
4.1 As argumentações a favor do direito ao esquecimento.....	71
4.2 As argumentações em desfavor do direito ao esquecimento .....	79
4.3 As argumentações que permeiam o direito ao esquecimento .....	83
4.4 Análise de julgado recente envolvendo direito ao esquecimento .....	92
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A atual sociedade tecnológica trouxe mecanismos de informações que muitas vezes quebram a noção de passado e presente, trazendo uma falsa sensação de presente contínuo. Diante do excesso de informação, ser esquecido, não ser lembrado faz parte do conceito de dignidade humana, pois muitas vezes a lembrança e recordações de fatos trazem sofrimento e dor.

Um dos dilemas decorrentes dessa sociedade relaciona-se à necessidade de resguardo dos direitos da personalidade, notadamente no que tange à proteção dos dados pessoais que acabam sendo propagados na imprensa falada e escrita e na rede mundial de computadores, sem qualquer mecanismo de controle, dificultando que as informações sejam descontextualizadas e, sem interesse público, sejam apagadas ou esquecidas.

O direito ao esquecimento surge como um instrumento que visa conferir tutela jurídica adequada à memória individual na sociedade de informação, considerando que esse atributo intrínseco à personalidade acaba sendo potencialmente violado no ambiente digital, em que o papel dos motores de busca desempenha, enquanto facilitadores do acesso à informação, uma facilitação para que nada se torne esquecido, evidenciando a memória eterna na internet.

Diante do excesso de informação, ser esquecido, não ser lembrado faz parte do conceito de dignidade humana, pois muitas vezes a lembrança e recordações de fatos trazem sofrimento e dor. No entanto, há uma construção de história e memória, de verdade e de liberdade de expressão, que igualmente são direitos constitucionais que asseguram importantes valores para as gerações.

Assim, contrapondo-se ao direito a ser esquecido, fazem-se valer os direitos de memória, que são verdadeiros alicerces do direito de informação e liberdade de expressão, como base da construção e afirmação histórica de fatos e enredos que não podem ser esquecidos. Se há impedimento da memória, haverá um impedimento de que o dissenso manifeste-se no espaço público, que decorrerá na não reapropriação do passado para a transformação do presente.

O direito à privacidade protege a intimidade, a vida privada, o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados pessoais de uma pessoa. O nível tecnológico alcançado com os

mecanismos de sensoriamento proporciona uma abrangência no acesso a informações – pessoais ou governamentais – jamais imaginado.

Na atualidade da sociedade de informação intensifica-se o interesse tanto dos governos quanto da iniciativa privada em intrometer-se na privacidade alheia. A privacidade, assim, sai do âmbito puramente privado e ganha contornos coletivos, demandando uma nova forma de análise e tutela.

As inovações tecnológicas impõe à sociedade contemporânea uma nova realidade social, marcada por limites cada vez mais frágeis entre o público e o privado. Com o advento da internet, através das redes sociais, as possibilidades de isolamento humano praticamente foram extintas.

Dessa forma, constata-se que interessa a noção do que é público e do que é privado. Estabelecer a diferença entre o que é público e o que é privado atualmente não é tarefa das mais fáceis, pois se trata de uma sociedade globalizada.

O presente estudo torna-se de extrema importância, pois quer demonstrar se existe um direito ao esquecimento e quais seriam os seus limites, demonstrando que dos fatos e enredos resguardados pela memória dependem a afirmação de um povo em repetir os mesmos comportamentos ou, com base naqueles, fazer uma história diferente. De outro norte, tem-se a liberdade de expressão e de imprensa colidindo com o direito ao esquecimento. A privacidade, por sua vez, conexa ao direito ao esquecimento, é o motor propulsor daquilo que interessa ou não à pessoa humana, de forma a não trazer constrangimento e dor, bem como dar o direito de construir a sua identidade pessoal histórica. A hipótese formulada é de que, apesar de não haver uma previsão legal expressa, há o direito ao esquecimento e, diante da técnica da ponderação de princípios, não há obstáculos para sua aplicação e reconhecimento, sopesando-o ao direito à memória e à liberdade de expressão e de imprensa.

O estado da arte é representado por doutrina e jurisprudência, que dão suporte aos diversos entendimentos, servindo de norteador para a discussão o REsp 1.334.097/RJ – Chacina da Candelária, e o REsp 1.335.153/RJ – Caso Aída Curi, que serão pontos para discussão, mas não apenas estes, sendo colacionados outros importantes para embasamento do que se pretende na presente pesquisa.

No primeiro capítulo, far-se-á um posicionamento do direito ao esquecimento como um dos direitos de personalidade, contrapondo-o como restrigente da liberdade de expressão. Não será

objeto do presente estudo o direito ao esquecimento no âmbito da reabilitação criminal. Serão dados os principais conceitos e entendimentos doutrinários acerca do tema. Em apartado, será feito um breve estudo sobre direito digital, e as diferenças entre *right to forget* e *right to be forgotten*. Em seguida, serão explicados os conceitos sobre desindexação e apagamento, retratando em seguida a jurisprudência do STJ, que é o REsp 1.334.097/RJ – Chacina da Candelária, o qual reconheceu a aplicação do direito ao esquecimento, e o REsp 1.335.153/RJ- Caso Aída Curi, no qual não foi reconhecido o direito ao esquecimento. Será narrado brevemente o caso europeu, denominado Google Spain, que mudou muito o conceito de direito ao esquecimento na Europa, dinamizando-o em conformidade como a autonomia privada, em que são ressaltados seus principais aspectos.

O segundo capítulo concentra-se no estudo sobre memória, privacidade e liberdade de expressão, seus confrontos com os direitos de personalidade, no caso o direito ao esquecimento, e as soluções apresentadas pela doutrina para solução de conflitos.

No terceiro capítulo, será respondido ao questionamento se o direito ao esquecimento existe de forma autônoma ou conexa a outro direito. Se se deve invocá-lo para resolver todas as situações como uma fórmula ou deve-se buscar subsídio na legislação e jurisprudência. Serão confrontados entendimentos a favor e contra o direito ao esquecimento. Se existe, em qual geração seria estabelecido, e se se aplicaria ao direito na internet.

A tentativa de regulamentar o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro tem se demonstrado insatisfatória, à medida que não estabelece critérios claros do que pode ser esquecido. Ao Direito, cabe a incumbência da devida prestação jurisdicional no avanço da proteção dos direitos da personalidade, mas atento à garantia constitucional da liberdade de expressão, adequando o que deve ser ou não esquecido.

Utilizando-se o método dedutivo, metodologia bibliográfica e jurisprudência, tendo como marco teórico as do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (Caso Chacina de Candelária e Caso Aída Curi), pretende-se demonstrar que o direito ao esquecimento, apesar de não ser ainda regulamentado no ordenamento jurídico, possui importância relevante, na medida em que solicita do judiciário um sopesamento entre princípios constitucionais, como liberdade de expressão e direito à informação; e, de outro, inviolabilidade da imagem, intimidade e vida privada.

## **2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Este capítulo objetiva apresentar o direito ao esquecimento como um dos direitos de personalidade, demonstrando ainda suas restrições com o direito à liberdade de expressão, que, nas discussões travadas sobre sua aplicação, é o fator que o restringe e limita.

Primeiramente, será examinado o direito ao esquecimento (ou direito a ser esquecido) como um direito de personalidade, instrumento de tutela jurídica para a memória individual.

Na sequência, os principais conceitos elaborados pela doutrina e elementos jurisprudenciais. A conceituação de direito ao esquecimento digital, por sua peculiaridade, será dado em apartado, trazendo elementos identificadores de seu conteúdo.

### **2.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO CONSOLIDADO COMO DIREITO DE PERSONALIDADE RESTRINGINDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Personalidade é uma aptidão para exercer direitos e contrair obrigações e é inerente à pessoa, sem distinção de raça, cor, sexo ou condição social.

Segundo César Fiuza, a razão de ser dos chamados direitos de personalidade não é apenas proteger o homem em suas relações existenciais e patrimoniais, mas até em vista de situações patológicas em que o homem sofre danos a sua personalidade (2015, p.27).

De outro norte, a personalidade em si não é um direito, mas apoia-se nos direitos e deveres que dela irradiam. Fiuza refere-se à proteção, associando-a a termos patológicos em que há danos à personalidade, preferindo falar em tutela, abrangendo, além das situações patológicas, as demais. Por isso, denomina a cláusula geral de tutela (não apenas de proteção) da personalidade, significando que a personalidade seria um valor, do qual decorreria não só a proteção à dignidade humana, mas também a promoção do ser humano (2015, p.26-27).

Nesse mesmo sentido, Diniz reconhece uma dupla dimensão aos direitos de personalidade: a axiológica, em que os valores fundamentais da pessoa materializam-se; e a objetiva, que consiste nos direitos previstos em lei e na CR/88 (2014, p.54-60).



O direito à privacidade e à intimidade foram consagrados pela CR/88 no artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O direito ao esquecimento é uma figura autônoma em relação ao direito à intimidade ou à privacidade, apesar de em certos aspectos estabelecer-se uma conexão entre eles. Têm em comum a origem e o fato de todos serem direitos da personalidade. Mas o direito ao esquecimento tem suas próprias características. Diz respeito aos fatos do passado que não tem mais atualidade e cujo titular não tem mais interesse em divulgar. Portanto, não pode ser confundido com aqueles.

O direito ao esquecimento não pode ser confundido com o direito à imagem e à honra, pois a imagem é a representação ou o reflexo material ou imaterial de uma pessoa, e a honra é a reputação de uma pessoa. Já o direito ao esquecimento diz respeito aos fatos que ocorreram no passado, cuja divulgação não há mais interesse no presente. Embora, caso ocorra, a divulgação possa trazer prejuízo à imagem ou também à honra do indivíduo, ainda assim todos são figuras autônomas, pois a ofensa ao direito ao esquecimento pode verificar-se independentemente da violação do direito à imagem ou à honra.

Afirma, assim, Diniz com relação à inserção do direito ao esquecimento na categoria dos direitos da personalidade:

O direito a ser esquecido é um dos direitos de personalidade, por ser um direito subjetivo *excludendi alios*, de defender a memória privada e de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo esse bem inato, valendo-se de ação judicial, não para impor um dever de esquecer uma dada informação, mas para impedir que se recorde, injustificadamente, mediante nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade. (DINIZ, 2017, p.18).

O direito ao esquecimento (ou a ser esquecido) é um direito de personalidade, incluído na categoria do direito à integridade moral, tendo proteção própria e possibilitando a concretização do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento jurídico-normativo dos direitos da personalidade.

Diniz discorre sobre os seguintes esclarecimentos inerentes à tutela do direito ao esquecimento: (i) pessoa que não deseja rememorar lesão sofrida por fato pretérito de conduta negativa; (ii) pessoa que não deseja lembrar algum comportamento positivo, como um ato de

coragem ao resistir, por exemplo, a um estupro e provocar a morte do agressor; (iii) o desejo de uma celebridade de ficar só e viver em paz (2017, p.19).

O direito ao esquecimento tem sido considerado como um direito autônomo, integrante dos direitos de personalidade, derivando-se da proteção à intimidade e à privacidade histórica e relacionando-se com a honra, a imagem, o nome. Bem jurídico integrante da personalidade da pessoa, é considerado independente por estar vinculado à memória individual, o que será constatado através de seu conceito, doutrina e jurisprudência.

### 2.2.1 conceito

Segundo Fiuza, com a evolução do capitalismo industrial, deu-se lugar ao Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco, ambiente favorável tanto para o prisma privatístico, quanto para o público, haja vista que os direitos de personalidade passam a integrar a esfera privada, mas subsistindo ao lado do público, que socorre o indivíduo contra o Estado. O jurista entende que os direitos de personalidade pertencem a ambas as esferas, sendo que, na privada, fala-se em direitos da personalidade, e, na pública, em direitos humanos ou fundamentais (2015, p.23).

Pinheiro conceitua o direito ao esquecimento como direito a não ser lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (acessível por intermédio da internet), em um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função da perturbação causada à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação (2016, p.36/37).

Alega Pinheiro que o objetivo central do direito ao esquecimento é impedir que, na atualidade, a retrospectiva de um episódio passado possa ser rememorada negativamente por essa associação. Corresponderia, portanto, a um fundamento para censurar a comunicação, impedindo a publicação ou retirando-a de circulação, ou para gerar obrigação de indenizar em virtude da provocação de um dano decorrente do relato do passado (2016, p.38).

### 2.1.2 Diversas definições do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento não é novidade nem na doutrina brasileira e nem na estrangeira. Os direitos de personalidade, mormente o de privacidade, há muito já são conhecidos e discutidos.

O Ministro Luis Felipe Salomão (2017)<sup>1</sup> mencionou em sua palestra “O direito à privacidade e o direito ao esquecimento à luz da jurisprudência dos tribunais superiores” que, já no ano de 1894, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu sobre o direito à privacidade conectado ao esquecimento (*The right to privacy*) no famoso caso Samuel D. Warren *versus* Louis D. Brandeis, no qual foi tratada a invasão da tecnologia no direito à privacidade. Warren teria ficado muito incomodado na época com o casamento de uma filha sua em que vários repórteres compareceram e, no dia seguinte, já estavam estampadas nos jornais (o meio de comunicação era o telégrafo) todas as notícias e fofocas em torno do evento.

Na Corte Constitucional Alemã, em seu limiar, discutiu-se o caso do livro *Mefisto* de Klaus Mann, no qual foi retratada a vida de um cunhado seu que teria se tornado um desafeto dele e que ele apontava como tendo servido ao nazismo porque assumira na época do nazismo a direção do teatro de Munique. A discussão foi se o biografado poderia proibir a circulação da obra.

Um outro caso de repercussão em todo mundo foi o *Watergate*, no qual uma escuta clandestina acabou derrubando o presidente Richard Nixon, já que este último recusava-se a apresentar uma fita em que ele se comprometia, o que foi determinante para sua renúncia.

No Brasil, desde a Carta Magna de 1937 (art.123)<sup>2</sup>, na de 1946 (art.141)<sup>3</sup>, na de 1967 (art.150)<sup>4</sup> e na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XLI, XLII, XLVII, XLIX, LIV, LX, LXXV cuida-se da proteção à liberdade, à privacidade e ao sigilo.

Pinheiro (2016, p.39) acredita que, no Brasil, foi René Ariel Dotti, em 1980, quem abordou de forma expressa o direito ao esquecimento na obra “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”.

---

<sup>1</sup> Palestra “O direito à privacidade e o direito ao esquecimento à luz da jurisprudência dos tribunais superiores” proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão no curso “Democracia e Privacidade”, na Escola Paulista de Magistratura, em 16 de outubro de 2017.

<sup>2</sup> Art 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição (CR/1937).

<sup>3</sup> Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...](CR/1946)

<sup>4</sup> Art. 150- A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:[...](CR/1967)

Enumera ainda Paulo José da Costa Júnior como um nome importante quando o tema é direito ao esquecimento, embora não tenha tratado expressamente sobre ele em sua obra “O direito de estar só – tutela penal da intimidade”, obra publicada em 1995.

Mas a grande maioria das publicações nacionais é recente, impulsionadas principalmente por duas decisões da Quarta Turma do STJ<sup>5</sup>, proferidas em 2013, em que foi reconhecido expressamente o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, desafiando uma nova formatação social decorrente do uso da *internet* e a inevitável ampliação da divulgação de informações.

Diniz, em estudo sobre o direito ao esquecimento, diz que ele é um dos direitos de personalidade, por ser um direito subjetivo *excludendi alios*, de defender a memória privada e de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo esse bem inato, valendo-se de ação judicial, não para impor um dever de esquecer uma dada informação, mas para impedir que se recorde, injustificadamente, mediante nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade (2017, p.18).

Para Martinez, o direito a ser esquecido é fundamental, por essencial ao desenvolvimento da personalidade humana, possibilitando que a pessoa impeça que sua memória pessoal seja lembrada, a qualquer momento, por terceiro (2014, p.80).

Dotti afirma que o direito a ser esquecido é “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do presente que não tenham legítimo interesse público” (1998, p.300).

Bucar afirma que o direito ao esquecimento insere-se na proteção à privacidade, cujo conceito deve passar por uma inevitável atualização, eis que não mais corresponde ao direito de se estar só, ligando-se à prerrogativa de se controlar as informações a seu respeito no tempo, no espaço e no contexto (2013, p. 3).

Esse autor indica o Enunciado 404<sup>6</sup> promovida pelo CJF/STJ e aborda a questão do direito ao esquecimento tratando-o como um controle temporal dos dados, “que demandaria uma proteção

---

<sup>5</sup> REsp n. 1.334.097/RJ (“Chacina da Candelária”) e REsp n. 1.335.153/RJ (“Aída Curi”), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma do STJ).

<sup>6</sup> Esse enunciado firmou que “a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresse consentimento para tratamento de informações que

das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado dos dados passados” (BUCAR, 2013, p. 9).

Reconhece Bucar, valendo-se da ponderação entre direitos, a existência de duas hipóteses em que o controle temporal da privacidade não é admitido. A primeira relaciona-se a um valor existencial de igual ou superior relevância ao do interessado. E a segunda liga-se aos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação esteja protegida pela liberdade de expressão, devendo-se, para tanto, avaliar o grau de relevância do papel do indivíduo na constituição do evento, para que, consoante a sua afirmação, haja um aprimoramento da verdade histórica mediante a indicação dos partícipes relevantes (2013, p. 11-12).

Schreiber entende que há a prerrogativa de impedir que informações sejam revividas de forma descontextualizada na atualidade, a partir da ideia de que todos têm o direito de controle sobre a coleta e uso de seus dados pessoais. O autor consigna que não se deve falar em um direito de apagar fatos ou mesmo de reescrever a história, mas de um direito de esquecimento, garantindo a possibilidade de se discutir o uso atribuído a fatos do passado, em especial o modo e a finalidade pelos quais são lembrados (2013, p. 170-172).

Todavia, admite o choque com outros direitos, como a liberdade de informação que, mediante a ponderação, poderá se sobrepor. No sopesamento de interesses, sustenta que se deve levar em conta a utilidade informativa da divulgação contínua, de um lado; e, de outro lado, os riscos à pessoa envolvida, devendo-se buscar a melhor solução para o caso concreto.

Steiner defende que o direito ao esquecimento insere-se no contexto da tutela da privacidade. No seu entendimento, se não estiverem presentes os fundamentos que justifiquem a informação, o direito ao esquecimento deverá prevalecer. O mecanismo, portanto, seria tratar a informação veiculada como um dado pessoal, podendo o sujeito envolvido solicitar a retirada do que foi noticiado, bem como impedir a publicação (2014, p. 101-102).

Segundo a autora, ilicitude consistiria na manutenção da notícia na *internet* após o pedido da exclusão, e na veiculação de uma nova comunicação, apesar de não estar presente o interesse público. O que se resguardaria seria o impedimento de danos causados com a nova publicação, em

---

versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.

que os fatos podem ser reavivados. A solução seria evitar a exposição direta da pessoa retratada ou conseguir a devida autorização dessa pessoa para a veiculação do fato.

Pelo Enunciado 531 do CJF, a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito a ser esquecido, com isso a pessoa poderá ter a pretensão de que certa informação sobre seu passado por estar ligada à sua privacidade, à sua imagem, à sua honra, entre outros, não seja mais divulgada, impedindo ou dificultando seu acesso a terceiros, para que caia no esquecimento, desde que não envolva interesse público<sup>7</sup>.

## 2.2 DIREITO AO ESQUECIMENTO DIGITAL

A doutrina não faz distinção quanto ao veículo provocador à aplicação do direito ao esquecimento. Foram apresentados aspectos do referido direito de forma generalizada, algumas vezes incluindo o cenário virtual. A doutrina vem entendendo que independe do formato invocado para se discutir o direito ao esquecimento. No entanto, o acórdão do STJ que julgou o caso “Chacina da Candelária” destaca em seu corpo que o estudo do caso aplicava-se na mídia televisiva, excluindo a internet.

Para Friedman, tanto o governo quanto empresas privadas estão se valendo de leis de privacidade ultrapassadas para facilmente acessar, processar e distribuir as informações privadas dos usuários, em verdadeira vigilância 24 horas, sugerindo uma proteção especial quanto ao ambiente virtual (2013, p. 19).

Embora a guarda da esfera íntima contra a invasão sem justificativa seja um aspecto importante na proteção da privacidade, negligenciando-se a esfera mais ampla, perde-se o anonimato nos momentos de socialização e comercialização, exemplificativamente. Além disso, a *internet* é um espaço propício para a liberdade de expressão.

---

<sup>7</sup> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento – Artigo: 11 do Código Civil – Justificativa: 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 rescrever 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.

Em se tratando de direito digital, a obra “Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age”, de Viktor Mayer-Schönberger é referência para o estudo do direito ao esquecimento no ambiente de *internet*. Narra Mayer-Schönberger um exemplo que é repetido por vários autores que escrevem sobre o tema. Trata-se da história de Stacy Snyder, passada no ano de 2006, quando contava com a idade de 25 anos e foi impedida de tornar-se professora, não obstante ter obtido aprovação em todas as disciplinas do curso, incluindo atividades práticas. A recusa da Universidade baseou-se em um comportamento de Stacy que seria incompatível com o de uma professora. O alegado comportamento fundamentou-se em uma foto disponibilizada por ela na rede social denominada *myspace*, na qual ela estava vestida de pirata bebendo em um copo plástico com a legenda: pirata bêbado. Para o autor, não se trata de analisar a validade (ou insensatez) da decisão tomada pela Universidade que negou o certificado a Stacy, mas refere-se a algo muito mais importante, que é o esquecimento (2009, p.11) .

Mayer-Schönberger aponta outra situação envolvendo Andrew Feldmar, psicoterapeuta canadense, impedido de entrar nos Estados Unidos, coisa que já tinha feito anteriormente e por diversas vezes. O guarda da fronteira acessou um motor de busca na *internet* e viu que ele era autor de um artigo no qual havia mencionado sua experiência com LSD na década de 60. Para o autor, ainda que Andrew não tivesse nenhum registro criminal e não utilizasse mais drogas desde 1974, como a tecnologia fez com que a sociedade perdesse a capacidade de esquecer, ele foi impedido de cruzar a fronteira entre o Canadá e os Estados Unidos (2009, p. 12).

Mayer-Schönberger conclui que é preciso reintroduzir o esquecimento. Há a necessidade de que ele seja facilitado, ainda que em uma proporção muito pequena<sup>8</sup>(2009, p.100-102).

Para estudo do direito ao esquecimento digital, é preciso que se analisem duas expressões trazidas por Mayer-Schönberger: “*right to forget*” e “*the right to be forgotten*”, em tradução livre, “o direito de esquecer” e “o direito de ser esquecido”. Sua preocupação com tal direito é externar as falácias existentes na ideia comum de que o ato de deletar dados pessoais na rede mundial de computadores seria garantia de definitiva exclusão.

---

<sup>8</sup> Mayer-Schönberger (2009, p.84/85) relata o cadastramento feito pelo governo holandês na década de 30, de todos os cidadãos com o objetivo de melhor prestação dos serviços públicos, próprios da organização do *welfare state*. Na coleta de dados solicitou-se o nome, data de nascimento, endereço e religião, dentre outras informações. Porém, com a invasão dos nazistas, estes dados foram acessados e os habitantes judeus e ciganos do país foram presos em uma percentual muito mais alto (73%) do que em outros países que não contavam com os registros organizados.

Porém, segundo Pinheiro, é preciso atentar para a duplicidade de significados que vem sendo dada à expressão “direito ao esquecimento” quando o tema insere-se no ambiente digital (2016, p. 69).

Para tanto, será distinguido nos tópicos adiante as peculiaridades das expressões *right to forget* e *right to be forgotten*; a diferença entre a informação antiga com acesso facilitado pela internet e a informação nova retratando o passado; a distinção entre desindexação e apagamento; e destaque a uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE, de maio de 2014, que ficou conhecido como caso “Google Spain”, que fomentou ainda mais discussões sobre direito ao esquecimento digital.

### 2.2.1. *right to forget* (direito de esquecer) e *right to be forgotten* (direito a ser esquecido)

Weber esclarece que no idioma inglês faz-se distinção entre *right to forget* e *right to be forgotten*, que podem ser traduzidos como direito de esquecer e direito a ser esquecido. Para ele, o termo *right to forget* deve ser reservado para o direito de não mais se mencionar o evento histórico, em função do decurso do tempo desde a sua ocorrência; e o termo *right to be forgotten*, criado recentemente, corresponde ao pleito do indivíduo de ter certos dados deletados da internet para que terceiros não possam mais segui-los (2011, p.120).

O primeiro relaciona-se a fatos históricos do passado que não mais se deseja serem recordados, dando ao indivíduo a chance de esquecer o ocorrido. O segundo, por sua vez, restringe-se à ideia de controle de dados na internet.

No Brasil, o direito ao esquecimento não vem sendo tratado como controle de dados pessoais, independente de qualquer lapso temporal (*right to be forgotten*). Conforme se depreende das definições sobre o tema, há uma linha doutrinária que sustenta que o direito ao esquecimento é uma atualização do conceito de privacidade, o qual teria passado a corresponder à prerrogativa de se controlar os dados pessoais, porém, para especificidade do esquecimento, exige-se o elemento tempo (PINHEIRO, 2016, p.70).

Entende-se ser necessário que o que se levou a falar em direito ao esquecimento foi o fluir do tempo, ainda que não se possa falar em quanto tempo. Não há como ignorar a passagem dele, mesmo quando se fala em direito ao esquecimento digital.



Pinheiro entende não ser adequado falar em “direito ao esquecimento” com o intuito de se retirar, imediatamente, dados disponibilizados na internet de forma geral ou mesmo quando isto significar violação de direitos da personalidade (2016, p.71).

Não é possível atribuir ao direito ao esquecimento uma qualidade de direito de guarda-chuva capaz de reunir a tutela de dados pessoais, privacidade honra e imagem, independentemente de uma especificade, como a fluência do lapso temporal (PINHEIRO, 2016, p.72).

Há quem aponte o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), em seu art. 7º, X, como os fundamentos do direito ao esquecimento<sup>9</sup>. No entanto, acredita-se que tal conceito não é suficiente para se adequar aos elementos exigidos quando se fala em direito ao esquecimento, por faltar a definição do tempo, pois o término da relação entre as partes não é suficiente para fundamentar a existência do direito ao esquecimento.

### 2.2.2 diferença entre informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado

Pinheiro estabeleceu a diferença entre o direito ao esquecimento conectado com o passado e com a retomada de um evento que, ao ser rememorado, contraria os interesses da personagem envolvida, que, em razão disto, deseja impedir a lembrança do acontecido, mesmo quando não possa argumentar que a veiculação na origem fora ilícita (2016, p. 72).

Detalhe de grande significância é relativo ao debate sobre esquecimento quando ele é transferido para o âmbito da internet, porque a facilitação de acesso aos dados que se têm atualmente modifica o modo de se relacionar com o passado.

Há questões que, muito embora não sejam atuais, perderam o vigor com a passagem do tempo, mas podem ser facilmente reexaminados a qualquer momento através da *internet*. Pinheiro preocupa-se com a aplicação do direito ao esquecimento nesses casos, pois não se pretende impedir

---

<sup>9</sup>Lei n.12.965/2014, art.7º, X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, o término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

a comunicação de atos novos, nem tampouco se quer esconder o que foi produzido à época da ocorrência dos fatos (2016, p.72).

Para ela, ambas as hipóteses ferem frontalmente a liberdade de expressão, e ainda que se reconheça a facilidade de acesso atual, tanto as informações antigas quanto as novas não devem sofrer limites. Se for o caso de comunicação protegida e não violadora de direitos, a informação, independente de quando elaborada, deve circular livremente.

Em sentido mais liberal, Diniz alega ter o direito a ser esquecida a conexão com a privacidade histórica, visto que visa garantir a escolha da vida, feita pela pessoa, contra qualquer divulgação de fato passado e que não apresente interesse público na atualidade. Para a jurista, essa escolha de controle e domínio sobre dados e informações pessoais evitaria a estigmatização social (2017, p.22).

### 2.2.3 esquecimento, desindexação e apagamento

No direito ao esquecimento digital deve-se lembrar de que as notícias de jornais digitais, vídeos, comentários, postagens de blogs, em geral, podem estar disponíveis na *internet* e os motores de busca facilitam sobremaneira a pesquisa de interesse.

Conforme já dito anteriormente, o direito ao esquecimento é o direito de não ver relembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em informação pretérita (porém com acesso facilitado por estar disponível na *internet*), um fato passado, em função de sua perturbação à vida presente da pessoa afetada pela comunicação, ainda que reputado como verdadeiro e publicizado, à época, de forma lícita.

O direito à desindexação (*right to be de-indexed*) corresponde à supressão da indicação de links do resultado de pesquisa do provedor de busca. A supressão é dirigida aos motores de pesquisa que, apesar de não serem os autores das informações, na verdade são responsabilizados em decorrência de uma comunicação ilícita de terceiro (PINHEIRO, 2016, p.74). A informação não é apagada, excluída da *internet*, apenas deixa de ser apontada na pesquisa realizada.

O maior exemplo de direito à desindexação é, sem dúvida, o caso Google Spain, que será detalhado posteriormente. No Brasil, o STJ, ao abordar a aplicação do direito ao esquecimento no caso da Chacina da Candelária, não conecta ao assunto o tema desindexação.

Adverta-se que nem sempre a desindexação estará ligada a uma hipótese de esquecimento. Outras podem ser as motivações, como a violação de direito autoral, da privacidade, honra e imagem, independentemente de qualquer lapso temporal.

No Brasil, a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), em seu artigo 19, estabelece que o provedor de aplicações de internet, no qual se inclui o provedor de pesquisa, somente poderá ser responsabilizado por conteúdo gerado por terceiro se não atender à decisão judicial que determine a indisponibilidade, mediante identificação precisa. É feita exceção quanto à exigência de notificação judicial, conforme disposto no art. 21 da mesma lei, na hipótese de violação da intimidade em virtude da divulgação não autorizada de conteúdo.

O direito ao apagamento (*right to erasure*) objetiva excluir/apagar/deletar as informações disponíveis na internet e não apenas impedir que o provedor de pesquisa as indique.

O direito é exercido contra o autor/veiculador da informação, podendo tratar-se de uma eventual responsabilização por conteúdo próprio ou mesmo por conteúdo de terceiro. Do mesmo modo que na desindexação, o pedido de apagamento da informação da internet não significa que, necessariamente, estar-se-á falando de um direito de ser esquecido, já que é possível retirar da rede de computadores conteúdo violador atentórios de direito, sem qualquer relação com uma informação lícita do passado (PINHEIRO, 2016, p.79).

### 2.3 A QUESTÃO DO ESQUECIMENTO SOB O PRISMA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Como os superiores tribunais resolvem quando há conflito de direitos fundamentais? Ou em aparente conflito? As técnicas são mais ou menos as mesmas no mundo todo. Dworkin fala que o juiz hércules é aquele que imagina soluções adequadas para os *hardcases*, e ele evolui com essa técnica, sem perder de vista a necessidade da solução de antinomias supostamente insolúveis.

A primeira consideração é a de não há hierarquia entre direitos de natureza constitucional, muito embora alguns julgados do STF tenham feito alusão a essa hierarquia entre princípios, a maioria destacada da doutrina diz que não existe hierarquia entre direitos da mesma natureza, ou seja, constitucionais. Como se resolve? Predomina o interesse público no caso concreto dentro da ponderação que cada julgador vai fazer para analisar o tema. E entra também o outro princípio da razoabilidade, em que o intérprete é o intermediário entre o texto e a realidade, conforme se exporá em seguida.

### 2.3.1 chacina da Candelária – REsp n. 1.334.097/RJ – Relator Ministro Luis Felipe Salomão: caso para esquecer

Jurandir Gomes França ajuizou ação, pleiteando reparação de danos morais em desfavor da Globo Comunicações e Participações S/A. Informou que foi procurado pela emissora televisiva para gravar entrevista a ser veiculada no programa jornalístico “Linha Direita – Justiça”, o qual trataria de homicídios em série ocorridos no Rio de Janeiro em julho de 1993, cujo caso ficou conhecido como “Chacina da Candelária”.

Disse que recusou o convite da emissora porque, embora tenha sido indiciado como coautor dos crimes, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença, razão pela qual não desejava ver seu nome e sua imagem novamente divulgados em rede nacional, o que acabou acontecendo com a veiculação do programa no ano de 2006.

Informou que, embora o programa tenha mencionado a absolvição, a notícia de seu indiciamento, acompanhado de nome e imagem, reavivada 13 (treze) anos após o evento, gerou-lhe intenso abalo moral, o qual não foi reconhecido pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

Inconformado com a sentença, interpôs recurso de apelação, que foi provido, por maioria, pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para condenar a Globo Participações S/A ao pagamento de indenização de R\$ 50.000,00 pelos danos morais sofridos.

Foram opostos Embargos Infringentes por conta da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, no qual ficou confirmada, mais uma vez, a condenação. A emissora interpôs Recurso Especial e o STJ manteve, agora por unanimidade, o reconhecimento do pleito indenizatório.

Como razões de decidir, a Quarta Turma do STJ, ao adotar expressamente os fundamentos do acórdão fluminense, entendeu que a ponderação entre a liberdade de informação (art. 220, Constituição da República) e a proteção da vida privada (art.5º, X, CR/88) deveria privilegiar o direito ao esquecimento, o que determinava fossem poupados o nome e a imagem do autor, não obstante o reconhecimento da licitude do conteúdo da matéria jornalística em si.

### 2.3.2 caso Aída Curi – Resp n. 1.335.153 - RJ caso para não esquecer

Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi ajuizaram ação, objetivando reparação de danos materiais e morais decorrentes de ato praticado pela Globo Comunicações e Participações S/A. Únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio ocorrido em 1958, que ficou nacionalmente conhecido, os autores buscaram a indenização pelo ilícito que apontavam haver sido cometido pela emissora televisiva, configurado na reabertura de antigas feridas pela veiculação do programa “Linha Direita – Justiça”, o qual tratou novamente da vida, morte e pós-morte de sua irmã.

Pediram indenização por dano moral por conta da dor de reviver o passado. Pleitearam ainda dano material, cujo ressarcimento justificou-se pela exploração da imagem da sua falecida irmã com objetivo comercial e econômico.

Em 1ª instância, o juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores, cuja sentença foi confirmada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Fluminense, sob o fundamento de que o homicídio de Aída Curi foi amplamente divulgado pela imprensa no passado e, ainda, é discutido e noticiado nos últimos cinquenta anos.

Interposto Recurso Especial pelos irmãos de Aída Curi, ao mesmo foi negado provimento pela maioria dos integrantes da Quarta Turma do STJ. O voto vencedor, proferido pelo Relator Ministro Luis Felipe Salomão, considerou que, naquela hipótese específica, a liberdade de imprensa (art. 220, Constituição da República) deveria preponderar sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts. 5º, X e 220, §1º, Constituição da República), uma vez que, além da matéria não estar incrementada de artificiosidade, os fatos revelavam notícia histórica de repercussão nacional.

Portanto, entendendo tratar-se de dado histórico, o pedido de indenização por danos morais foi negado, assim como o de reparação de danos materiais, porquanto o uso da imagem foi feito de modo ilícito.

A divergência aberta pela Ministra Maria Isabel Gallotti e acompanhada pelo Ministro Marco Buzzi, entendeu que a ausência de autorização dos irmãos, conforme previsão do art. 20 do Código Civil, acrescida da carência de notoriedade da vítima, autorizavam o acolhimento do pleito indenizatório com a aplicação, inclusive, da Súmula 402 do próprio STJ. Prevaleceu a possibilidade de nova divulgação dos fatos, sem necessidade de anuência dos interessados.

### 2.3.3 STF – RE com Agravo n. 789.246/RJ – Caso da Chacina da Candelaria e Rext com Agravo n. 833.248/RJ – Caso Aída Curi: Repercussão Geral

O RE com Agravo n. 789.246 (relator: Ministro Celso de Mello) corresponde à “Chacina da Candelária”, sendo recorrente a Globo Comunicações e Participações S/A. O RE com Agravo n. 833.248 (relator Ministro Dias Toffoli) corresponde ao caso “Aída Curi”, sendo recorrente os irmãos da vítima.

Os irmãos da vítima Aída Curi argumentam que o direito ao esquecimento, como um aspecto de proteção da dignidade humana, ainda não foi apreciado pelo STF, concentrando-se a inovação no fato de que não se trata de busca pela ressocialização de um condenado, mas a análise do tema na esfera civil sob o ângulo da vítima. Sustentam também a importância de se conceder maior nitidez na relação entre os órgãos de imprensa e o princípio da dignidade.

A repercussão geral foi concedida com fulcro na necessária harmonização entre os princípios da liberdade de expressão e o direito à informação com a dignidade da pessoa humana e seus corolários, como imagem, intimidade e vida privada.

O reconhecimento da repercussão geral deu origem ao tema n. 786 (“aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”).

Destaca-se a importância de leitura do tema n. 786 acima para não esquecer que o recurso foi interposto pela família da vítima e o pedido de reconhecimento do direito ao esquecimento refere-se à situação a eles relacionada.

Registre-se que no STF os julgados relativos ao direito ao esquecimento são relativos à possibilidade de limitação da liberdade de expressão. Há julgados relacionados à reabilitação criminal, atestado de antecedentes criminais, mas nenhum envolvendo o tema em questão.

## 2.4 CASO GOOGLE SPAIN

Os casos objeto da repercussão ganharam notoriedade pela possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, popularizando discussões ainda quanto ao tema de submissão da internet ao controle de dados pessoais e também pela facilidade de se ter acesso às informações do passado, muito embora o objetivo desta dissertação seja o direito ao esquecimento dentro do contexto da jurisprudência em comento.

Porém, em 13/05/2014, a discussão do direito ao esquecimento e a internet alcançou seu ápice com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>10</sup>, resultante da provocação feita pela Audiência Nacional da Espanha, conforme será narrado a seguir<sup>11</sup>.

Mario Costeja González é um advogado espanhol, que morava na rua Montseny, na cidade de Barcelona, em um apartamento de 90m<sup>2</sup>, o qual foi levado à hasta pública para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola, conforme se noticiou no jornal *La Vanguardia* no ano de 1998, na página de anúncios de leilões públicos. Mario Vosteja González, no entanto, havia quitado a dívida, sem que houvesse necessidade de venda judicial. Em 2009, ele procurou administrativamente o jornal para pedir que seu nome não aparecesse no motor de busca em associação a esse fato. A resposta foi negativa e o argumento foi que a publicação se deveria a um comando do Ministério do Trabalho e Seguridade Social. O periódico servira apenas como

---

<sup>10</sup> Disponível

em:<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>. Acesso em 28 dez. 2017.

<sup>11</sup> Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em 28 dez. 2017.

instrumento para executar uma determinação do órgão público. Em 2010, Mario Consteja González buscou novamente, no âmbito administrativo, dessa vez junto ao Google Espanha, a retirada de seus dados do motor de busca. A sucursal espanhola transmitiu o requerimento de Costeja González para a matriz californiana. O pedido foi rejeitado pela empresa. Em março do mesmo ano, o espanhol protocolizou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a empresa *La Vanguardia Ediciones SL*, que edita o jornal com idêntico nome, com grande circulação na Catalunha, e também contra o Google Spain e o Google Inc.

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

O julgamento da reclamação pela agência espanhola deu-se em julho de 2010, ocasião em que a AEPD rejeitou o pedido em face do jornal, por se considerar que o periódico tão somente publicou o anúncio por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, cujo objetivo era de ordem pública, porquanto visava a dar ampla publicidade ao leilão dos imóveis. Quanto ao Google, sucursal e matriz, a AEPD entendeu que os motores de busca submeteram-se à legislação protetiva de dados pessoais, na medida em que são intermediários entre a informação e o público. Seria, por conseguinte, legítimo determinar a retirada dos dados e impor proibição de que certas informações pessoais venham a ser expostas, quando isso implicar lesão ao direito fundamental de proteção de dados e também à dignidade das pessoas em sentido amplo. Nesse último aspecto, também se compreenderia o desejo do indivíduo de que seus dados pessoais não sejam conhecidos por terceiros. Inconformados com a decisão da autarquia espanhola, Google Spain e a Google Inc. ajuizaram recursos perante a Audiência Nacional, um órgão judiciário da Espanha, com competência sobre todo o território do país, de cujos julgamentos cabem recurso ao Supremo Tribunal da Espanha. No julgamento do caso, a Audiência Nacional entendeu que seria necessário devolver a matéria para o Tribunal de Justiça da União Europeia, por considerar que a matéria envolvia a interpretação da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.



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

#### 2.4.1 pontos destacados no julgado europeu

De forma resumida, enumerar-se-ão os principais pontos para servirem de argumentação na presente pesquisa, com base na Diretiva 95/46/CE (arts. 2º, 4º, 12º e 14º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (arts. 7º e 8º):

- Natureza da atividade dos motores de busca e responsabilidade do Google (art. 2º, alíneas b e d)<sup>12</sup>: a decisão do Tribunal foi de que não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas, sendo, portanto, dados pessoais, cabendo, assim, a submissão à diretiva e a responsabilização pertinente;

a) Competência territorial (art. 4º, n.1, alínea a)<sup>13</sup>: do Google Spain, pois ainda que seja uma filial ou sucursal estabelecida em território espanhol, basicamente para a comercialização de espaços publicitários, não afasta a aplicação das regras da diretiva para o Google Inc.;

---

<sup>12</sup> Artigo 2º. [...]b) <<tratamento de dados pessoais>>( <<tratamento>>), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

d) <<Responsável pelo tratamento>>, a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&rid=6>>, Acesso em: 28 de dez. 2017.

<sup>13</sup> Direito nacional aplicável

1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adoptadas por força da presente directiva ao tratamento de dados pessoais quando:

a) O tratamento for efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos

b) Existência de um “direito de apagar dados pessoais” (art.12º, alínea b, e 14º, alínea a)<sup>14</sup>: com relação a apagamento e oposição, há obrigação do motor de busca suprimir da lista de resultados os *links* para outras páginas da *web* que tenham sido publicadas por terceiro e que contenham informações pessoais sobre o interessado, ainda que tais publicações sejam lícitas. Nesse ponto, no corpo do acórdão, a Corte fez referência, ainda, ao art. 6º, n.1, alíneas “c” e “e”, dispondo que mesmo que tenha ocorrido um tratamento de dados inicialmente lícito, com o tempo, ele pode se tornar incompatível com a diretiva, ocorrendo essa hipótese quando os dados já não forem mais necessários, tendo em vista as finalidades para os quais foram recolhidos ou tratados, e quando não forem (ou deixarem de ser) adequados, pertinentes, relevantes ou quando excessivos levando-se em conta, para tanto, os objetivos da coleta ou o tempo decorrido;

c) Ainda em relação aos mesmos dispositivos retro, combinados com os artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o Tribunal julgou que cabe examinar se a pessoa tem o direito de disassociar uma informação do seu nome, e com isto, afastar a apresentação de uma lista de resultados correspondentes, sem que, no entanto, presuma-se que a existência de registros sobre ela seja causa de um prejuízo. Assim, com base nos direitos fundamentais de respeito à vida privada (art. 7º)<sup>15</sup> e de proteção de dados pessoais

---

cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&rid=6>>. Acesso em 28 dez. 2017.

<sup>14</sup> Artigo 12º

Direito de acesso

Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:

b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados;

Artigo 14º

Direito de oposição da pessoa em causa

Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de:

a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados.

<sup>15</sup> Artigo 7º

*Respeito pela vida privada e familiar*

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

(art. 8º)<sup>16</sup>, é possível demandar que a informação não permaneça disponível por meio de uma lista de resultados, prevalecendo tais direitos sobre o interesse econômico do explorador do motor de pesquisa.

Conclui-se que a posição do Tribunal é a de que a indicação do Google sobre o anúncio da venda do imóvel por hasta pública do jornal *La Vanguardia* é um fato sensível da vida privada do requerente Mario Costeja González e, como transcorridos 16 anos, há o direito de que tais informações não estejam mais ligadas ao seu nome por meio da lista indicada pelo provedor, até porque inexistente interesse público, o que deverá ser examinado pelo órgão jurisdicional de reenvio.

---

<sup>16</sup> Artigo 8º

*Proteção de dados pessoais*

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 28 dez. 2017.

### **3 DIREITO À MEMÓRIA, DIREITO À PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

As questões colocadas neste Capítulo referem-se à memória, seu reflexo na história e possibilidade de esquecimento, a privacidade e a liberdade de expressão. Todas essas questões são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, prestando-se a serem confrontadas posteriormente para análise do direito ao esquecimento, na forma como enfocada neste estudo.

Pode-se dizer que a primeira forma de identidade de um povo faz inequívoca necessidade de preservação, inclusive como forma de proteção da sua história, e sobretudo como a memória e o esquecimento estão presentes nas maneiras de o Direito lidar com o tempo enquanto fenômeno social.

A privacidade alinha-se na categoria dos bens jurídicos constitucionais coletivos, sendo essencialmente compreendida como espaço necessário e indevassável da pessoa humana. No ritmo frenético das novas tecnologias e mesmo com as transformações inerentes à vida moderna, se a velha ideia de privacidade encontrou seus parâmetros de mudança na sociedade, na era tecnológica, em que cidadãos ficam conectados todo o tempo, há que se adequar à nova realidade jurídica. O direito a ser esquecido é o de não ter sua privacidade histórica devassada, portanto a conexão de um e de outro. O direito a privacidade modula o controle sobre as informações pessoais, garantindo a livre construção de identidades.

A liberdade de expressão está prevista no art. 220 da CR/88, e apesar da tutela constitucional, a matéria publicada não pode extrapolar a interesse da parte lesada, sendo preciso harmonizar, de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; e, de outro lado, a intimidade, a vida privada, a honra objetiva e a imagem, sem esquecer-se do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (CR/88, art.1º, III).

Considerar-se-ão, ainda, os casos de conflito entre o direito de ser esquecido e os direitos retro mencionados, apresentando a solução possível entre eles, segundo doutrina e jurisprudência.

### 3.1 A MEMÓRIA, A HISTÓRIA E O ESQUECIMENTO: DIFERENTES VISÕES DO TEMPO E DO DIREITO

Antes de adentrar a discussão entre privacidade e liberdade de expressão, é preciso discorrer sobre o direito fundamental à memória<sup>17</sup>. Patrimônio imaterial de um povo conhecer seu passado, não podendo negar às gerações futuras a história. Existem fatos, ações e pessoas que não podem nem devem ser esquecidos, inclusive porque servem de modelos positivos como alicerce na construção da sociedade, ou mesmo negativos, lições de tiranos e ditadores que, chegando ao poder, decidem destruir ou recontar a história.

O fluir do tempo produz efeitos jurídicos. Verifica-se o vínculo entre o tempo e o Direito quando se buscando findar disputas futuras, determina-se encerrar no passado possíveis conflitos, como ocorre na anistia e na concessão de graça. Essa relação também é evidenciada em questões como prescrição, decadência, período máximo para armazenar informações em bancos de dados, reabilitação criminal.

É comum vincular o direito ao esquecimento a todos esses temas, atribuindo-lhe grande amplitude. No sentido filosófico, tal tema já trouxe avaliações instigantes por parte de doutrinadores de peso, já que o esquecimento atrela-se muito comumente ao campo da memória, e, por conseguinte, afeta a condição histórica.

Inclusive essa afetação é comumente vista como um dos motivos para questionar a aplicação do direito ao esquecimento, sob o argumento de que tal aplicação afetaria a construção da história e da memória.

No livro “A memória, a história e o esquecimento”, Ricouer (2010) trabalha a hermenêutica da condição histórica, que é a terceira parte de sua obra, na qual, onde avalia-se o julgamento histórico extrapolando o agenciamento instrumental da história.

---

<sup>17</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira[...] (CR/88)

Essa hermenêutica da condição histórica remete à representação do passado e aparece confiada à nossa custódia, mas também exposta às ameaças do esquecimento.

Ricoeur (2010) esclarece que o esquecimento depende diretamente das problemáticas relativas à memória e sua repercussão para fidelizar o passado; sendo que no caso do perdão, a análise da culpabilidade e reconciliação com o passado<sup>18</sup>.

O autor referenciado discorre que o esquecimento, de fato, continua a ser “a inquietante ameaça que se delinea no plano de fundo da fenomenologia da memória e da epistemologia da história” (RICOUER, 2010, p. 423), o que o torna um emblema vulnerável da condição histórica.

Ricoeur busca a justa memória para dizer que uma memória sem esquecimento seria o último fantasma, a última representação da reflexão total combatida em todos os registros da condição histórica (2010, p. 424).

O dever da memória é o dever de fazer justiça ao outro. Para que o dever da memória não seja abusivo, ele precisa ser mediado pela crítica histórica, pelo trabalho da memória e de luto. Assim o dever ético do trabalho de memória, salvo dos abusos, possibilita a relação entre o dever de memória, imperativa da justiça e trabalho de rememoração.

Para o filósofo é a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto. É esse mesmo projeto de justiça que dá ao dever de memória a forma do futuro e o do imperativo.

O esquecimento está no cerne da discussão platônica da problemática da *eikon* (imagens, reflexos) sob o signo da metáfora da impressão no bloco de cera, onde o desvio é verificado pelo apagamento das marcas impressas.

O apagamento é tão grave quanto alguém que tenta encaixar o objeto nas marcas erradas. Ricoeur já lê em Platão o problema do esquecimento em seu duplo sentido: “como apagamento de

---

<sup>18</sup> No caso, a problemática do esquecimento é a mais vasta, na medida em que o apaziguamento da memória, em que consiste o perdão, parece constituir a última etapa de um percurso do esquecimento. Este o motivo de Ricoeur ter colocado no título de sua obra o esquecimento em pé de igualdade com a memória e a história (RICOUER, 2010, p. 423).

rastros e como falta de ajustamentos da imagem presente à impressão deixada como quer um anel de cera” (RICOUER, 2010, p.27).

Para o pensador, a memória histórica nada mais é que o lugar do conhecimento objetivo, agindo como unitária a partir de uma ideia de Nação e conferindo caráter descontínuo ao conhecimento sobre o passado (RICOUER, 2010, p. 407).

O relacionamento limítrofe entre memórias individual, coletiva e histórica, percorrido num sentido unidirecional, num encadeamento casual, confere a tais teses o desejo de uma memória integral. Estratégia que não se ocupa nem admite o esquecimento, negando-o como elemento formador.

Para o autor, há duas espécies de esquecimento: o esquecimento por apagamento de rastros e o esquecimento de reserva (RICOUER, 2010, p. 428-436).

Em seu estudo sobre o tema na obra do filósofo em comento, Oliveira entende que para compor a divisão do difícil conceito de “esquecimento” e a lógica da persistência dos rastros, o pensador apelou para a compreensão da permanência de manutenção dos rastros por meios de quatro pressupostos: 1) o próprio das inscrições-afecções (rastros para lembranças, num sentido vulgar) [e permanecer, sobreviver, durar]; 2) por outro lado, o acesso, o saber às inscrições-afecções mascaradas pelos obstáculos à recordação; 3) aberta essa contradição, ele avisa que não há contradição entre a capacidade das inscrições-afecções e o saber sobre os rastros corticais, pois são dois saberes heterogêneos (o cortical e o psíquico) sobre o esquecimento. Mais uma vez, ele opera a distância das formulações das neurociências sobre o tema; e 4) a sobrevivência das imagens (inscrições-afecções) não acessadas que constitui uma forma fundamental de esquecimento: o Esquecimento de Reserva (2008, p. 15) .

Abertas as duas possibilidades de esquecimento, o pensador pergunta: “que modalidades de esquecimento são reveladas pela prática conjunta da memória e do esquecimento?”<sup>19</sup>

A fim de esboçar os problemas do esquecimento e suas dimensões, Ricouer (2010) oferece três comentários sobre os usos e abusos do esquecimento. Na primeira incursão, por meio da

---

<sup>19</sup> Com esta pergunta, Ricouer pretendeu deslocar seu olhar das camadas mais profundas da experiência, onde o esquecimento prossegue de forma silenciosa (tanto na obra de erosão como na obra de manutenção), para os níveis de vigilância onde a atenção à vida trama seus ardis.

interpretação de dois textos de Freud (“Rememoração, repetição, perlaboração” de 1914 e “Luto e Melancolia” de 1917), ele ressalta o caráter esquecediço da memória impedida freudiana. Ele aloca a ideia do recalque freudiano para esquecimento de acontecimento traumático, de forma secundária ao trauma propriamente dito.

O segundo comentário sobre usos e abusos da memória refere-se ao esquecimento sob a ótica da memória manipulada. Responde o filósofo à sua indagação “Por que os abusos da memória são, de saída, abusos do esquecimento?” (RICOUER, 2010, p.455). A resposta reside no fato de que antes do abuso há o uso. Da mesma maneira que não é possível lembrar-se de tudo, não é possível narrar tudo, o que torna cada narrativa um ato de seleção.

Alcança-se aqui a relação estrita entre memória declarativa, narratividade, testemunho, representação figurada do passado histórico, pois em cada ato de seleção, há a presença das estratégias de esquecimento, uma vez que, para narrar algo de alguma forma, é preciso não narrar tantas outras. Daí o esquecimento pode ser tanto ativo, quando acarreta um déficit de memória ideologicamente definido; quanto passivo, quando a manifestação do esquecimento não delibera sobre os agentes do narrado.

O terceiro comentário vincula-se ao esquecimento comandado, aquele instituído no âmbito político e social da anistia. É o momento em que diferentes agentes negociam abertamente o que esquecer e como. Toda relação entre memória e esquecimento é instituída por negociações, geralmente tácitas. Nesse caso, a diferença está no fato de que a negociação é dirigida, comandada, sob um solo de regras mais ou menos estipulado a priori.

Nesse caso, trata-se de uma projeção para o futuro de um modo imperativo que tenta determinar as consequências tanto da memória quanto do esquecimento. Tal imperativo equivale, para Ricoeur, a uma amnésia comandada.

O pensador vê, nessa modalidade, uma impossibilidade duradoura, uma vez que seu efeito possui um sentido de apaziguar conflitos, uma verdadeira “terapia social emergencial”, sob o signo da utilidade e amnésia. É um trabalho negociado pela relação esquecer-lembrar, complementado pelo luto e norteado pelo perdão, dimensão que não trato neste trabalho, mas que adquire papel essencial para o sentido do esquecimento “justo”, consentido e desejado.



Oliveira conclui que esses três comentários sobre usos e abusos do esquecimento alinham-se ao “dever de memória” e aos questionamentos suscitados por ele, e sobre os quais o trabalho do historiador, por vezes, parece esquecer-se de problematizar. Afinal: “Dizer ‘você se lembrará’, também significa dizer ‘você não esquecerá’” (RICOUER, 2010, p.100), imperativo que não se pode deixar de suscitar inúmeras ressalvas do trabalho historiográfico (2009, p. 20).

As memórias impedidas, manipuladas e comandadas, ocupam, todavia, um lugar explícito no jogo em que as instituições do esquecimento – a anistia é apenas a mais visível – fortalecem os abusos do esquecimento. Os instrumentos dessas instituições estão visíveis para observadores interessados, segundo Ricouer. Neles, uma certa ética democrática corrente, que afeta não só o direito à memória como seu dever, pressupões e impõe uma leitura negativa, que os identifica com uma certa omissão, negligência ou cegueira. Todavia, ele termina suas especulações num tour aporético, perguntando-se: “se é possível falar em memória feliz, existe algo como um esquecimento feliz?” (RICOUER, 2010, p.508).

Para ele, não há correlação possível, porque enquanto uma “lembrança” é um acontecimento, o esquecimento não o é. Não há uma correlação simétrica em termo de êxito ou realização. Enquanto acontecimento, pode-se mensurar o alcance de uma rememoração e de uma comemoração; no sentido inverso, não se pode calcular a dimensão do esquecido, uma vez que ele apenas se revela a posteriori, enquanto uma lembrança daquilo que se esquece. Ou antes, enquanto virtualidade de reserva, o esquecimento não se deixa de medir. Esclarece:

[...]enquanto a memória lida com acontecimentos até nas trocas que dão lugar a retribuição, reparação, absolvição, o esquecimento desenvolve situações duradouras e que, nesse sentido, podem ser chamadas de históricas, pois são constitutivas do trágico da ação. Assim, o esquecimento impede a ação de continuar, quer por confusões de papéis impossíveis de desemaranhar, quer nos conflitos insuperáveis nos quais a disputa é insolúvel, intransponível, quer ainda por danos irreparáveis que costumam remontar a épocas recuadas [...] (RICOUER, 2010, p.509).

O signo ausente do trecho acima é o do Perdão. Ele é o teste que demonstra a assimetria entre memória e esquecimento. É por isso que não se pode compreender da mesma forma uma *ars memoriae* – uma recusa exagerada do esquecimento -, e uma *ars oblivionis*, pois uma e outra estão em campos operativos diversos.

Ricouer tratou da questão da anistia, asseverando tratar-se de um esquecimento por imposição, do qual se valem democracias modernas, sob a justificativa da paz social. Porém, indica

quanto a isto que há um problema filosófico: ele questiona se não é prejudicial à justiça e à verdade, e, ainda, qual seria a fronteira entre anistia e amnésia (2010, p.460-462).

Assim, Ricouer cessa sua especulação no exato ponto em que ela era mais frágil: o esquecimento feliz, enquanto possibilidade histórica, seria um legitimador das instituições do esquecimento? Não aqui. Para legitimar os abusos do esquecimento, as instituições, felizmente, não foram acolhidas nessa hermenêutica da memória (Oliveira, 2009, p. 21). Não há razão e legitimidade, portanto, em nenhum tipo de esquecimento.

Walter Benjamin atrelou ao presente o olhar do passado, segundo reflexão muito significativa através do pensamento o qual se colaciona:

O cronista que narra profusamente os acontecimentos, sem distinguir grandes e pequenos, leva com isso a verdade de que nada do que alguma vez aconteceu pode ser dado por perdido na história. Certamente, só à humanidade redimida cabe o passado em sua inteireza. Isso quer dizer: só à humanidade redimida o seu passado torna-se citável em cada um dos seus instantes (LOWY, 2010, p. 54).

Lowy destaca que Benjamin destaca o conceito de história elucidada que o passado espera do presente a redenção, e somente na humanidade redimida cabe o passado na sua inteireza. O exemplo do cronista dado por Benjamin representa a história integral que ele afirmava ser o seu desejo: uma história que não exclui detalhe algum, acontecimento algum, mesmo que seja insignificante, e para a qual nada está perdido (LOWY, 2010, p. 54)

Dada a impossibilidade de se tentar descrever detalhadamente todos os fatos pretéritos, bem como de se tentar compreender o passado exatamente como ele foi, a tarefa da construção do passado deve atender aos anseios do tempo presente.

Nesse sentido, Benjamin considera que “articular o passado historicamente não significa conhecê-lo ‘tal como ele propriamente foi’. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo” (LÖWY, 2010, p. 54).

Sousa (2014) afirma que Walter Benjamin critica o paradigma positivista que elimina a historicidade do próprio discurso histórico em nome de uma pretensa objetividade e neutralidade científicas que são também caras ao discurso jurídico.

Para o historiador Hobsbawn (1995, p. 13), a construção histórica remete-se a um passado integralizado:

A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem. Por isso os historiadores, cujo ofício é lembrar o que os outros esquecem, tornam-se mais importantes que nunca no fim do segundo milênio (HOBSBAWN, 1995, p.13).

Hobsbawn (1995, p.13) chama de presente contínuo esse tempo paralisado em que as experiências pessoais do presente não vinculam as experiências das gerações anteriores. Sousa (2014) reforça que a memória coletiva é o que garante um mundo em comum entre os homens, uma continuidade que ultrapassa a duração de cada geração, ligando-as em torno de narrativas comuns.

François Ost entende que tanto a memória quanto o esquecimento estão presentes nas maneiras de o Direito lidar com o tempo enquanto fenômeno social – o direito temporaliza, enquanto que o tempo institui (2005, p.161-162).

O referido autor explica que o Direito pode desligar o passado, quando define e prevê o desuso das leis, a prescrição de obrigações, a anistia dos atos e das condutas humanas.

Na análise de Ost, o Direito liga o futuro, eis que toda a modernidade jurídica gira em torno das promessas, constituições, contratos, arbitragens, que são instrumentos jurídicos próprios para organizar o futuro, a partir do momento presente, quando são selados, escritos e publicados (2005, p.163).

Na perspectiva de Ost, o Direito ainda pode desligar o futuro, pois deve contribuir e atender à reconquista do futuro, como meta essencialmente democrática. O autor considera que, para não congelar o futuro desde o início, o Direito é chamado a desligar e ao mesmo tempo ligar o futuro pela decorrência de desvios reais e flagrantes: práticas judiciais “fora do ordenamento”, procedimentos de urgência com injustiças jurídicas, exclusão social que reduz o direito do trabalho à impotência, apenas para exemplificar a dimensão dos fatos (2005, p.163).

Fulcrado no entendimento de Ost e Hobsbawn, Sousa (2014) raciocina que o Direito preserva a memória coletiva cada vez que determina a versão que deve prevalecer nos autos (se da

vítima ou do acusado), não somente sinalizando a tradição jurídica de uma época, mas selecionando o que deve ou não ser esquecido.

Ost reforça que aos juristas, como aos historiadores, cabe o papel de guardar a memória coletiva:

Os juristas assumem seu papel de guardiães da memória, lembrando que, através mesmo de todas estas operações de deslocamento, opera alguma coisa como uma lei comum e indisponível que foi utilizada num dado momento do passado. Não uma injunção inicial e sagrada – se bem que, na história do direito “a lei comum e indisponível” tenha muito frequentemente assumido essa forma religiosa –, mas antes a consciência muito clara de que só se institui o novo com base no instituído (OST, 2005, p.50).

Assim, os juristas são os que garantem que os valores coletivos, os princípios e a narrativa original de uma comunidade não se percam e sejam perenemente reavivados. Ricouer (2010, p.237) afirma que juízes e historiadores ocupam uma posição de terceiro, com pretensão de verdade, justiça e imparcialidade.

Ambos, juízes e historiadores, podem abrir margem para que as memórias impedidas, esquecidas venham à tona. O historiador, quando articula o passado do ponto de vista dos vencidos; os juízes, quando no rito do processo, permitem e tornam público o trabalho duro das vítimas familiares e condenam as atrocidades do passado.

É preciso refletir sobre o direito e o tempo: seu decurso produz vários efeitos jurídicos, tais como prescrição, decadência, anistia, período máximo para o armazenamento de informações em bancos de dados e reabilitação criminal, sendo que se visa buscar, através desses institutos, simplesmente encerrar o litígio ou retirar a informação do âmbito público.

A história tem ainda uma tarefa política: lutar contra o esquecimento e a denegação, que é também lutar contra a repetição do horror (que, infelizmente, reproduz-se constantemente) (GABNEBIN, 2006, p.12).

O Direito emana de fundo político constituído por lei e memória coletiva: ambas, cada uma a seu modo, estabelecem limites e barreiras à atuação humana, ao definir os papéis de cada um dentro da comunidade através das gerações (SOUSA, 2014, p.7).

Hannah Arendt elucidou bem esse pensamento ao dizer que os limites das leis positivas representam para a existência política do homem aquilo que a memória representa para sua

existência histórica. Entende que ambas, lei e memória, garantem a preexistência de um mundo comum, resguardando uma realidade que transcende a duração de cada indivíduo de geração em geração (1989, p.517).

A autora completa que a comunidade política é colocada em perigo e, ao mesmo tempo, renova-se ante o nascimento de cada homem, pois com o nascimento um mundo em potencial passa a existir.

Para a filósofa, política e ação são complementares: a primeira favorece a diversificação da ação e a segunda protege e preserva a sua especificidade. É a legalidade que impõe uma duração às variantes imprevisíveis da ação e a Constituição cumpre o papel de delimitar o espaço público igualitário que torna possível a criatividade da ação.

Estes são os entendimentos de porque a preservação da memória é impotente, principalmente em seu aspecto coletivo, conforme se demonstrará a seguir.

### 3.1.1 a preservação da memória coletiva

A memória coletiva é um conjunto de experiências compartilhadas entre gerações e membros da sociedade sobre fatos, pessoas, sentimentos e sentidos, desenvolvendo-se tanto nas interações verbais e cotidianas dos agentes sociais (memória comunicativa e oral) quanto em formas mais institucionalizadas, escritas, monumentais ou genericamente, no sentido cultural.

A Lei da Anistia no Brasil (Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979), que concedeu anistia no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 aos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, que tiveram seus direitos políticos suspensos e demais casos, provocou um silêncio após sua edição, como se o período de Ditadura tivesse sido apagado da história.

No Brasil, com o objetivo de apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, a Lei n. 12.528/2011 criou a Comissão da Verdade. Nos termos do artigo 1<sup>o</sup> da referida legislação, a finalidade é a de “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

---

<sup>20</sup> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos

Trinta e um anos após a criação da Lei da Anistia e consolidação da democracia, inicia-se no Brasil um momento de reafirmação da sua História. Nas questões sobre a “justiça transacional”<sup>21</sup>, Piovesan (2016, p. 640-641) acentua que ela se presta a lançar um desafio de romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem para a ordem democrática, trazendo direito à verdade, à justiça, à reparação, e reformas constitucionais capazes de fortalecerem o Estado Democrático de Direito, a democracia e os direitos humanos, incluindo um valor pedagógico para as futuras gerações.

Instituída em maio de 2012, quase trinta anos depois do fim da ditadura militar, veio investigar os crimes de agentes do Estado contra cidadãos que lutaram contra a opressão. Resultado de uma longa luta de familiares e grupos de defesa dos direitos humanos, tinha um prazo de dois anos para os trabalhos, que foi estendido para dois anos e meio. O relatório da Comissão Nacional de Verdade foi entregue em 10 de dezembro de 2014, Dia Internacional dos Direitos Humanos. Sem função de punir ou indiciar criminalmente qualquer violador, o objetivo foi a preservação da verdade e da memória histórica<sup>22</sup>.

Assim, resta claro que é preciso lembrar-se do passado, pois faz parte da história, é patrimônio cultural da sociedade e resguarda às futuras gerações o conhecimento e entendimento de muitos fatos. E muitos deles devem ser lembrados para que nunca mais se repitam. Portanto, a

---

suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

<sup>21</sup> A justiça de transição é conceituada como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades ( Conforme documento produzido pelo Conselho de Segurança da ONU - UN Security Council- The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report Secretary-General?, S/2004/616).

Sob a ótica da necessidade de reparação das vítimas e atendimento de suas expectativas, a justiça de transição foi diretamente influenciada pela atuação das organizações defensoras dos direitos humanos e pela normativa internacional (legislação de direitos humanos e legislação humanitária). Influenciada pelas experiências que se desenvolveram após a segunda metade do século XX em diversos Estados, a concepção de justiça de transição como um novo campo multidisciplinar baseado nos pilares de justiça, verdade, reparação e reformulação das instituições é consolidada no final dos anos 80 e princípio dos anos 90 como resposta às mudanças políticas e às demandas por justiça e verdade em países latinoamericanos e da Europa oriental (¿Qué es la justicia transicional? <<http://www.ictj.org/es/tj/>>).

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/comissao-nacional-da-verdade/index.html>> Acesso em: 28 dez. 2017.

preservação da memória coletiva é a tentativa de prevenção para que nunca mais sejam cometidos os mesmos erros do passado.

Para se avaliarem as demais situações em que o tempo impacta o Direito e uma defesa do esquecimento do passado é operada, apresentam-se alguns destaques da doutrina nacional.

O direito ao esquecimento insere-se dentro dos direitos da personalidade para buscar a proteção da memória individual como um dos seus aspectos mais intrínsecos do ser humano, vinculado à cláusula geral da dignidade humana, resultado da superexposição gerada pela sociedade de informação (MARTINEZ, 2014, p. 5).

Contudo há flagrante conflito entre direitos fundamentais, entre o interesse público e o privado: o direito a ser esquecido, como um direito individual, conectado com a privacidade histórica, garantindo a escolha de vida da pessoa, contra qualquer ato de divulgação do passado, contrapondo-se ao direito da memória coletiva, pertencente ao patrimônio cultural da sociedade, que por direito apossa-se da memória do passado, para que situações graves e violações de direitos não sejam repetidas (DINIZ, 2017, p. 22).

No voto proferido no REsp n. 1.334.097 – RJ, Caso Chacina da Candelária, em que foi reconhecida a aplicação do direito ao esquecimento, no que tange ao respeito à memória, o relator ministro Luis Felipe Salomão entendeu que:

[...]É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos [...] <sup>23</sup> (Resp n. 1.334.097-RJ).

O relator entende que embora seja inegável o interesse público no que diz respeito a fatos pertencentes à memória coletiva, reconhecer o direito a ser esquecido assume grande importância por representar uma evolução humanitária e cultural da sociedade.

---

<sup>23</sup> REsp n. 1.334.097 – Chacina da Candelária - RJ – Quarta Turma – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Schreiber assevera que é um direito do público lembrar fatos antigos. Mas muito embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de sua vida, por um acontecimento do passado (2013, p. 466).

Nesse caso, o fluir do tempo sofre desgaste no interesse coletivo, perdendo a força e importância. Martinez menciona que o passar do tempo transforma uma informação útil e de interesse coletivo em “notícia velha”, perdendo força em detrimento da preservação individual dos interesses da personalidade (2014, p.192).

O autor ainda aponta para dois fatores que devem ser levados em consideração para que uma situação do passado seja rememorada de forma justificada, podendo afrontar os direitos fundamentais do indivíduo. Seriam estes, diante do efetivo interesse social e atualidade da informação, essenciais para não caracterizar abuso de direito de liberdade de informação e violação dos direitos de personalidade (MARTINEZ, 2014, p.192).

Ferreira Neto propõe quatro critérios de controle de aplicação do direito a ser esquecido, quais sejam: fato prejudicial, vexatório ou desabonador; transcurso razoável do tempo ou não contemporaneidade; ausência de historicidade; esgotamento da relevância informativa do evento ou atingimento da recomposição penal pela reabilitação (2016, p. 143-152).

Bentivoglio entende que haverá uma nova conotação de historicidade, pois nem o passado nem as memórias permanecem petrificados no tempo. Partindo-se da premissa de que tudo pode ser guardado e arquivado (fotos, textos vídeos, etc), a indagação de como serão escolhidas as que se preservarão no tempo e integrarão o repertório da história e quais serão esquecidas ainda permanecem sem resposta. O volume de armazenamento de informações é praticamente inesgotável, e a incomensurável quantidade de dados trará enormes dificuldades aos historiadores, de um lado fragmentando ainda mais a história mediante intensa especialização; e de outro convencendo os historiadores cada vez mais de que suas narrativas nunca serão capazes de absorver tudo. Fica a indagação sobre a possibilidade de alguma coisa ser esquecida, obrigatória ou voluntariamente, mudando até a possibilidade da própria história (2014, p. 387).

É de extrema relevância que frente ao direito à informação e diante de todas as formas de esquecimento, fazem-se valer os direitos de memória e, por vezes, a necessidade de se ter recordações (OST, 2005). É diante dessas circunstâncias não menos relevantes que o direito



individual de “ser esquecido” que se lança o direito de informação, como alicerce na construção e afirmação histórica de fatos e enredos que não podem ser esquecidos, pois deles dependem a afirmação de um povo em repetir os mesmos comportamentos ou, com base naqueles, fazer uma história diferente.

Conforme entende Arendt, o espaço público é o espaço da ação política e do discurso, composto de dissensos e consensos. Se não houvesse igualdade, a comunidade estaria fadada ao fracasso, pela incapacidade dos homens em se compreenderem ou de fazerem planos para o futuro. Se não houvesse diferenças, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender e não haveria motivo sequer para a existência do espaço público (2015).

As memórias individuais podem se inserir no espaço público através da ação e do discurso de cada ser humano, pois estes carregam sempre a marca pessoal de quem o faz. Se há um impedimento dessas memórias virem à tona, como o esquecimento, há um impedimento de que o dissenso se manifeste no espaço público e uma falsa sensação de consenso que impede a reapropriação do passado para a transformação do presente.

### 3.1.2 conflito entre direito à memória e o direito ao esquecimento

Existe uma relação de tensão constante entre o direito à memória e o direito ao esquecimento, pois ambos estão conectados com o fator tempo. Assim, estabelecendo-se o embate entre direito ao esquecimento e direito à memória, poderá surgir o denominado conflito entre direitos de personalidade.

O esquecimento, no entendimento de Ferriani, pode ser algo necessário para reduzir infortúnios. É o caso de vítimas de crimes contra os direitos humanos, que encontram desejo de esquecer e um sentimento oposto de impunidade, eis que grande parte dessas vítimas não deseja sequer denunciar ou processar os autores de seus sofrimentos, sendo aplicável o direito ao esquecimento (2016, p. 184).

No entanto, adverte Ferriani, que é preciso ter cuidado para que o direito ao esquecimento não se torne um instrumento de manipulação da memória coletiva, que é amplamente utilizada em governos totalitários (2016, p.184).

Há também que se ressaltar que o direito à verdade não é absoluto, porque encontra limites nos próprios direitos da personalidade, entre eles o direito ao esquecimento, mas também em outros, como o direito à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra, devendo-se sopesar entre eles, no caso de conflito, para decidir qual irá prevalecer.

Colaciona-se como exemplo de conflito entre direito à verdade e à memória com o direito ao esquecimento a decisão proferida pelo STJ no REsp n. 1434498-SP, interposta por Carlos Alberto Brilhante Ustra, ex-combatente da OBAN (Operação Bandeirante), denunciado frequentemente por torturas ocorridas no período da ditadura. O recurso pretendeu reformar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou o ex-comandante na esfera cível a ser reconhecido como torturador pela família Teles. A pretensão foi apenas declaratória, para ver validado o direito à memória e à verdade, sem pedido de condenação nas esferas criminal ou cível.

A relatora Ministra Nancy Andrichi posicionou-se pelo provimento do recurso, ao fundamento de que invocou o direito ao esquecimento, afirmando que anistiar é esquecer e perdoar, não se admitindo meio perdão<sup>24</sup>.

O voto da relatora não foi vencedor. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pediu vista dos autos e divergiu da relatora, e negou provimento ao recurso especial. O voto divergente foi ao final o vencedor. Os demais ministros Ricardo Villas Bôas e Marco Aurélio Bellizze acompanharam-no, negando provimento ao recurso de Ustra. Nesse caso, prevaleceu o direito à memória e verdade de fatos gravíssimos ocorridos durante a ditadura militar, para que não voltassem a ocorrer. Afastou-se ainda a tese de afronta à lei da anistia, por não se aplicarem punições criminais (haja vista a anistia), apenas remanescendo os efeitos cíveis.

A ementa do acórdão ficou assim:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação declaratória de existência de relação jurídica de responsabilidade civil, nascida da prática de ato ilícito, gerador de danos morais, no período da ditadura militar brasileira. Ajuizamento contra o oficial comandante acusado das torturas sofridas pelos demandantes. Pretensão

---

<sup>24</sup> [...]é preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto -, direito esse que, no particular, revela-se como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo. Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda” (REsp n.1434498/SP, j. em 09/12/2014).

meramente declaratória. Legitimidade e interesse. Prescrição. Inocorrência (BRASIL, STJ, REsp n. 1434498-SP, j. 09/12/2014).

No caso em comenta, segundo análise de Ferriani (2017, p.197), os termos do acórdão parecem acertados, pois o direito ao esquecimento não pode aplicar-se às graves violações de direitos humanos, devendo prevalecer a verdade e a memória. A lei que criou a Comissão da Verdade (Lei 12.528/2011) proclama o direito à verdade e à memória<sup>25</sup>, bem como a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) proíbe a restrição de acesso a qualquer informação ou documento que verse sobre violação de direitos humanos praticada por agentes públicos. Portanto, no caso em questão, não seria possível alegar o direito ao esquecimento.

### 3.2 PRIVACIDADE

Não é fácil conceituar o termo privacidade, devido ao seu valor extremamente residual e totalmente subjetivo.

O sentido de privacidade na antiguidade referia-se ao que não era público, referindo-se a algo que não diz respeito ao Estado.

Privado, para Arendt, tem o sentido de privação. Afirmar que “estar privado da realidade que advém do fato de ser visto ou ouvido por outros, privado de uma relação <objetiva> com eles decorrentes do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo de coisas”, estando, pois, a pessoa privada da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida (2015, p. 75).

A raiz da palavra privacidade é a mesma de palavras como “privação” e “destituição”. Para Richard Posner quem não estava envolvido nos assuntos de interesse público era um destituído. Naquela época não era lisonjeiro dizer que a pessoa “gosta de privacidade”. Ele aponta que a ausência da esfera pública era inimaginável na antiguidade (2010, p. 317-318).

---

<sup>25</sup> Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à verdade e à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

Arendt (2015, p.36), conjecturando sobre a condição humana, entende que na esfera privada existia a mais pura desigualdade: o chefe da família comandava e os outros membros da família eram comandados. Assegurando a manutenção da ordem doméstica, exercia um poder totalitário sobre a vida e a morte. Na esfera privada, o homem encontrava-se privado da mais importante das capacidades – a ação política, ou seja, sua inserção no espaço público onde o cidadão confrontaria opiniões através do discurso.

Coadunando com o entendimento de Posner (2010), Arendt considera que os que viviam fora da *polis* (escravos, bárbaros, mulheres e crianças) estavam destituídos não da faculdade de falar, do discurso, mas de um modo de vida no qual o discurso e somente o discurso tinha sentido – no qual, confrontando opiniões, poderiam discursar uns sobre os outros (2015, p. 33).

Gradativamente a palavra foi perdendo a sua conotação desfavorável graças à crescente diferenciação entre as instituições, ao aumento da saúde e ao aperfeiçoamento da ordem pública. No século XVII, já existia um conceito de privacidade como alheamento do indivíduo em relação às obrigações da vida pública através do deslocamento físico para um jardim reservado ou uma casa de campo (POSNER, 2010, p.318).

A ideia de *privacy* já estava presente no sistema jurídico dos Estados Unidos no século XIX, sendo possível o reconhecimento de uma primeira manifestação do interesse individual de “ser deixado só” no caso *Wheaton v. Peters*, decidido na Suprema Corte em 1834 (ZANINI, 2015, p.10). No entanto, somente com a famosa publicação de Warren e Brandeis (1890, p.193-220) é que o conceito de *privacy*<sup>26</sup> chegou a ter reconhecimento formal da comunidade jurídica como um *right*.

No artigo intitulado “*The Right to Privacy*”, os autores colocaram em evidência a ocorrência das transformações sociais, políticas, econômicas, confrontando-as com os novos inventos da época, tais como a fotografia, que contribuiu diretamente para a violação da vida privada das pessoas (ZANINI, 2015, p.10).

Partindo desse problema, Warren e Brandeis analisaram um número considerável de decisões dos tribunais ingleses e americanos, convergindo para a análise de que havia um princípio geral na *common law* denominado *right of privacy*. Com base nessa premissa, os autores do artigo

---

<sup>26</sup> Importante observar que o termo “*privacy*” não pode ser confundido com a expressão “privacidade” da língua portuguesa, pois deflui do artigo de Warren e Brandeis que o *privacy* assumiu vocação para tutelar amplamente os direitos de personalidade, não se limitando apenas à tutela da privacidade.

em comento propuseram um novo *tort*, qual seja, a invasão do “*privacy*” nominando este princípio de “*right to be let alone*”, constituindo uma ofensa que lesionaria a independência da pessoa, sua individualidade, dignidade e honra (*apud* ZANINI, 2015, p.11).

O direito em questão garantiria ao indivíduo uma ampla liberdade contra intromissões não desejadas em sua vida, tutelando seus pensamentos, sentimentos, emoções, dados pessoais e imagem. Essa última pelos avanços da fotografia que permitiam captar de forma oculta os traços pessoais, colocando assim como delito inerente aos riscos do progresso técnico (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 211).

Entretanto, o artigo apresenta limitações ao *privacy*, permitindo publicação de material de interesse geral e público, possibilitando publicação de fatos danosos quando o indivíduo consente, bem como a inexistência de defesa quando se alega que o fato é verdadeiro ou então que não houve malícia na publicação (ZANINI, 2015, p.12).

O período que vai do início até metade do século XX não apresentou evolução aparente da doutrina do *privacy*, registrando apenas decisões que confirmaram a concepção de Warren e Brandeis. Tal estagnação foi atribuída a um número reduzido de casos com novos pontos de vista, conforme discorre Zanini. Somente na década de 1960 é que vai ser visto o surgimento de novas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do *privacy*, contrapondo-se às ideias de Warren e Brandeis (2015, p.14).

O aclamado professor da California School of Law (Berkeley), William Prosser, apresentou em 1960 um estudo bastante preciso das decisões prolatadas sobre o *right of privacy*, asseverando que não estava apenas diante de um *tort*, mas sim de quatro grupos diversos, cada um provocando diferente tipo de lesão: 1) invasão em assuntos privados da pessoa (*intrusion*); 2) publicação de fatos embaraçosos relativos à vida privada de determinada pessoa (*public disclosure*); 3) publicação que leve a opinião pública a uma falsa compreensão (*false light*); 4) abuso do nome ou da imagem de outrem para benefício próprio (*appropriation*) (FESTAS, 2009, p.166).

Em estudo sobre o tema, Friedman traz o conceito de Gary T. Marx (2001), renomado professor de sociologia no Instituto de Tecnologia de Massachusetts, que identifica quatro fronteiras pessoais que, quando ultrapassadas, são percebidas como violação de privacidade: (i) fronteiras naturais; (ii) fronteiras sociais; (iii) fronteiras espaciais ou temporais; e (iv) fronteiras efêmeras e transitórias. Sempre que as suas informações pessoais atravessam qualquer dessas bordas sem o seu conhecimento, a sua privacidade é afetada. Exemplificando, se alguém entra no

seu escritório e menciona o problema de família que você tem em casa, já ocorre a violação das suas fronteiras. Essa violação não tem medida absoluta, mas depende muito das circunstâncias específicas, tais como o tipo de informação transgredida, ou a situação específica em que a informação é divulgada. Os efeitos que tais cruzamentos de fronteiras têm na vida das pessoas são, portanto, uma afirmação altamente individual (2013, p. 28).

Para o jurista americano Richard Posner, o aspecto em que a privacidade pode ser chamada de reclusão (no sentido de solidão) caracterizava-se pela redução das interações sociais. Ele adverte que esse tipo de privacidade foi muito influente na literatura, sendo este o sentido usado pela famosa teoria de Warren e Brandeis, e que, na sua concepção, é um conceito arcaico, advindo de uma época em que as pessoas viviam tão agrupadas que tinham que se retirar para algum lugar para estarem sós (2010, p. 318).

Posner, explicando a privacidade no sentido de reclusão num aspecto mais amplo, diz que uma pessoa pode afastar-se dos afazeres da vida, ou para estudar; ou para fins espirituais; e pode retirar-se para um processo criativo ou preparatório de produção. Ou seja, uma pessoa pode se incomodar com as ligações telefônicas recebidas, porque não quer contato com ninguém ou pelo fato de estar empenhada em uma interação social mais valiosa do que o telefonema pode lhe proporcionar (2010, p. 319).

Ressalta que essa “reclusão gregária” parece mais importante do que a reclusão no sentido de solidão, pois entende que o isolamento não é uma pré-condição para a estabilidade mental ou até mesmo para a felicidade, pois, na maior parte das épocas e dos lugares, as pessoas não desfrutaram dele (POSNER, 2010, p.320).

Posner considera que o que denomina reclusão criativa ou gregária é mais importante do que a reclusão solitária ou isolacionista, sendo tais conceitos de extrema relevância no estudo da privacidade, devido à crescente universalização da educação, do trabalho administrativo e da informação, além de outros fatores que aumentaram a presença do componente cerebral no trabalho e no ócio. Para ele, quando as pessoas hoje em dia se queixam de falta de privacidade, querem na verdade é mais poder para esconder as informações pessoais que os outros poderiam usar contra elas (2010, p.321).

Na legislação, merece destaque especial, como diploma relevante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual instituiu em seu artigo 12<sup>27</sup>, a proteção ampla a esse direito ao pontuar suas respectivas espécies, a saber: vida privada, família, domicílio, correspondência. Entretanto, por ser extremamente abrangente, dificulta a hermenêutica para que, de fato, concretize-se a privacidade.

O Pacto da Organização das Nações Unidas sobre Direitos Cíveis e Políticos (art.17<sup>28</sup>); a Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem (artigo 11<sup>29</sup>); e a Convenção Europeia de 1950 sobre os Direitos do Homem (art. 8<sup>30</sup>) igualmente defendem o direito à intimidade.

Na sequência, dar-se-á o entendimento sobre a privacidade no direito brasileiro, não objetivando explorar ou esgotar o tratamento dado a esse tema, mas apenas para situar sua apreensão mais comum e ainda corrente de ser um direito a não ser incomodado ou violado em sua esfera privada, para ir um pouco além dentro do tema do presente estudo.

### 3.2.1 a tutela da privacidade no Brasil

A privacidade é garantida pela CR/88 no seu artigo 5º, inciso X, no qual se prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

---

<sup>27</sup> Artigo 12

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em:< [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>28</sup> Artigo 17

1.Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honras e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.(Declaração Universal dos Direitos Humanos)

<sup>29</sup> Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1.Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3.Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.(Declaração Universal dos Direitos Humanos)

<sup>30</sup> Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1.Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2.Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros(Declaração Universal dos Direitos Humanos)

No sentido tutelado no inciso X do artigo 5º, verifica-se que o objetivo da tutela é amplo [vida privada da pessoa], parecendo, em primeira análise, bem específico, estático e negativo, o qual reflete mais um comando de proibição aos outros (por exclusão) do que uma liberdade de ação de seu titular, no entender de Rodotá (2008, p.17).

Sob esse rótulo abrangente, direito à privacidade, cabem os direitos de personalidade que resguardem referência externas aos fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público. Em conexão, estão os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem.

Segundo Lôbo, o direito à intimidade diz respeito a fatos e situações em que a pessoa não deseja compartilhamento com qualquer um, por se tratar da história de vida de cada um. Para ele, o direito à vida privada relaciona-se ao ambiente familiar e cuja lesão resvala nos outros membros do grupo. Para o autor, com o avanço da tecnologia da informação, a vida privada encontra-se muito vulnerável à violação (2001, p.89-90).

Mendes e Branco diferenciam a privacidade da intimidade, aduzindo que a privacidade teria por objeto comportamentos e acontecimentos conectados com os relacionamentos pessoais, comerciais e profissionais, dos quais não se deseja o compartilhamento com o público. Ao passo que o objetivo do direito à intimidade seria proteger as conversações e os episódios ainda mais íntimos (2012, p. 318).

Giannotti (1897, p.8,59, 70) opta por não diferenciar privacidade de intimidade, enquanto Lafer (1988, p.239) faz uso da expressão direito à intimidade, apresentando-o como “direito do indivíduo estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

As conceituações às quais aludem a doutrina no entender de Olivo e Pilati (2017. p.70) fazem referência tão somente à privacidade do indivíduo isoladamente, ainda tomando por base a ideia de Warren e Brandeis, entendendo que a atual configuração exige ser encarada e trabalhada coletivamente.

No ambiente virtual, a perspectiva coletiva da privacidade é muito mais fácil de ser visualizada, através de protocolos bem definidos e endereços de IP's. Pilatti e Olivo *apud* Lemos (2017, p.71) para concluir que não há nada que se possa fazer para evitar o monitoramento, pelo menos do ponto de vista individual.



Isto ocorre porque a informação adquiriu valor e importância inimaginados, fazendo com que não se meçam esforços para adquiri-la. Dessa forma, a tecnologia passou a permitir o acesso a dados privados, que deveriam ficar restritos à intimidade de seus possuidores, sem possibilitar qualquer tipo de defesa contra tal invasão.

A inovação tecnológica opera transformações no cotidiano, trazendo inúmeros benefícios, mas permitindo interferência na vida dos cidadãos, alterando a definição de ‘privado’. Em sua intrínseca função social, o Direito evolui para se adequar às novas situações, mas nem sempre com êxito. Em alguns campos do comportamento humano, o atual paradigma jurídico-moderno funciona; em outros, como nos debates sobre bens de natureza coletiva, vem fracassando.

Na pós-modernidade a soberania estatal é compartilhada com a sociedade, que assim é repersonalizada e passa a ser considerada titular de direitos (PILATI; OLIVO, 2014, p.84). Os autores entendem que a participação popular soberana assume sua responsabilidade:

A República participativa provoca alterações [e] desloca a soberania, em alguns casos, da esfera autocrática e formal do Estado para a coletiva[...] A repersonalização do coletivo (como Sociedade) resgata juridicamente o indivíduo como condômino de uma categoria diferenciada de bens, que pertencem a todos por dispositivo constitucional – como direito fundamental extrapatrimonial da coletividade [e] reabilita o coletivo ao exercício de uma nova modalidade de processo, a conviver com o processo tradicional (PILATI, 2013, p.141-142).

Nesse sentido, acredita-se que o desenvolvimento de uma teoria pós-moderna jurídica possa socorrer o direito à privacidade, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso X, - começando-se pelo primeiro passo de considerar a privacidade um bem coletivo (PILATI; OLIVO, 2014, p.83).

Entre os movimentos inovadores, sem dúvida, o pioneirismo no processo de criação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), no dizer de Steibel, a primeira consulta original e integralmente *on line*, gera não só um Projeto de Lei, mas a sedimentação no Direito Administrativo brasileiro do formato *on line* como uma variação legal do mecanismo de consulta pública. Ressalte-se que tal legislação não ficou somente adstrita ao aspecto criminal do direito digital, mas enalteceu a moldura de direitos e liberdades civis, que traduzissem os princípios fundamentais da CF para o território da internet (2014, p. 18).

Na análise de Adriano Correa, Arendt reconhecia que a esfera social é o domínio curiosamente híbrido “no qual os interesses privados assumem importância pública”. O que caracteriza a atitude propriamente moderna é a compreensão da política como função da sociedade,

com a implicação fundamental de que as questões iminentemente privadas da sobrevivência e da aquisição transformaram-se em interesse ‘coletivo’. O advento da esfera híbrida como a social acaba por promover uma indistinção entre os domínios públicos e privado e o deslocamento de princípios de uma esfera a outra (CORREA, 2015, p. XXXIX).

Porque o privado já não se circunscreve ao privado tradicional, mas transborda também para o coletivo. A pós-modernidade, no direito, não se pauta no monismo jurídico, mas pelo pluralismo de fontes, baseando-se nos instrumentos constitucionais, valorizando e redefinindo os procedimentos de tutela para os bens coletivos, em que predomina a dimensão participativa (PILATI; OLIVO, 2014, p. 83).

O conceito de pós-modernidade, de acordo com Sousa Santos (2001) decorre de uma espécie de acordo linguístico, embora não muito definido, que a comunidade científica adotou em torno do tema, para caracterizar algo que vem depois da modernidade, superando a sociedade industrial, que, por sua vez, superou a sociedade agrária. Segundo Sousa Santos (2001), a sociedade atual vive uma experiência da transição paradigmática:

Como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exatidão a situação atual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de <pós-moderno> se tornou tão popular. Mas, por essa mesma razão, este termo é autêntico na sua inadequação (SOUSA SANTOS, 2001, p. 50).

Bittar tratou do tema e acrescentou que a pós-modernidade:

[...]na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus operandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade (BITTAR, 2008, p. 57).

Pilati e Olivo ressaltam que o paradigma pós-moderno não é excludente e sim inclusivo, em que a pessoa não é substituída pelo povo. O que se apresenta é a possibilidade de estabelecerem-se novas funções ao Estado e ao indivíduo. O que se procura é um paradigma participativo, que tem como grande fato propulsor o exercício dos direitos coletivos (nos moldes do artigo 1º. da CR/88)<sup>31</sup>(2014, p.85).

---

<sup>31</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;  
II - a cidadania;

Há uma mudança na norma que deixa de ser meramente representativa, passando a ter seu conteúdo definido pela coletividade, via processo de participação. Contudo, deve-se ater ao fato de que a lei continua dependendo da homologação de autoridade competente (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Isto significa que o conteúdo é definido pela coletividade, mas a coletividade não faz lei participativa, nem a coloca a vigorar. Sempre necessitará do compra-se de uma autoridade (PILATI E OLIVO, 2014, p.86)

Na crise do paradigma da pós-modernidade, busca-se atualização do modelo jurídico nas fontes do Direito romano, no qual se buscava a inclusão de todos os cidadãos da República nas decisões tomadas. O direito coletivo não possuía *status* de direito estatal, muito pelo contrário, cada cidadão era sujeito desse direito.

A modernidade, contudo, trouxe a exaltação da figura do Príncipe, fazendo com que a paisagem jurídica reduzisse de um lado o macro-sujeito político; e, de outro, o micro-sujeito privado. O direito deixa de ser construído caso a caso, passando a ser deduzido da lei representativa. Necessária, portanto, a relocação dos bens classificados como coletivos, para recolocá-los na autonomia original que lhes é de direito (PILATI; OLIVO, 2014, p. 87).

Há informações disponibilizadas na rede consentidas ou não pelos usuários, acarretando violação ao direito à privacidade, conforme constata Pereira:

Existem vários destinos para os dados e informações dos usuários da Internet. É possível que esses dados e informações sejam utilizados para fins publicitários pelo *web site* que os recolheu. Pode ocorrer, também, que o *web site* venda ou ceda os dados e informações de seus usuários e clientes a terceiros, em geral, que esses dados e informações sejam cruzados como outros, através de um procedimento informático, para a formação de perfis pessoais dos internautas.

A ameaça à privacidade dos clientes e usuários da *web* não se limita a essas hipóteses. Consequência de uma atitude negligente acerca do fator segurança, muitos *web sites* deixam desprotegidos os dados e informações de seus clientes e usuários.

[...] Daí, a necessidade de que os internautas estejam conscientes de que, quando facilitam dados e informações no âmbito da *web*, assumem, automaticamente, o risco de colocarem em situação periclitante seu direito à intimidade (2008, p.84).

Em estudo sobre o tema, Holanda pondera que a utilização de informação nominativa com finalidade distinta daquela para qual foi subministrada, o recolhimento e armazenamento de dados

---

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(CR/88)

sem o consentimento do titular, o acúmulo de informação nominativa não veraz ou falsa e a subsistência de dado caduco constituem formas de violação do direito à privacidade, no espaço cibernético. Os denominados *cookies* são arquivos gravados pelo servidor no disco rígido do usuário, os quais manifestam informações sobre os hábitos dos consumidores. A partir desse recolhimento de dados, os comerciantes enviam malas diretas aos usuários de acordo com suas preferências, ofertando produtos a serem comercializados, possibilitando ainda o envio de *spam's* (2005, p. 87).

Tudo isto demonstra que as expectativas com relação à privacidade devem ser realinhadas, pois constantemente a pessoa está sujeita a vazamento de dados, roubo de identidade, vigilância, criação de perfis e dossiês, e políticas de privacidade que causam danos à reputação e, por fim, a sua perda.

O direito à informação é “[...]um direito fundamental, de interesse comunitário, constitucionalmente protegido, inerente ao funcionamento das sociedades democráticas”. O direito de informação consolida-se, dessa forma, como direito subjetivo público, com poderes em face do Estado, sendo também um direito subjetivo de ordem privada, oponível aos demais particulares. Preserva essencialmente a memória (CARVALHO, 1999, p. 54)

E onde se assenta o direito ao esquecimento no contexto da privacidade? O direito a ser esquecido está relacionado com o direito à identidade pessoal, que é o conjunto de caracteres e atributos que possibilitam a individualização da pessoa na sociedade. O direito à privacidade e o da identidade pessoal estão atrelados ao direito de ser esquecido, uma vez que a privacidade diz respeito a assuntos particulares, que não são relevantes ao interesse público e o da identidade da pessoa, relativo à atividade da pessoa, que poderá se reconstruir, se reconhecido o direito ao esquecimento, para uma projeção social diferente do pretérito (DINIZ, 2017, p. 22).

Não ser lembrado, ser esquecido, faz parte do conceito de dignidade humana, pois muitas vezes as lembranças e recordações de fatos trazem sofrimento e dor. Estes são alguns aspectos sopesados na análise e reconhecimento do direito ao esquecimento como direito de personalidade, garantidor da proteção à dignidade humana, contrapondo-se ao direito de informar inserido no tempo de vida e história das pessoas.

De forma expressa, o texto constitucional diferenciou a intimidade da vida privada, embora perceba e proclame que uma está dentro da outra. Contudo, na referência aos direitos à informação e intimidade subentende-se que ora um, ora outro, deve ser relativizado. Portanto, sempre que a informação e a intimidade confrontarem-se, estar-se-á diante de um problema jurídico que não pode ser resolvido por normas infraconstitucionais, mas verdadeira problemática constitucional (PIRES; FREITAS, 2013).

Assim, embora a dignidade da pessoa humana encontre-se no ápice das relações jurídicas constituídas e aplicadas nas atitudes mais simples da vida privada, quando se trata de direito ao esquecimento em contraponto ao direito de memória, tanto em sua esfera pública quanto na privada, o mais complexo é arbitrar memória e esquecimento.

Ost traduziu que

[...] o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído [...] (OST, 2005, p.160-161).

Pires e Freitas (2013) coadunam seu raciocínio dizendo “não ser lembrado”, “ser esquecido” faz parte do conceito de dignidade humana, eis que muitas vezes as lembranças e recordações trazem sofrimento e dor e nem sempre justificativas aceitáveis ou perdoáveis.

E como a concepção da justiça se relaciona com a memória? É a justiça que transforma a memória em projeto para o futuro, permitindo que as lembranças traumáticas do outro se insiram no espaço público através do testemunho das injustiças sofridas e do processo que permite a punição exemplar daqueles que cometeram tais atrocidades.

O direito à memória da coletividade, embora construído sobre o manto fundamental e legítimo do direito à informação, ficaria relativizado diante do direito à privacidade, a honra, à intimidade, todos fundamentais na construção da dignidade humana.

### 2.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de se expressar é própria da natureza humana. Esta é a forma na qual o homem busca informações, apresenta dados, ideias, críticas, opiniões, produz culturalmente, aprende, e se quiser, silencia.

Pinheiro afirma que se deve questionar sobre as notícias produzidas e transmitidas ante o desequilíbrio de forças entre os meios de comunicação, influenciando as informações históricas e pesquisas científicas e, somente com a liberdade de expressão ampliada, não suprimida, poder-se-á lidar com tais indagações. Justifica, dessa forma, a razão pela qual a livre manifestação do pensamento ocupa posição de destaque entre os diversos direitos humanos (2016, p.164).

Para o direito e a democracia, a forma e a dimensão dos meios de informação são significativas não somente por sua estrutura empresarial, mas também pelos diferentes e diversos interesses que defendem e pelas formas como podem interferir na sociedade para impor esses interesses, afetando cultura e história (RÍOS, 2012, p. 307).

No entender de Soriano, a liberdade de expressão decorre do desejo de manifestar o pensamento. Complementam-se, pois, em uma ordem de sucessão contínua. O autor discorre que a história pública demonstra que a positivação da liberdade de expressão segue o reconhecimento prévio da liberdade de pensamento (1990).

Dando prosseguimento ao raciocínio, Soriano (1990) argumenta que a liberdade de expressão nada mais é do que a manifestação externa do que antes se havia pensado em clima de liberdade.

A liberdade de expressão para Martins Neto “consiste, basicamente, no direito de comunicar-se ou de participar de relações comunicativas, quer como portador de mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”. Continua analisando a liberdade de expressão como “informações, opiniões, sentimentos e propostas, entre outros”, atribuindo sua titularidade aos indivíduos e instituições, especialmente a imprensa, e sua realização dá-se por linguagem oral e escrita, gestos simbólicos e imagens (MARTINS NETO, 2008, p.27-28).

A evolução histórica dos direitos fundamentais geralmente é tratada a partir do *Virgínia Declaration of Rights*, de 12/06/1776, representada principalmente pelo seu artigo 14, que tratou expressamente da liberdade de imprensa<sup>32</sup>, e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26/08/1789, em seu artigo 11<sup>33</sup>, que são referência de documentos que representam as iniciais da constitucionalização ou positivação dos direitos dos homens (CANOTILHO, 2000, p. 376).

A liberdade de expressão é um direito fundamental incorporado em quase todas as constituições e consagrado no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>34</sup>. Constitui uma faceta do direito de personalidade, justamente em razão da necessidade da socialização, desenvolvimento e expressão humanos. Dentro da liberdade de expressão está contido inclusive o direito de não se manifestar, permanecer calado, refletir, meditar, manter-se isolado.

A primeira Emenda à Constituição Americana garantiu a liberdade de religião, o livre exercício de cultos, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião pacífica e a de petição. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, promulgada na ordem interna brasileira mediante o Decreto n. 678/92, trata da liberdade de pensamento e de expressão (art. 13)<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Artigo 14 – A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.(Virgínia Declaration of Rights)

<sup>33</sup>Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei. Disponível em: <[https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)>. Acesso em: 13 out. 2017.(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)

<sup>34</sup> Artigo 19.Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Disponível em: < [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.(Declaração Universal dos Direitos Humanos)

<sup>35</sup> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou  
b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. (Pacto de São Jose da Costa Rica)

A Constituição da República do Brasil corrobora o entendimento de todos anteriormente, quando resguarda a liberdade de expressão nos seguintes dispositivos:

Art. 5º [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

(Constituição Federal)

Art.220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Propondo em sua tese de doutorado elaborar um conceito amplo, Pinheiro (2016, p.170) conceitua liberdade de expressão, em que não incluiu toda a comunicação, excluindo-se a violadora de direitos:

[...] a liberdade de expressão é um direito, de ordem individual e coletiva, cujos sujeitos são o emitente da comunicação e o destinatário dela, o que tem por objeto a proteção da manifestação de ideias, dados, opiniões, críticas, concepções, mediante a linguagem oral, escrita, gráfica, gestual, bem como através de sons e imagens, incluindo-se, ainda, o silêncio (PINHEIRO, 2016, p.170).

Há juristas que ressaltam razões para proteção da liberdade de expressão, que seria primordial tanto para demonstrar a importância do referido direito e atestar a imprescindibilidade de sua consagração, quanto para orientar a sua aplicabilidade. Seriam determinantes para avaliar

---

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> .Acesso em: 13 out. 2017.



quais atos comunicativos deveriam ser tutelados por serem dotados de valor expressivo (PINHEIRO, 2016, p.174).

Em sua obra “Fundamentos da Liberdade de Expressão”, Martins Neto (2008), nos capítulos 7, 8, 9, e 10 de sua obra, estabelece que: (i) a liberdade de expressão é valiosa porque é essencial ao funcionamento da democracia; (ii) a liberdade de expressão é valiosa porque promove a verdade e o conhecimento; (iii) a liberdade de expressão é valiosa porque é condição de autonomia de consciência; (iv) a liberdade de expressão é valiosa porque educa para a prática da tolerância.

Ao dizer que a liberdade de expressão é essencial à democracia, Martins Neto (2008, p. 50) assevera que ainda que haja questionamentos quanto à desigualdade de forças na circulação de ideias, a saber pelo espaço ocupado na mídia, pelo alto custo de jornais e revistas, pela limitação de acesso às ondas de rádio e televisão, ainda assim, a existência dessas objeções são amenizadas, de certo modo, *pela internet*, não se justificando a restrição à liberdade de expressão.

Ao dizer que a liberdade de expressão promove a verdade e o conhecimento, Martins Neto (2008, p.53) entende que se absteria de passar às gerações vindouras dogmas mortos, à medida que a livre expressão e discussão habilitaria indivíduos e comunidades a permanecerem acreditando em concepções errôneas longamente acreditadas.

Dessa forma, a liberdade de expressão seria um veículo para livre deliberação intelectual, verdadeira autonomia de consciência, ainda que, sob a ótica de outrem, seja considerada absurda ou infundada. E através de sua prática estimularia a tolerância do debate, não impondo um pensamento e nem sancionando os que dele se desviarem (MARTINS NETO, 2008, p. 59).

No entanto, no próximo tópico, demonstrar-se-á que é necessária uma harmonização de direitos, pois se corre o risco, sem esse limite, de ferir outros tantos, trazendo ofensa aos direitos de personalidade e ofensa à dignidade da pessoa humana.

### 3.3.1 limites à liberdade de expressão

Apesar da tutela constitucional atinente à liberdade de expressão e seus desdobramentos que são o direito à informação e de ser informado, tem-se que a matéria publicada não pode

extrapolar a interesse da parte lesada. Para isso, é necessário que se harmonize a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado; e, de outro lado, o direito à privacidade, à intimidade, à honra objetiva e à imagem, sem olvidar do respeito à dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2017, p.23).

A liberdade de consciência é um direito absoluto e, nessa medida, não se submete às restrições impostas pelo ordenamento estatal. Mas a liberdade de exteriorização do pensamento, ao contrário, por envolver a manifestação de ideias e de crença religiosa, política ou filosófica, deve submeter-se ao poder de polícia do Estado (MELLO FILHO, 1986)

Numa relação entre particulares, sob uma perspectiva de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, haveria um dever de abstenção em relação à liberdade de expressão alheia, ressaltando-se que “este campo de autodeterminação poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, para a esfera das relações privadas” (SARMENTO, 2013, p. 143), o que se resolveria corretamente através de uma ponderação entre a liberdade de expressão, de um lado; e de outro, a autonomia do particular.

Nesse caso, a hierarquização de determinados direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil importaria como solução para resolução dos conflitos que se apresentassem entre direitos fundamentais, como poderia ser o caso de liberdade de expressão e o direito de ser esquecido para proteção da memória individual. Isto porque seriam estabelecidas preferências apriorísticas entre um e outro, a fim de determinar qual direito prevaleceria diante do caso concreto.

Porém, ao ponderar a aplicação máxima *in dubio pro libertate* como forma de solucionar conflitos ou de conferir-lhes maior objetividade, conforme afirma Novais (2010, p.709) que ela “perde paradoxalmente razão de ser na medida em que a sua aplicação efetiva redundaria em concretização constitucional inadequada e até, eventualmente, em próprio prejuízo da liberdade”. Segundo explana, tal assertiva decorre do fato de que a aplicação máxima somente se justificaria num cenário onde as liberdades não gozassem de proteção capaz de assegurar uma garantia integral dos direitos fundamentais contra as atuações restritivas dos poderes públicos.

Todos os valores constitucionais, como também os direitos de personalidade, e não apenas a liberdade de expressão, pretendem sua realização máxima possível, motivo pelo qual não haveria

lugar para presunções de preferências de uns sobre os outros, sob pena de restarem relegados de aplicabilidade nos casos concretos alguns desses direitos fundamentais, o que não se concebe num Estado Democrático de Direito:

É que, como se viu, numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais como é a ordem jurídica de Estado de Direito, a solução constitucionalmente mais correcta não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar de liberdade em colisão com os outros bens constitucionais. Fazendo parte integrante da mesma ordem de valores – e a não ser que por esta entenda uma ordem axiomáticamente fechada e hierarquizada onde as soluções concretas decorressem mecanicamente de uma ordenação escalonada, que não é a concepção de Alexy – a prevalência de uns ou outros valores não é abstractamente determinável e, tão pouco o será, em função de uma presunção que não dispõe de qualquer fundamento constitucional genérico e indiscutível (NOVAIS, 2010, p.711).

À medida que, na atual sociedade tecnológica, torna-se mais evidente que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Na maioria das vezes, os homens possuem opiniões diferentes uns dos outros, senão opostas. Portanto, a liberdade de expressão do pensamento não pode consumir-se de forma absoluta, sob pena de infringir outros direitos de personalidade – dentre eles, a privacidade, que decorre do direito à intimidade.

Assim sendo, a CR/88 restringiu a liberdade de expressão, quando, por exemplo, veda o anonimato (art. 5º, IV, CR/88); protege o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização do dano moral, material ou à imagem (art. 5º, V, CR/88); garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CR/88); garante a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CR/88); finalmente, garante a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art.5º, XIV, CR/88).

O que se observa é que conquanto o direito à liberdade de pensamento, de expressão e informação sejam amplamente protegidos, em certos casos, a censura se impõe. Esta é necessária para responsabilizar quem comunica mal (PAESANI, 2003).

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, prevê em seus dispositivos as restrições à liberdade de expressão, acrescidas por mensagens que provoquem reações de violência, quebra da ordem, como aquelas palavras belicosas que configuram estopins de ação (MENDES; BRANCO, 2012).

### 3.3.2 liberdade de expressão confrontada com os direitos de personalidade

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, tais como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2008).

César Fiuza compreende que a porta de entrada dos direitos da personalidade foi o Direito Público, o qual procurou dar proteção ao homem, principalmente diante do Poder. Vê-se a materialização dessa afirmativa nas declarações que sucederam historicamente, tais como: Magna Carta (1215), *Bill of Rights* (1689), a Declaração americana (1776), a Declaração francesa (1789), a Declaração Universal da ONU (1948) (2015, p.22).

O autor questiona se, na atualidade, são os direitos de personalidade públicos ou privados. A resposta para esta questão esbarra na compreensão sobre a evolução do capitalismo industrial, além de conceitos como a concentração, a massificação e os horrores da Segunda Guerra Mundial, bem com o desenvolvimento da biotecnologia, que trouxeram uma mudança na perspectiva mundial, que afeta diretamente o comportamento do homem e a tutela para sua proteção.

Nesse diapasão, Fiuza raciocina que o paradigma do Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passaram a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo e sua dignidade contra a ganância e o poderio dos mais fortes (2015, p.23).

Ao lado desse prisma privado, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra o Estado. Assim, os direitos da personalidade, na visão do jurista, pertencem a ambas: na esfera privada, fala-se em direitos da personalidade; na esfera pública, direitos humanos ou fundamentais.

No Brasil, a sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição, que prevê de forma implícita a cláusula geral de tutela de personalidade, ao eleger como valor fundamental da República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser promovida tanto individualmente quanto socialmente (FIUZA, 2015, p.31)

Não se pode dizer que o Diploma Civil contenha de forma clara uma cláusula geral de tutela da personalidade, tendo-o feito de forma tímida. Limita-se a fazer referência à possibilidade de indenização por lesão que venha sofrer, além de dispor que estes são intransmissíveis e irrenunciáveis (FIUZA, 2015, p.31).

Nesse diapasão, o jurista esclarece a questão:

[...]O Código Brasileiro, ao contrário de outros, como o japonês, por exemplo, preocupa-se muito mais, para não dizer tão-só, com as possíveis patologias dos direitos da personalidade, em vez de tutelar a personalidade de modo mais holístico, promovendo a dignidade humana e vinculando a interpretação das normas de Direito privado a este valor fundamental. Continua, pois, a ser necessário reportar-se à Constituição para a consecução desse objetivo hermenêutico. Salta aos olhos, assim, que adota a teoria pluralista dos direitos da personalidade, a nosso ver, na contramão da doutrina mais moderna (FIUZA, 2015, p.33).

Assim, não obstante a liberdade de expressão ter uma ampla proteção constitucional, há um regramento igualmente constitucional contrapondo-se a excessos, justamente para equilibrar a finalidade democrática que o conceito de liberdade de expressão encerra, coibindo o seu mau uso.

O conflito entre a liberdade de expressão ou de imprensa e a proteção dos direitos da personalidade torna-se, portanto, uma consequência da relativização e da efetividade dos direitos fundamentais diante da complexidade da sociedade tecnológica.

Para tal, demanda a colisão de valores fundamentais, passando a solução necessariamente pelo debate da técnica da ponderação, de interesses dos princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. A rigor, muito obstante tais princípios pareçam se integrar haja vista sua classe, eles divergem em sua fundamentação.

O princípio da razoabilidade tem origem nos Estados Unidos da América, decorrência do “due process of law”, estruturado na constituição daquele país; o princípio da proporcionalidade nasce como um dos pilares de sustentação do direito europeu, especificamente nas arquiteturas germânicas. Ambos nascem como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados, cursando o mesmo patamar de “consciência” necessário para solucionar as variadas crises interconectadas advindas de uma nova compreensão dos problemas. Consagram-se como instrumentos poderosos na frenagem dos poderes do Estado forma de Direito, compactuando na busca do respeito à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Coadunam como uma

nova forma de pensar o direito, integrando uma sistemática capaz de solucionar problemas, proporcionando ao julgador um juízo de ponderação no exame do caso concreto.

Assim, deve-se aplicar aos direitos discorridos neste artigo a técnica da preponderância de interesses, não havendo que se falar em um direito hierarquicamente superior ao outro, mas, nas circunstâncias apresentadas, o grau de realização de um direito justificando o grau de sacrifício do outro.

Portanto, a dicotomia público/privado está superada e não logra sucesso nos moldes atuais da sociedade pós-moderna. O Estado para atender aos anseios sociais deverá adequar valores á dinamicidade para tutelar os interesses privados sem comprometer a construção histórica da memória coletiva.

### 3.3.3 antinomia real ou lacuna de conflito

Vê-se que o direito à liberdade de expressão e informação opõe-se aos direitos de personalidade, sobretudo os que aqui são enfocados, que são o direito à privacidade e o direito ao esquecimento. Não obstante, a importância da plenitude da liberdade de expressão e do direito à informação, por ausência de detalhamento da legislação civilista, os direitos de personalidade devem ser confrontados como outros direitos constitucionais, para o devido sopesamento.

Especialmente em se tratando de direito a ser esquecido, o direito à liberdade de expressão encontra obstáculos, carecendo da devida harmonização.

Em estudo sobre a questão, Maria Helena Diniz conclui que se está diante de uma *antinomia real ou lacuna de conflito*, por não haver na ordem jurídica qualquer critério normativo para sua solução, a não ser pela edição de uma nova norma que escolha qual das normas conflitantes, ou pelo emprego da interpretação corretivo-equitativa, e refazendo o caminho da fórmula normativa (2017, p.23-24).

Embora solucionável, Diniz entende que não deixa de ser uma antinomia, porque sua solução dada pelo órgão judicante resolve tão somente o caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico (2017, p. 24). A jurista prefere a decisão razoável à

racional, com base a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942), especificamente nos seus artigos 4º e 5º, bem como o artigo 8º do CPC/15, conforme se colaciona:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.  
( BRASIL, LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.  
( BRASIL, LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.  
(BRASIL, LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

Segundo Diniz, o órgão judicante deverá verificar sempre com objetividade e emprego da técnica da ponderação, os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto, pois somente assim, se esses resultados concordarem com os fins e valores em que se fundam, é que se deve aplicá-la (2017, p. 24).

A técnica da ponderação deve ser aplicada nas hipóteses em que ocorra colisão de direitos de personalidade, conforme Enunciado 274 CJF aprovado na IV Jornada de Direito Civil<sup>36</sup>:

274 - Art. 11. Os direitos de personalidade, regulados de maneira não- exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (Conselho da Justiça Federal)

No entanto, há quem se oponha à técnica da ponderação, como Streck, que entende que a utilização da ponderação implica no risco de uma possível arbitrariedade do juiz. Para o autor, a ponderação tem sido utilizada para legitimar decisões pragmaticistas que não promovem a resolução efetiva e qualitativa de problemas apresentados pela concretude do direito (2014, p.422).

---

<sup>36</sup>Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>> .Acesso em 13/01/2018.

A situação não é de fácil solução porquanto as antinomias são denominadas insolúveis ou reais, eis que são conflitos de critérios, ou seja, trata-se de uma antinomia de segundo grau, não havendo solução pré-estabelecida para tal. O direito ao esquecimento acarreta uma antinomia entre direitos constitucionais, não existindo uma solução definitiva, ficando, desse modo, à incumbência do julgador a solução do conflito diante de cada caso concreto (BEZERRA; SOARES, 2016, p.119).



## **4 EXISTE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO? (IM)POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO**

No capítulo anterior, discorreu-se sobre direitos fundamentais coletados neste estudo que podem confrontar-se com o direito ao esquecimento, quais sejam, a memória e a liberdade de expressão, consignando que a privacidade é conexas ao direito ao esquecimento.

Se o texto constitucional demonstra de forma expressa quais as restrições à liberdade de expressão e à memória, ainda assim, em caso de se aplicar em direitos dotados de subjetividade, como a privacidade, a participação do intérprete será imprescindível.

Ainda que tais questões demonstrem ser fatores de restrição à comunicação livre do discurso passível de ser restringido – no caso, o que deve e se pode ser esquecido -, caso inexistir uma previsão constitucional, existirão situações que não serão fáceis concluir com certa tranquilidade pela proibição legal da informação que se deseje atingir.

O presente capítulo discorrerá sobre as discussões contra e a favor do direito ao esquecimento, ponderando pontos relevantes nos julgados que servem de parâmetro naquilo em que foi possível coletar, ciente de que não se trata de uma discussão fácil e tampouco se esgota nos argumentos a seguir apresentados.

### **4.1 ARGUMENTAÇÕES A FAVOR DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

O caso Chacina da Candelária reconheceu o direito ao esquecimento para o autor da demanda, J.G.F, e refere-se à análise do direito ao esquecimento especificamente para o caso de publicações em mídia televisiva, reconhecendo que o debate sobre o tema ganha contornos bem diferenciados quando transposto para a internet, que desafia soluções de índole técnica.

O voto proferido pelo Relator Min. Luis Felipe Salomão consigna:

Com isso, afirma-se com todas as letras que, não obstante a Carta estivesse rompendo com o paradigma do medo e da censura imposta à manifestação do pensamento, não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do

atrofiamente dos valores que apontam para a pessoa humana. É por isso que a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores (REsp n. 1.334.097-RJ).

Ao discorrer sobre o cenário protetivo da atividade informativa que atualmente é extraído da CR/88, afirma que este não somente converge para a liberdade de “expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de informação, independentemente de censura ou licença“ (art. 5º, inciso IX), mas também para a inviolabilidade da “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art.5º, inciso X).

O acórdão sinaliza que há uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.

Trata-se de amplo debate sobre o tema ante a possibilidade das publicações jornalísticas poderem ocasionar ofensas a direitos de personalidade, sobretudo quando flagrada a ilicitude da publicação, seja por difamação ou conteúdo mentiroso.

Fica claro, nos fundamentos, que a liberdade de expressão não constitui um direito absoluto. Conforme consignado no REsp 801.109/DF<sup>37</sup>, a liberdade de expressão poder ser excepcionada quando não atendidos: (i) o compromisso ético com a informação verossímil; (ii) a preservação dos chamados direitos de personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (iii) a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)”.

Em referência a Zygmund Bauman, pensador e sociólogo polonês, no corpo do seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão, reconhecendo-o como um dos mais perspicazes pensadores de nosso tempo e preciso intérprete, através da teoria por ele nomeia “modernidade líquida”, compreende que com esta visão o filósofo lançou novas luzes acerca da atual configuração entre os espaços público e privado – entre a informação e a privacidade.

---

<sup>37</sup> BRASIL, STJ,RESp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012.

Consigna o voto que, de fato, na atual sociedade de hiperinformação, parecem evidentes os riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, decorrentes da ampla abertura da arena pública aos interesses privados. Assim, público e privado ganham uma nova roupagem na modernidade.

O ministro consigna que mais grave que a venda ou a entrega gratuita da privacidade à arena pública, tomando ares de mercadoria para consumo da coletividade, é a sua expropriação contra a vontade do titular do direito, que, por vezes, prefere permanecer anônimo.

No entanto, observa-se que não é possível dizer que a decisão formulou um conceito geral para o direito ao esquecimento, limitando-se à situação do demandante que fora absolvido. No entanto, o acórdão é claro ao estender aos condenados que cumpriram pena e, na fundamentação, verifica-se igualmente a referência a matérias criminais. Conforme colocado na delimitação da pesquisa, o tema relativo ao direito ao esquecimento por reabilitação criminal não será abordado.

No entanto, o STJ demonstrou com o acórdão que a veracidade do retratado não é elemento a ser considerado, tampouco a forma de reapresentação do evento.

O foco foi colocado na ausência de contemporaneidade por se ter veiculado um programa relativo a um crime ocorrido há mais de uma década e no impacto negativo atual do autor, seja por ter sido obrigado a reviver o episódio, seja pela desconfiança gerada contra ele.

No entanto, da ementa do acórdão, extrai-se imediatamente a informação de que o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos decorre da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e dos limites previstos à atividade informativa.

Traduz o entendimento de que a liberdade de expressão fica restringida por dispositivos constitucionais ligados à proteção da vida privada, intimidade, honra, imagem, valores de pessoa e da família, indicando a proteção à pessoa humana, acarretando preponderância dos direitos de personalidade.

É destacado que a estabilização do passado e o esquecimento, mesmo que mais facilmente visualizados nos institutos penais – perdão, anistia, reabilitação penal e sigilo de folha de antecedentes -, atingiram outras áreas, como prescrição, decadência, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para manutenção do devedor em bancos de dados de restrição de crédito. Assim, a veracidade da informação não

garante, segundo o Relator, a licitude da informação, não faz com que a liberdade de imprensa seja um direito absoluto e ilimitado, sendo evidente, afirma, ilícita a divulgação de hábitos sexuais, sejam eles de pessoas anônimas ou públicas, ainda quando se tratarem de fato incontestável.

Ao examinar uma possível censura à liberdade de imprensa provocada pelo direito ao esquecimento, o acórdão, inicialmente, salienta o vínculo estreito do direito à imprensa com o Estado Democrático de Direito. E adverte que o passado de descontinuidade democrática faz pairar grande desconfiança sobre qualquer limitação que se pretenda fazer à imprensa. Desse modo, considerando-se que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, havendo inclusive previsões constitucionais restritas, o STJ aponta uma inclinação para a proteção à pessoa humana.

Ressalta ainda a importância da história e dos fatos sociais para sua composição. E reconhece que um crime também integra a história de uma sociedade. É colocado, no entanto, que a perenização da informação penal não pode ser admitida e o interesse público, que é o fundamento para sua manutenção, desaparece com a resposta penal ao evento criminoso, ou seja, com a absolvição ou extinção da pena. A exceção, consigna, deve ser reservada para os crimes históricos. Nos termos do acórdão, retratar indefinidamente um crime sob o argumento de sua historicidade “pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado”.

E para a colisão de direitos, devem estes serem solucionados pela ponderação, esclarecendo que não há antinomias entre princípios constitucionais. Do conflito do interesse público na divulgação de casos judiciais e a privacidade ou intimidade dos envolvidos, justamente com base no art. 5º, inciso LX, a harmonização deve dar-se mediante a proteção da pessoa, o que ocorrerá com a divulgação da sentença ou do julgamento.

No que concerne à colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, mais especialmente o direito ao esquecimento, a ponderação de valores que oferece a melhor solução ao conflito é a de não impedir a divulgação de um crime histórico, porém se deve ocultar o nome e a imagem daquele que não deseja ter o seu envolvimento lembrado.

Maria Cristina de Cicco, em palestra cujo tema foi “Existe um Direito ao Esquecimento?”<sup>38</sup> ressalta que a privacidade em relação ao direito ao esquecimento tomou espaço importante nas discussões, mas carece de esclarecimentos. As dúvidas que permeiam a aplicação do direito ao esquecimento são numerosas com poucas certezas. Apesar de não ser novo, conforme constata, apesar de não ser novidade, a sua redescoberta tem ocasionado generalizações um pouco preocupantes com relação à possibilidade da banalização desse direito, como aconteceu no Brasil com relação ao dano moral, dando um esvaziamento a um instrumento de tutela muito forte em defesa dos direitos de personalidade.

A primeira certeza que Cicco entende que pode ser encontrada é exatamente a noção do direito ao esquecimento que não possui uma noção unívoca, sendo uma fórmula de valor semântico plúrimo: não há *um* direito ao esquecimento. No seu entender, o direito ao esquecimento é uma fórmula que está sendo utilizada corretamente em algumas hipóteses e um pouco menos em outras (2017)<sup>39</sup>.

Prosseguindo em seu raciocínio, a jurista afirma que outras certezas relativas a esse valor plúrimo do direito ao esquecimento refere-se ao fator tempo, que é fundamental para caracterizar ou não a existência do direito ao esquecimento. Para ela, não existe um direito ao esquecimento recente. Tem que passar um tempo entre a notícia e a reproposição da notícia ou entre o tratamento do dado pessoal e o fim do objetivo para qual ele foi coletado.

Outra certeza é o fato de que o direito ao esquecimento tem que ser analisado sempre em concreto e nunca em abstrato. A dúvida é se o direito ao esquecimento seria um direito autônomo da personalidade ou não. Não é um direito autônomo da personalidade: é um direito instrumental à concretização de outros direitos (o direito à identidade pessoal, o direito à reputação, o direito à privacidade).

---

<sup>38</sup> CICCO, Maria Cristina de. *Existe um direito ao esquecimento? Como deve ser entendido e aplicado? Democracia e Privacidade – Problemas Atuais. Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2017. Disponível em : <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>39</sup> CICCO, Maria Cristina de. *Existe um direito ao esquecimento? Como deve ser entendido e aplicado? Democracia e Privacidade – Problemas Atuais. Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2017. Disponível em : <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

Diniz entende que o direito ao esquecimento é um direito autônomo e que integra o rol dos direitos de personalidade. Consta que ele deriva da proteção à intimidade, à privacidade histórica, relacionando-se com honra, imagem e nome. Assim, no seu entendimento, por ser tutelado juridicamente, não precisa estar em conjunto com a identidade, a intimidade, a honra, etc., pois um não se integra aos outros, não obstante a conexão (2017, p.20).

Afirma a jurista que a conexão do direito ao esquecimento com imagem e honra traz a possibilidade da proteção mesmo que não haja interesse público, mas ocorra a violação do direito à honra e à imagem.

Na condição de professora associada de Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Camerino, na Itália, Cicco relata que naquele país a doutrina tem verificado três acepções do direito ao esquecimento que no entendimento da jurista não são acepções, mas gerações de direito ao esquecimento, pois bem demarcadas. A cada geração do direito ao esquecimento corresponde um bem jurídico a ser tutelado. Para Cicco, o direito ao esquecimento é apenas o referente à primeira geração: as demais segunda e terceira gerações podem ser alguma outra coisa, mas não direito ao esquecimento. O fator comum às três acepções é o fato de que o direito ao esquecimento deve ser analisado também em relação à memória e à verdade, eis que este não é orientado a cancelar o passado, ou proteger a impunidade, mas resguardar em determinadas situações. A primeira geração do direito ao esquecimento na Itália foi anterior à internet. Os estudos e jurisprudência mais importantes foram nesse período. Todos os critérios que foram utilizados, individuados nesse período, devem servir de base como critério para avaliar o direito ao esquecimento de última geração, ou seja, aquele depois do advento da internet (2017).

Na acepção tradicional (que é a primeira geração), o bem jurídico tutelado é a identidade pessoal, a reputação e a privacidade, com ênfase para os dois últimos. Para a professora, a primeira geração representa o verdadeiro direito ao esquecimento. Parece ser o caso do acórdão do STJ em análise, pois seu teor atrela-se apenas ao direito ao esquecimento antes da internet – o relator ressalva que a análise foi em relação à matéria veiculada na TV, e não na internet, que teria uma outra análise.

A professora continua relatando que o direito de primeira geração finca suas raízes no direito à privacidade e no direito à identidade pessoal dinâmica – e não à estática, que é representada pelo nome e pela imagem. A identidade pessoal dinâmica é a representação da pessoa

em um determinado momento histórico (hoje sou de um jeito, amanhã posso ser diferente), mas nunca num critério arbitrário. Refere-se a uma evolução que a pessoa tem no tempo, ou seja, a pessoa não se obriga a ficar cristalizada no passado.

No entanto, o direito ao esquecimento não pode ficar apenas condicionado à pessoa interessada, mas deve incluir terceiros. Exemplo: os filhos de nazistas não são nazistas, são crianças que não merecem ter a sua identidade ligada à figura de um pai nazista ou de um pai assassino. Essa ressalva não foi feita no acórdão pro direito ao esquecimento, mas consignada no acórdão referente ao Caso Aída Curi, no próximo tópico.

Continua informando que, na primeira geração, o direito ao esquecimento contrapõe-se ao direito de informar e ser informado, que são especificações da liberdade de expressão. Se direito fundamental da pessoa, a doutrina e jurisprudência italiana voltaram-se para o equilíbrio e a ponderação dessas liberdades. Acredita-se, com o acórdão em que foi reconhecido o direito ao esquecimento, que a ponderação da liberdade de expressão deverá sempre ser aplicada, sinalizando para o não reconhecimento do seu caráter absoluto.

O critério comum em todos os casos analisados de direito ao esquecimento é a da existência e permanência de um interesse público. Essa existência e essa permanência tem que ser conjugada com a atualidade. Pois o direito ao esquecimento de primeira geração refere-se a notícias que foram veiculadas no passado de forma legítima e permanente, aí sujeita a uma reproposição dentro do interesse público atual, não da época em que foi veiculada a primeira vez, mas sim na época da reproposição (CICCO, 2017).

Esse interesse público não necessita que seja permanente: ele tem que ser atual. Estes se aplicam diretamente aos casos de Aída Curi, no qual foi negado o direito ao esquecimento, porque não se tratava de direito de esquecimento aplicado ao autor do fato, mas a familiares, analisado no próximo tópico.

Importante destacar que o direito ao esquecimento não cancela o passado. Deve-se levar em conta também o que significa identidade pessoal para o patrimônio cultural do sujeito e da reputação social que é aquela levada em consideração de si mesmo, mas pode-se não transmitir ou representar esse tipo de pessoa para o público e para a sociedade. Essa reputação social é a que é levada em consideração pelo direito (CICCO, 2017).

Exemplifica-se com uma sentença de 2015 na Itália (logo após o caso do “Google”) e que também ligou o direito ao esquecimento à insuficiência de prazo (tinha ocorrido há apenas 2 anos) e diz respeito a um advogado italiano que morava na Suíça e estava envolvido em um caso penal grave. Ele pediu que o nome dele não aparecesse mais nas buscas do Google. Foi negado principalmente pelo fator tempo. E pelo interesse público naquela notícia, pois o caso ainda não tinha sido decidido.

O juiz, no caso italiano em comento, argumentou que “o direito ao esquecimento não deve ser utilizado para embelezar ou limpar o perfil público de um sujeito que exerce papéis de relevância pública”. Esse direito que aprecia a relevância pública não está adstrito somente aos políticos, mas aos profissionais quando são inscritos numa ordem de controle e vigilância, como a Ordem dos Advogados. Essas pessoas também exercem uma função pública – aqui estão incluídos na esfera pública (CICCO, 2017).

A segunda geração nasce com a internet, resultante da mudança da modalidade de veiculação das notícias, que é imediata. O bem jurídico tutelado, nesse caso, muda – não vai ser mais a identidade pessoal, reputação e privacidade – é a identidade pessoal apenas, que passa a ser chamada de identidade digital. Não se trata mais de privacidade, mas apenas, como dito, da denominada identidade digital (CICCO, 2017).

A identidade pessoal é vista num sentido muito amplo, porque não se trata de uma notícia que está sendo reiveiculada, trata-se de um fato que está na internet, sujeito a uma memória eterna, estando, por essa razão, vinculado à permanência. O fato permanece na internet. O fator tempo é relevante com relação à permanência.

Para a doutrinadora, não é caso de direito ao esquecimento e sim um direito à contextualização do dado. A notícia é publicada e não é atualizada, por exemplo. Pois nenhum jornal atualiza a notícia. No caso mencionado, a pessoa queria que fosse cancelado o dado, o juiz esclareceu que não se cancelam dados: a memória tem que ser preservada. Isto reforça que o direito ao esquecimento não cancela nada (CICCO, 2017).

O juiz, no caso em tela, ainda julgou necessário que o site onde foi veiculada a notícia pela primeira vez fosse atualizado e contextualizado. Verificando-se a impossibilidade de se efetivar essa solução, porque o arquivo histórico de um jornal *on line* traz milhões de informações e é



impossível atualizar e contextualizar cada uma delas mesmo porque algumas até perdem o interesse, achou-se uma solução bem equilibrada para isto: o site que veiculou pela primeira vez a notícia tem que atualizar, mas a pedido do interessado. Se o site não atender, a autoridade garante o cumprimento do pedido. O tribunal colocou em evidência que a não atualização e não contextualização da notícia vai transformar uma notícia que inicialmente era verdadeira em uma notícia não verdadeira, porque não mais correspondente à realidade. Este é o aspecto que é importante na segunda geração do direito ao esquecimento, mas que, na realidade, é um direito à contextualização do dado. Não se esquece de nada: o dado vai continuar ali, a informação vai continuar no site, mas com o dever da atualização. Aqui o direito à contextualização está sendo chamado de *right not to find* – direito de não ser encontrado, não de ser esquecido.

A terceira geração surge após a sentença da Corte de Justiça em 2014, que teve parecer do Advogado Geral da Corte no mesmo sentido da sentença que marcou a segunda geração (Corte de Cassação de 2012): ele era somente a favor da contextualização, não condenando o motor de pesquisa, mas condenando o site que veiculou primeiramente a notícia. O bem jurídico tutelado já é o direito a identidade (não a pessoal, apenas a identidade) como direito à proteção dos dados pessoais. Não tem absolutamente nada a ver com o direito ao esquecimento. É uma questão de aplicação do código de proteção dos dados pessoais.

O cancelamento dos dados pode ser entendido assim: se o dado que foi coletado exauriu a sua finalidade para o qual foi coletado, então ele tem que ser cancelado. Mas isto não é esquecimento. Isso é tutela da identidade digital da proteção dos dados pessoais. A fórmula de direito ao esquecimento está sendo utilizada pela jurisprudência europeia e pelo legislador europeu de forma equivocada na visão de Cicco (2017) e isto cria uma confusão muito grande e vai acabar diminuindo, sob a sua ótica, a tutela das pessoas que teriam direito de tutela relativos à primeira geração.

#### 4.2 ARGUMENTAÇÕES EM DESFAVOR DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O caso Aída Curi não teve o direito ao esquecimento reconhecido. Nesse caso, os parentes da falecida Aída Curi, vítima de violência sexual e homicídio em 1958, cujo crime foi igualmente

retratado no programa “Linha Direta – Justiça”, da Rede Globo, apresentaram uma linha de argumentação similar a do Caso Chacina da Candelária. Argumentaram que não tinham autorizado a veiculação do programa, o qual teria reavivado o sofrimento provocado pela morte da irmã. Pleitearam, por isso, indenização por danos morais, rechaçada.

O acórdão consignou que o caso era de domínio público, sendo impossível retratar o caso Aída Curi sem fazer referência à jovem vitimada. A decisão salienta que o direito ao esquecimento pode ser invocado não só para beneficiar a vítima como também seus familiares. Mas no caso em questão, registrou-se que, “por torpeza do destino”, em um crime de repercussão a vítima normalmente é elemento indissociável do delito, não sendo possível a narrativa sem referenciar-se a ela, vítima.

Ficou ressaltado no acórdão que a aplicabilidade do direito ao esquecimento nem sempre gerará direito indenizatório, pois, mesmo que presente a ilicitude, pode não existir o dano moral. E foi o caso do objeto da análise, o qual, passados cinquenta anos do fato, embora presente o desconforto, a lembrança do fato por si não gera o direito à compensação por danos morais, haja vista a diminuição da dor diante do lapso temporal.

Aqui novamente se fez uso do critério da ponderação em que se concluiu que o direito ao esquecimento não se apresentava como um instrumento para impedir uma nova exploração midiática, sob o argumento de que a cobertura do crime teve origem em ampla publicidade não abusiva. Assim, determinar o pagamento indenizatório seria atingir de modo desproporcional a liberdade de imprensa.

Sobre o uso indevido de imagem, o STJ concluiu que, à incidência da Súmula 403<sup>40</sup> do mesmo Tribunal, a divulgação sem consentimento não foi ilícita, pois não foi o caso de imagem publicada de forma desrespeitosa ou sem finalidade comercial ou econômica. Concluiu-se que a imagem da vítima não foi usada como um atrativo para audiência, sendo mostrada apenas uma fotografia. Desse modo, prossegue o acórdão, o objetivo do programa era o crime em si, inclusive porque houve dramatização com atores contratados.

---

<sup>40</sup> STJ – Súmula 403: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

Ressalte-se a menção do acórdão à pesquisa formulada pelo TJRJ, citada no acórdão, em que se fez uma pesquisa no Google a partir do nome “Aída Curi”, que alcançou cerca de 470.000 anotações – o que demonstra a sua ampla divulgação.

Mais uma vez, recorre-se às formulações consignadas por Maria Cristina de Cicco sobre quem é legitimado a pleitear o direito ao esquecimento, que surgiu com o caso Aída Curi e em caso análogo na Itália, o caso Milena Sutter<sup>41</sup>. Na primeira geração, a doutrina que mais se ocupou do tema acredita que o único legitimado, o principal legitimado é o sujeito protagonista, porque ele pode ser prejudicado pela reproposição dos fatos e a reputação do sujeito que foi legitimamente lesada pela redivulgação da notícia em razão do correto exercício do direito de crônica e em menor medida, tratando-se de caso judiciário, da função educativa da pena que é um aspecto de relevância. O bem jurídico tutelado é o direito a reputação, ficando impedidos de pleitear o direito ao esquecimento os terceiros envolvidos, inclusive a vítima. A professora não concorda que a vítima não possa pleitear, porque existem casos em que a vítima pode não querer mais ser lembrada em relação a um determinado crime de que foi realmente vítima (aqui ela citou o programa linha direta, que rememorava crimes famosos do passado). Portanto, o correto será a decisão mediante cada caso (CICCO,2017)<sup>42</sup>.

Sobre a relação da dimensão do público no privado da pessoa envolvida, Cicco traz como exemplo uma sentença da corte europeia do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que individualizou a problemática da dimensão sobre quando um privado entra na esfera pública em razão da sua relação com o sujeito público. No caso de um político que tinha uma amante, sendo que esse político sempre esteve envolvido em episódios de corrupção e o nome da amante apareceu logicamente na publicidade do homem público. A amante e a esposa pediram que fossem retirados

---

<sup>41</sup> Na Itália, o debate em torno do direito ao esquecimento em ambiente televisivo já data de quase 20 anos. O caso mais conhecido, denominado de “Bolzano”, tratava da morte de Milena Sutter, uma menina de 13 anos, que foi assassinada barbaramente em 1971, tendo o assassino preso, processado e condenado. Tal qual o Caso Aída Cury, às vésperas da transmissão do programa televisivo “I Grandi Processi” (com conteúdo de reprodução de crimes famosos, com o mesmo apelo do *Linha Direta – Justiça*), a família da vítima requereu a tutela de urgência, para que não fosse veiculado o aludido episódio, invocando o direito ao esquecimento. Contudo, o Tribunal de Roma, mediante fundamentação similar ao adotado pelo STJ no caso Aída Cury, entendeu que havia interesse histórico na hipótese, pelo que permitiu a veiculação do programa. Tribunale Civile de Roma, Ordinanza 27 de novembro de 1996. Disponível em: <[https://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio\\_di\\_Milena\\_Sutter](https://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio_di_Milena_Sutter)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>42</sup> CICCO, Maria Cristina de. Existe um direito ao esquecimento? Como deve ser entendido e aplicado? *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais. Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

seus nomes como tutela da reputação da amante e privacidade da mulher dele. O pedido foi negado, porque cada vez que um privado entra na esfera pública de um sujeito público (eles saíam e apresentavam-se em público), há uma diminuição da tutela da privacidade. Mas só em relação àquele aspecto da sua ligação com o sujeito público e em situações públicas (CICCO, 2017).

Bucar ,em análise à concepção da privacidade diante dos acórdãos e do direito à privacidade no contexto virtual, acha perigoso o posicionamento consignado nos acórdãos (referem-se a direito ao esquecimento aplicado em matéria televisiva), pois, no seu entendimento, “apartar a mídia televisiva de outros meios de comunicação é emprestar à informação tratamento fragmentado não condizente com a sua perspectiva unitária, haja vista que uma informação terá o mesmo conteúdo qualquer que seja o meio de transmissão”. Com essa afirmação, quer dizer que, conquanto haja técnicas diferentes para cada mídia, o princípio envolvido terá o mesmo conteúdo, independente da forma de comunicação veiculada (BUCAR, 2013, p.7),.

O autor entende que na atual sociedade tecnológica não há como apartar um entendimento do outro, “tornando-se anacrônico o fracionamento e a demarcação da disciplina apenas para a mídia televisiva” (BUCAR, 2013, p.6).

Nesse contexto, faz interessante constatação dos aspectos atuais da privacidade assim divididos:

- a) sob o aspecto de controle espacial, a privacidade não está ligada à pretensão de estar só, mas ao controle das informações pessoais, mas atribuindo à pessoa a plena liberdade da escolha pessoal e sua inserção no contexto social;
- b) sob o aspecto de controle contextual, a privacidade relaciona-se com a exatidão do que ser informado, que deve refletir o contexto correto em que foi recebida, pois uma informação fora de seu contexto causa flagrante lesão e isto não significa apenas invasão de privacidade;
- c) sob o aspecto de controle temporal, a privacidade está ligada à proteção após um certo período de tempo, em que a pessoa não quer mais que seus dados sejam lembrados (BUCAR,2013, p.7-8).

O tempo novamente mostra-se importante na questão do direito ao esquecimento, pois se o seu decurso traz tantas modificações no mundo jurídico (prescrição, decadência, anistia, etc), por

que não se aplicaria ao direito de personalidade do indivíduo, permitindo-lhe novas escolhas? Os pontos controvertidos continuam no próximo tópico com as alegações dos que não coadunam com a denominação “direito ao esquecimento” de forma ampla, como tem se aplicado não só no Brasil, mas como em outros países.

#### 4.3 ARGUMENTAÇÕES QUE PERMEIAM O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em todas as discussões acerca do direito ao esquecimento há ainda aqueles que entendem que na verdade falar em um direito ao esquecimento de forma única no ordenamento jurídico brasileiro seria uma forma errônea. É que para alguns o direito ao esquecimento não seria um direito autônomo, possuindo caráter instrumental, devendo ser utilizado apenas quando não houver proteção jurídica para a ilegalidade em questão.

Esta é a opinião do Desembargador José Carlos Netto que em palestra cujo tema foi “A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil”, proferida no curso “Democracia e privacidade – problemas atuais – Brasil e Itália”, ressaltou estar diretamente coadunado a esse entendimento (2017)<sup>43</sup>,

O palestrante acenou para o fato de que muitas soluções encontram-se na lei, na própria proteção jurídica dos dados pessoais, sem ter que recorrer ao direito ao esquecimento para resolvê-las. No seu entendimento, o ponto principal é verificar a legislação e jurisprudência já existente e correlacioná-las com o direito ao esquecimento.

Netto rememora a previsão do artigo 5º, inciso XII, da CR/88, “é inviolável o sigilo da correspondência 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” visou a proteger o sigilo dos dados pessoais

---

<sup>43</sup>NETTO, José Carlos Costa. A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil. *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais. Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

(ou sua transmissão), restando claro que a previsão constitucional visou englobar o sigilo em diversos meios de comunicação, inclusive a transmissão de dados e não os dados em si.

Conforme entendimento do STF em acórdão de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n. 1790 de 23/04/1998<sup>44</sup>, caso que cuidou da proteção da privacidade dos chamados arquivos de consumo integrados por dados cadastrais de consumidores, ponderou o órgão julgante em sua ementa, remetendo a análise do inciso X do artigo 5º da CR/88, que a convivência entre a proteção da privacidade e dos arquivos de consumo tornou-se imperativo da economia de massas, reconhecendo, dessa forma, que a transmissão dos dados encontra proteção constitucional no inciso XII; a proteção dos direitos da personalidade, inciso X.

Assim, ficou demonstrada que resta previsto no escopo da proteção da intimidade e da vida privada, no plano constitucional, a inviolabilidade dos dados pessoais dos indivíduos, bem como a obrigação de indenizar no caso de violação.

Relembra que a evolução histórica das cartas constitucionais brasileiras dá-se primeiramente com a Carta do Império de 1824, resguardando a inviolabilidade do segredo das cartas. Seguiu-se a Constituição da República, mudando a denominação para sigilo da correspondência. Segue sem alteração as Cartas de 1934, 1937 e 1945, em que na CR de 1967 a

---

<sup>44</sup> EMENTA: Protesto cambial: MProv. 1638-1/98: limitação de emolumentos relativos a protestos de que devedora microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 6º) e disciplina do fornecimento de certidões diárias dos processos tirados e cancelamentos efetuados às entidades representativas da indústria ou do comércio e aos serviços de proteção do crédito (alteração, pelo art. 10, dos arts. 29 e 31 da L. 9.492/97): alegada inconstitucionalidade por ofensa dos arts. 62, 236, § 2º, 5º, X e XXXII, e 170, V, da Constituição: suspensão cautelar indeferida. 1. A idoneidade em tese da disciplina de matéria tributária em medida provisória é firme na jurisprudência do Tribunal, de que decorre a validade de sua utilização para editar norma geral sobre fixação de emolumentos cartorários, que são taxas. 2. Afirmada em decisão recente (ADIn MC 1.800) a validade em princípio da isenção de emolumentos relativos a determinados registros por lei federal fundada no art. 236, § 2º, da Constituição, com mais razão parece legítima a norma legal da União que, em relação a determinados protestos, não isenta mas submete a um limite os respectivos emolumentos, mormente quando o conseqüente benefício às microempresas têm o respaldo do art. 170, IX, da Lei Fundamental. 3. A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeterem-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, in fine) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito.

expressão “sigilo de correspondência” foi afinal acrescentada “sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”, reeditando-se esse termo na Emenda Constitucional de 1969.

Netto, ressaltando que a inviolabilidade da transmissão de dados somente adquiriu referência expressa constitucional na Carta Magna ora vigente (CR/88), constata que, na órbita constitucional, relevante é o acórdão do STF de relatoria da Ministra Ellen Grace no AgR no Habeas Data n. 90/DF<sup>45</sup>. No acórdão, a Ministra ressaltou que a ação de *habeas data* visa à proteção da privacidade do indivíduo contra o abuso no registro e/ou revelação de dados pessoais falsos ou equivocados.

Na legislação infraconstitucional, Netto (2017) destacou 3 (três) diplomas específicos sobre proteção de dados: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); a Lei 12.414/2011, que regula banco de dados; a Lei 12.965/2014, que é o marco civil da internet.

No CDC a matéria está regulada na Seção VI sob o título “Dos Bancos de Dados de Cadastros de Consumidores”, que em seu artigo 43<sup>46</sup> prevê o acesso do consumidor a seus dados. A Lei 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou jurídicas para a formação de histórico de crédito, em seu art. 2º, inciso I, destaca a definição para banco de dados como sendo “conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro”. O art. 3º. complementa que os bancos de dados para formação do histórico de crédito somente poderão armazenar informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, controle exercido nos arquivos de dados pessoais. A Lei 12.965/2014, o denominado marco civil da internet, prevê como princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais na

---

<sup>45</sup> EMENTA: Agravo Regimental. *Habeas Data*. Art. 5º, LXXII, da CF. Art. 7º, III, da Lei 9.507/97. Pedido de vista de processo administrativo. Inidoneidade do meio. Recurso improvido. O *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, tem como finalidade assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou banco de dados e ensejar sua retificação, ou de possibilitar a anotação de explicações nos assentamentos do interessado (art. 7º, III, da Lei 9.507/97).

2. A ação de *habeas data* visa à proteção da privacidade do indivíduo contra abuso no registro e/ou revelação de dados pessoais falsos ou equivocados.

3. O *habeas data* não se revela meio idôneo para se obter vista de processo administrativo. (Supremo Tribunal Federal)

<sup>46</sup> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes[...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017. (Código de Defesa do Consumidor)

forma da lei. Pode-se, portanto, intuir que toda a proteção do cadastro positivo pode ser aplicada na internet, avocada para a proteção dos dados pessoais.

Netto conclui que essas legislações permitem a proteção dos dados pessoais sem a necessidade de se avocar o direito ao esquecimento, que ainda está em evolução. Isto não excusa a necessidade de ordem legislativa que abarque de forma mais abrangente a matéria (NETTO, 2017).

Mais recentemente, tem-se o acórdão no REsp 1419697/RS<sup>47</sup> sobre o “*credit scoring*”, que é o cadastro positivo, que limita a proteção do consumidor para a tutela da privacidade e da máxima transparência das relações negociais, resguardando ao consumidor os devidos esclarecimentos acerca das fontes dos dados consultados, histórico de crédito, bem como as informações mais pessoais, configurando eventuais abusos no âmbito da responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor de serviços, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente.

O REsp 1.348.432<sup>48</sup>, julgado no dia 10/10/2017, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu pela condenação de entidade bancária por autorização do fornecimento de dados pessoais de seu cliente em contratos de cartão de crédito a empresas parceiras do banco. Portanto, nem às empresas parceiras o detentor dos dados pode disponibilizá-los, pois se trata de cadastro autorizado apenas para aquela entidade bancária.

O Juiz Richard Pae Kim, em palestra cujo tema foi “A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil”<sup>49</sup>, referenciou que princípios devem ser respeitados na

---

<sup>47</sup> Ementa: Recurso Especial representativo de controvérsia (art.543-C do CPC). Tema 710/STJ. Direito do consumidor. Arquivos de crédito. Sistema “*credit scoring*”. Compatibilidade com o direito brasileiro. Limites. Dano moral[...] o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “*credit scoring*”, configurando abuso no exercício desse direito (art.187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente(art.16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipótese de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, §3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.[...]

<sup>48</sup> BRASIL, STJ,Resp 1.348.532-SP: é abusiva a cláusula de fornecimento de informações cadastrais a terceiros em contratos de adesão de serviços de cartão de crédito. Disponível em: <[http://www.salomao.stj.jus.br/webstj/gabinete/default.asp?id\\_gab=18](http://www.salomao.stj.jus.br/webstj/gabinete/default.asp?id_gab=18)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>49</sup> KIM, Richar Pae. *A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil. Democracia e Privacidade – Problemas Atuais. Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.



elaboração de uma lei de proteção de dados de âmbito geral. Citou os princípios gerais das práticas de informações justas que já estão sendo aplicadas em diversos países da União Europeia e que foram desenvolvidos inicialmente pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE<sup>50</sup>, um importante órgão no passado, que praticamente elaborou o Programa Marshall, destacando-se:

- princípio da coleta limitada, ou seja, estabelecimento de limites para a coleta e a decisão da Suprema Corte Federal da Alemanha, evidentemente demonstra a necessidade de ter-se essa proporcionalidade na proposta da lei;
- princípio da qualidade dos dados;
- princípio da especificação de propósito;
- princípio da limitação de uso;
- princípio da abertura para conhecimento do funcionamento do sistema de coleta de dados e como são manejados;
- princípio da participação individual, na elaboração da coleta de dados. Tem que ter concordância do titular dos dados, muitas vezes, estabelecendo prazos para guardar esses dados e descartá-los;
- princípio do respeito à prestação de contas para quem gerencia esses dados.

Para Kim, todos esses princípios reforçam a necessidade de uma qualidade legislativa a respeito do tema de extrema importância, que é o direito ao esquecimento. No seu entendimento, não obstante haja legislação tratando de sigilos e cadastros, ainda há um problema na forma como são feitos os cadastros, que ainda exigem informações excessivas, carecendo de detalhamento em legislação e afastamento das informações sensíveis ou personalíssimas desses cadastros/bancos de dados (PAE KIM, 2017).

O palestrante fez o seguinte questionamento: há um direito ao esquecimento? Se positivo, pode ser conhecido e aplicado para proteção desse bem jurídico? Kim coaduna com o pensamento

---

<sup>50</sup> Princípios Gerais da OCDE sobre o Governo das Sociedades 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

da professora Maria Cristina de Cicco de que essa expressão “direito ao esquecimento” ainda não tem um reconhecimento internacional sob o aspecto de uma uniformidade e de entendimento, observando que se trata de um instituto em construção – inclusive porque traz dificuldades quanto a sua boa definição, não há um sentido unívoco sobre o direito ao esquecimento (PAE KIM, 2017).

Kim cita o enunciado 531 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal juntamente com o STJ, em que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento, mas não concorda que o art. 11 do Código Civil faça referência a esse direito. Entende que o que se tem é um detalhamento do que seja direito de personalidade, mas, sob sua ótica, faltam elementos interpretativos para se chegar ao direito ao esquecimento.

Colocando em destaque a dificuldade do debate para se reconhecer o direito ao esquecimento, destaca-se que se pode observar, nas várias esferas de discussões, inclusive nas que vêm ocorrendo pelo mundo, que o direito ao esquecimento tem sido apresentado como solução para as seguintes situações que serão destacadas.

Primeiramente, aponta que as informações são verdadeiras, mas prejudiciais à vida digna do indivíduo, ou seja, de certa forma viola os aspectos da identidade, seja no aspecto da honra, seja no aspecto do reflexo da sua personalidade perante a sociedade, justificando, dessa forma, a aplicação do direito ao esquecimento. Exemplo clássico é o da reabilitação penal (art. 49 do CP). Os fatos são verdadeiros, o sujeito praticou delito, foi condenado, mas mesmo a verdade atinge em determinado momento, percorrido determinado tempo, a honra e até mesmo a finalidade de outros elementos que se tem. Para que serve a reabilitação penal? Para o restabelecimento da honra do indivíduo, daquilo que ressoa dentro da sociedade sob a percepção de quem é aquela pessoa. Evidentemente que o art. 94 do CP ficaria sem qualquer eficácia, uma vez que ele recebesse pena perpétua.

Conforme Bezerra e Soares, o instituto da reabilitação penal não atribui a ninguém o direito de reescrever a história. Ou de apagar fatos do passado. Mas de apenas possibilitar a discussão do uso que é dado aos fatos pretéritos. No âmbito da infância e juventude, tem-se a ressocialização (BEZERRA E SOARES, 2016, p. 123).

Segundo, se há informações falsas, não é caso de se reconhecer a existência de direito ao esquecimento, mas um direito à retificação de dados, tão somente. Assim como com as informações desatualizadas, não é igualmente o caso de se reconhecer a existência de direito ao esquecimento, mas somente o direito de atualizar as informações.

Terceiro, se há informações ou manifestações tiradas do contexto: também não faz sentido utilizar a terminologia direito ao esquecimento. O que se deve exigir é que o autor retifique ou esclareça as razões pelas quais tirou um trecho ou se utilizou de um contexto de uma fala desta ou daquela maneira.

Quarto, tem sido alegado esse direito como solução que permitiria às pessoas exigirem dos buscadores *on line* a desindexação de certos tipos de informações, o que seria somente desindexação, não direito ao esquecimento. Demandas dos hospedeiros de sites para apagar determinadas informações devem ser retiradas, ou seja, controle de informações, direito à privacidade, mesmo quando se aplica às informações que já sejam públicas, tudo isto são efeitos de reconhecimento de um direito que antecede, por exemplo, o direito à autonomia das informações – eu quero que as informações sobre a minha pessoa sejam verdadeiras, sejam corretas, sejam dadas de boa-fé.

No caso de precipitação do reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento, Kim aponta os principais problemas:

- a) Violação à liberdade de imprensa: houve várias decisões de Suprema Corte aqui na América Latina neste sentido. A Argentina já decidiu um determinado caso, o México também, evoluindo para os primeiros precedentes no sentido de que estaria ocorrendo violação à liberdade de imprensa e acabaram por descartar a existência do direito ao esquecimento.
- b) Distorções ao direito ao esquecimento contrapondo-se ao direito à privacidade: isto pode ocorrer quando se põe um peso exagerado nos argumentos subjetivos do titular das informações em detrimento dos demais direitos – liberdade de informação e liberdade de imprensa (quero esquecer o meu passado, se fui pobre não me lembro). A liberdade de imprensa e de acesso à informação tem uma conformação não só pela legislação nacional, mas também por normas internacionais, deixando claro que esse direito é um direito

qualificado (principalmente a liberdade de imprensa) e que pode ser limitado em situações muito especiais. Há normativas internacionais que deixam bem claro que a liberdade de imprensa só pode ser objeto de restrição: em primeiro lugar, se houver previsão legal; em segundo lugar, se não perseguir os objetivos explicitamente anunciados no artigo 19 do Pacto Interamericano dos Direitos Civis e Políticos.

c) Restrição necessária em desfavor da liberdade de imprensa: desde que a restrição seja necessária para uma determinada sociedade democrática e desde que as medidas restritivas sejam proporcionais e que respeitem o direito à privacidade, que deve ser protegido contra intrusões na vida privada e familiar. Neste caso, confere ao titular o direito de modificar, remover ou corrigir informações devido à sua natureza sensível, errônea, tendenciosa ou discriminatória. Aqui se há violação ao direito à privacidade, têm-se todos os instrumentos no direito a afastar, corrigir, remover e modificar essas informações (PAE KIM, 2017).

Bezerra e Soares fazem interessantes destaques quanto aos debates travados em sede de aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento, aqui traduzidos:

- constituiria o direito ao esquecimento um atentado à liberdade de expressão e imprensa? Pensam os autores que não se podem confundir conceitos e valores, pois direito ao esquecimento atua na esfera individual; e liberdade de expressão e imprensa, no âmbito coletivo, cabendo ponderação de valores no caso concreto;

- seria o direito ao esquecimento o reconhecimento de negação da própria história? Os autores apontam confusão de conceitos, pois no direito ao esquecimento não há que desaparecer informações relevantes para a história local ou da humanidade, mas sim esquecer o que diz respeito apenas ao interessado;

- seria o direito ao esquecimento um direito, pois nega a existência de qualquer relação? Bezerra e Soares entendem que o direito protege tanto a atuação comissiva quanto omissiva, sendo passível de tutelar a tutela inibitória (art. 497 do NCPC);

- coibiria o direito ao esquecimento apenas o ilícito? Novamente um argumento falho na visão de Bezerra e Soares pois é possível uma situação lícita que se transforme em ilícito: uma publicação lícita pode se tornar ilícita após a oposição do interessado;

- em caso de direito ao esquecimento, subtrai-se o direito individual quando colide com o coletivo e em favor deste por conta do interesse público? Não há um conflito real entre o individual e o coletivo, mas apenas um conflito aparente, segundo Bezerra e Soares . Basta uma análise do caso concreto para se verificar tratar-se apenas de direito individual, e não tem relevância para a coletividade;
- como reconhecer direito ao esquecimento para uma republicação ou reiteradas publicações que não podem trazer prejuízos, pois o fato já era reconhecido publicamente? Insistem Bezerra e Soares que se trata de direito individual, não possuindo relevância para a coletividade;
- como contemplar o direito ao esquecimento se a atividade jornalística contempla retrospectiva de fatos pretéritos? Sim, afirmam os autores, se for como direito à informação, positivo; mas se traduzir em denegrir a imagem do interessado, aplica-se o direito ao esquecimento (2016, p.127-130).

Com relação ao suposto antagonismo entre o público e o privado, não se deve confundir, segundo Bezerra e Soares (2016, p.131), o interesse público com o interesse do público, não podendo mais se conceber “estaque em público e privado, ou entre o direito de informação e de privacidade, devendo o intérprete autêntico sopesar os direitos em jogo no caso posto em julgamento. O poder judiciário deve produzir justiça em suas decisões, não subverter-se em leitor literal da lei para produzir decisões distantes de seus fins”.

Assim, público e privado vivenciam um hibridismo no espaço público de questões privadas. Decerto que o interesse do público não é igual o interesse público. Nesse sentido:

[...] A relação dialética entre autonomia privada e pública só se torna clara por meio da possibilidade institucionalização do status de um cidadão como este, democrático e dotado de competências para o estabelecimento do direito, e isso somente com o auxílio do direito coercitivo. No entanto, porque esse direito se direciona a pessoas que, sem direitos civis subjetivos, não podem assumir de forma alguma o status de pessoas juridicamente aptas, as autonomias privada e pública dos cidadãos pressupõem-se reciprocamente [...] (HABERMAS, 2002, p. 87).

A informação sempre interessa do ponto de vista coletivo, transitando entre os setores público e privado, muito semelhante à esfera social mencionada por Arendt, em total adequação onde se verifique interesse do indivíduo, o que deve ser feito caso a caso.

A consolidação do mundo moderno, portanto, é uma progressiva indistinção entre as esferas social e política, com a consequente “ascensão do lar” (oikia) ou das atividades econômicas ao domínio público. A esfera social é o “domínio curiosamente híbrido onde os interesses privados adquirem significação pública (ARENDRT,1958,p.35).

Analisar o direito ao esquecimento, sua aplicação ou não, com esta terminologia ou não, com restrições ou de forma ampla, não tem encontrado discussões pacificadas. Muitos pontos de vista, muitas formas de entender. Caso a caso, o judiciário tem se posicionado a respeito do tema.

#### 4.4 ANÁLISE DE JULGADO RECENTE ENVOLVENDO O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Merece destaque interessante julgado sobre direito ao esquecimento ocorrido no dia 11/01/2018 feito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.1024293-40.2016.8.26.0007<sup>51</sup>, cuja apelante foi Aline Cristina Tertuliano da Silva, ex-participante da 5ª. Edição do Big Brother Brasil.

Aline Silva foi eliminada da competição com 95% dos votos e, atualmente, trabalha como Carteira, constituiu família, possui uma filha. Narrou um matéria veiculada no site da

---

<sup>51</sup> Apelação Cível n 1024293-40-2016.8.26.0007. Ementa: Dano Moral – Direito à intimidade – Vida privada que deve ser resguardada – participante do programa “Big Brother Brasil-BBB”, edição de 2005, que em 2016 teria recusado o convite da Rede Globo, por meio de seu Departamento de Comunicação, para voltar a participar do Programa em sua versão atual e não autorizou qualquer divulgação de sua vida privada – Matéria divulgada relacionada a sua participação no Programa televisivo e sua atual vida pessoa e profissional – Autora que abdicou da sua vida pública, trabalha atualmente como carteira e se opôs a divulgação de fatos da vida privada, teve fotografia atuais reproduzidas sem autorização, extraídas de seu Facebook, sofrendo ofensa a sua autoestima, uma vez que a matéria não tinha interesse jornalístico atual, e não poderia ser divulgada sem autorização, caracterizando violação ao art. 5º, inciso V e X, da Constituição Federal e arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, uma vez que he desagrada a repercussão negativa de sua atuação no Reality Show, resultante da frustrada estratégia que engendrou, buscando alcançar a cobiçada premiação – Livre acesso às páginas do Facebook que não autoriza a livre reprodução de fotografias, por resguardo tanto do direito de imagem, quanto do direito autoral – Obrigação de retirar as matérias de seus respectivos sites, mediante o fornecimento pela autora das URLs – O compartilhamento de matérias e fotografias nada mais é do que uma forma de “publicação”, qualificando-se apenas pelo fato de que seu conteúdo, no todo ou em parte, é extraído de outra publicação já existente.- Quem compartilha também contribui para a disseminação de conteúdos pela rede social, devendo, portanto, responder pelos danos causados – Dano moral caracterizado – Responsabilidade solidária de quem publicou e compartilhou a matéria com exclusão da provedora de hospedagem, que responde apenas pela obrigação de fazer – Recurso provido em relação à Empresa Bahiana de Jornalismo, RBS – Zero Hora e Globo Comunicações e Participações e provido em parte no tocante à Universo On-line. (TJSP)

ego.globo.com, sem sua autorização, publicitando que “ganhou o apelidinho de ‘Alione X-9’ devido aos mexericos que fazia entre os grupos de Jean Willis e seu arquinimigo o doutor Gê”, registrando que eram “coisas do jogo” e que, após a saída do programa, “enfrentou problemas de rejeição nas ruas e teve até mesmo sua casa pichada em protesto”, que foi a participante “com maior índice de rejeição do programa” e, por conta da exposição na época, “ela decidiu mudar do Rio para São Paulo, onde mora há alguns anos e busca uma vida comum”.

Sustenta que se passaram 11 anos desde a participação no programa Big Brother Brasil, não tem qualquer vínculo com a Globo, e não autorizava qualquer publicação de qualquer matéria ou qualquer assunto sobre sua vida.

O acórdão pontua que a pessoa pública tem direito à preservação de sua vida privada e muito mais aquela que abandonou, a exposição pública e a notoriedade, não se evidenciando o interesse jornalístico atual na divulgação de fatos passados e presentes da autora, que, conforme afirmou, causou danos no âmbito familiar, pessoal e profissional.

O voto vencedor registrou o julgamento da ADPF n.130, do Supremo Tribunal Federal, que declarou como não recepcionado, pela CF de 1988, todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal n.5.250, de 9 de fevereiro de 1967:

A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas: ou seja, antes de tudo, prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras (ADPF 130, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30/04/2009).

Reafirma o acórdão que a liberdade da divulgação de notícias baseia-se no interesse público na obtenção da informação, sem configurar dano moral. Contudo, no caso de Aline, não se vislumbrou que atualmente fosse *pessoa pública*, que se configura na pessoa que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou que exerça cargos públicos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado, ainda que para entretenimento e

lazer, não se tratando nem de pessoa notória, hipóteses que poderiam sofrer restrições e limitações no resguardo da vida privada.

O acórdão reconhece a noção de privacidade como direito fundamental autônomo e, ato contínuo, se o artigo 5º, inciso X resguarda a inviolabilidade da intimidade, essa proteção se estende a todos os níveis de relacionamento da pessoa humana com o mundo exterior, seja de natureza pessoal, familiar ou de trabalho, bem como em relação a sua vida privada e interior.

O acórdão reconhece que Aline opôs-se à divulgação de fatos da vida privada e teve fotografias atuais reproduzidas sem autorização, extraídas de seu Facebook, sofrendo ofensa à sua autoestima, uma vez que a matéria não tinha interesse jornalístico atual, e não poderia ser divulgada sem autorização, caracterizando violação ao art. 5º, V e X da CR/88, e arts 186, 187, 927 do CC, uma vez que lhe desagrada a repercussão negativa da sua atuação no Reality Show, resultadno da frustrada estratégia que engendrou buscando alcançar a cobiçada premiação.

Assim, determinou que as corrés retirassem as matérias de seus respectivos sites mediante o fornecimento pela autora da URLs, no prazo de 05 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 até o limite de R\$ 20.000,00.

A mída divulgou esse acórdão recentemente como sendo direito ao esquecimento. Mas, na verdade, trata-se de direito ao apagamento (*right to be erusare*) correspondente ao apagamento de informações disponíveis na internet, mas o próprio acórdão não se refere a direito ao esquecimento em momento algum.

No entanto, diante do apagamento de dados de Aline para que o passado público não viesse à tona e trouxesse transtornos de ordem psíquica e moral, o Tribunal de Justiça de São Paulo deixa subentendido que se relacionaria o apagamento com o direito ao esquecimento, pelo teor das fundamentações.

Isto somente confirma toda a celeuma em torno de tal instituto, a atribuição equivocada e a necessidade de se estipular as formas plúrimas que poderiam ser adotadas, pontuando os casos relativos ao direito digital.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informação é um direito de todos. A liberdade de expressão deve ser sempre privilegiada, mas não de maneira absoluta. A privacidade é um limite necessário a ser protegido e respeitado. Qualquer pessoa que tenha se envolvido em acontecimento público, poderá, com o decorrer do tempo, pleitear o esquecimento da lembrança daquele fato.

O direito ao esquecimento surge como uma forma de tutela da privacidade, sendo-lhe conexo. Na tensão entre privacidade e informação, ou privacidade versus liberdade de expressão, o que deve ser observado é a tutela da vida privada, em consonância com a cláusula que melhor atenda à dignidade humana, conforme conclui o acórdão do STJ relativo à aquiescência quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento.

Outra certeza é o fato de que o direito ao esquecimento tem que ser analisado sempre em concreto e nunca em abstrato. Há dúvida de que o direito ao esquecimento seja um direito autônomo da personalidade ou não. Não é um direito autônomo da personalidade: é um direito instrumental para a concretização de outros direitos (o direito à identidade pessoal, o direito à reputação, o direito à privacidade).

A dificuldade de se aplicar o direito ao esquecimento em uma forma unívoca é justamente pela necessidade de se verificar, caso a caso, as questões pertinentes. Conforme colacionado, há casos em que o interesse público é tão relevante que não pode haver nada a ser esquecido, ainda que traga constrangimento para os envolvidos direta ou indiretamente.

Ainda que doutrinariamente o direito ao esquecimento seja considerado legítimo na sua primeira geração apenas, ou seja, antes do advento da *internet*, e isto fica bem claro no acórdão do STJ que reconhece o direito ao esquecimento. No sentido de referir-se apenas a direito ao esquecimento fora do contexto da *internet*, relativo apenas à mídia televisiva, o termo tem ganhado não somente no Brasil, mas na Europa, uma conotação diversificada, carecendo de posicionamento legal quanto a isto.

Há compreensão errônea sobre o que seria direito ao esquecimento digital, desindexação e apagamento, necessitando de pontuações a respeito, pois nem sempre o apagamento ou a desindexação serão direitos ao esquecimento.

Público e privado não são necessariamente antagônicos, ganhando uma nova tônica em decorrência da nova forma de relacionamento com a internet: sites de compras, amizades e ampla divulgação de dados pessoais.

Com relação à memória, o direito ao esquecimento não representa ameaça à construção fática do ocorrido do passado, pois as questões que tenham interesse público são norteadores para sua concessão ou não.

Com relação à liberdade de imprensa, amplo é o direito à informação, mas não de forma absoluta, relativando essa amplitude de informação quando se verifica em jogo a pessoa humana e sua intimidade.

A técnica de ponderação de princípios não coloca obstáculos para a imediata aplicação do direito ao esquecimento quando em conflito com outros princípios.

O direito ao esquecimento pode ser aplicado na internet, devendo a antinomia ser resolvida caso a caso, não cabendo uma fórmula.

Não existe decurso de tempo que crie um prazo prescricional para o direito à informação, acarretando o nascimento do direito de esquecer.

Ficou ressaltado no acórdão que a aplicabilidade do direito ao esquecimento nem sempre gerará direito indenizatório, pois mesmo que presente a ilicitude pode não existir o dano moral. E foi o caso objeto da análise, o qual, passados cinquenta anos do fato, embora presente o desconforto, a lembrança do fato por si não gera o direito à compensação por danos morais, haja vista a diminuição da dor diante do lapso temporal.

O direito ao esquecimento vai se permeando pela matéria. É necessário que se verifique a legislação existente para que não seja necessário recorrer ao instituto, relegando a própria fonte do direito positivo que já gerou a proteção pretendida.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ARENDDT, Hannah. Public rights and private interests. In: Money; Stuber (Orgs.). *Small comforts for hard times: humanists on public policy*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1977.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e história da cultura*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BENTIVOGLIO, Júlio César. Os pontos cegos da história: a produção e o direito ao esquecimento no Brasil – Breves notas para uma discussão. *OP SIS*, Catalão, Goiás, v.14, n.2, p. 378-395, jul./dez., 2014.

BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Nigri. (In)Aplicabilidade do direito ao esquecimento no ambiente internético e a colisão de direitos fundamentais constitucionais: liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana. *CONPEDI*, Brasília, jul., 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*. Florianópolis, Fundação Boiteux, n. 57, p. 131, dez., 2008.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Senado Federal. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078/90. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília. Senado Federal. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105/15. *Código de Processo Civil*. Brasília. Senado Federal. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. *Lei da Anistia*. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Brasília. Senado Federal. 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm). Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Senado Federal. 1942. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097-RJ (2012/0144910-7)*. Recorrente: Globo Comunicação e Participações S. A. Recorrido: Jurandir Gomes de França.

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acórdão-stj.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153-RJ (2011/0057428-0)*. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S.A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acórdão-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com agravo no. 833248*. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5320711>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1.790*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg n. 90*. Rel. Min. Ellen Grace. Plenário. Julgamento em 18/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resp 1.348.532- SP. Ministro Luis Felipe Salomão*. Julgamento em 10/10/2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilista.com*, n.3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEMIN PIRES, Mixilini; SOBRADO DE FREITAS, Riva. *O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana.* p. 157-172, fev., 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/3994>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CICCO, Maria Cristina de. Existe um direito ao esquecimento? Como deve ser entendido e aplicado? *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais*. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do direito a ser esquecido. *Revista Argumentum*, Marília, v. 18, n.1, p.17-41, jan./abr., 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/339>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. DOTTI, René Ariel. *O direito ao esquecimento e a proteção do “habeas data”*. São Paulo: RT, 1998.

FERREIRA NETO, Arthur. O direito ao esquecimento na Alemanha e no Brasil. *Revista Volex*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.115-157, mar./abr., 2016.

FESTAS, David Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – Contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

FIUZA, César. Direitos da personalidade: esboço da teoria geral. In: FIUZA, César (Org.) *Autonomia privada: direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

FRIEDMAN, Sandra de Castro. *Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital*. Dissertação (Mestrado). 158 f. Faculdade de Ciências da Computação. Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

GAGNEBIM, Jeanne Marie. *Lembrar esquecer escrever*. São Paulo: Ed 34, 2006.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GODOY, Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade. *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais*. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36886](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36886)>. Acesso em: 19 out 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Daniele Spencer. *Direito à privacidade: uma análise sob a ótica da nova sociedade de informação*. Dissertação (Mestrado). 169 f. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

KIM, Richard Pae. A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil. *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais*. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”*. Trad. de Wanda Nogueira Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2014.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

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

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete – the virtue of forgetting in the Digital Age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETTO, José Carlos Costa. A proteção dos dados pessoais e o direito ao esquecimento no Brasil. *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais*. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36885](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36885)>. Acesso em: 17 out. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

Omicídio di Milena Sutter. Disponível em: <[https://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio\\_di\\_Milena\\_Sutter](https://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio_di_Milena_Sutter)>. Acesso em: 18 jan. 2017.

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

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

PILATI, José Isaac. *Propriedade & função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail V. Cancelier. Direito a privacidade: uma nova perspectiva. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, jan./abr., 2014.

PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail V. Cancelier. Privacidade, pós-modernidade jurídica e governança digital: o exemplo do marco civil a internet na direção de um novo direito. Joaçaba, v.18, n.1, p. 65-82, jan./abr., 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v18i1.7252>> Acesso em: 12 jan. 2018.

PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento* Tese (Doutorado). 287 f. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. 2016.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martinsfontes, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZENDE, Renato Horta; FREITAS, Sérgio Zandona de. Não foi esquecimento, o legislador está certo! Inaplicabilidade de multa processual em caso de ausência injustificada na audiência de mediação. *Revista Thesis Juris*. São Paulo, v. 6, n.3, p.466-483, set./dez., 2017.

RICOUER, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Trad. Alain François. Campinas: Editora da UNICAMP, 2007.

RÍOS, Aníbal Sierralta. A revolução tecnológica dos meios de comunicação e os desafios do direito e da democracia. *Meritum*. Belo Horizonte, v. 7, n.1, p. 305-353, jan./jun., 2012.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Liden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados frente a medidas de segurança e intervenção estatal. *Revista NEJ – Eletrônica*. v. 15, n. 2, p. 280, mai./ago., 2010.

SALOMÃO, Luis Felipe. O direito a privacidade e o direito ao esquecimento à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. *Democracia e Privacidade – Problemas Atuais*. Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id\\_t=36884](http://www.nucleomedia.com.br/novo/mediacenter/evento.asp?id_t=36884)>. Acesso em: 16 out. 2017.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

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

STEIBEL, Fabro. O portal da consulta pública do marco civil da internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p.18-28.

STEINER, Renata. Breves notas sobre o direito ao esquecimento. In: PIANOVSKI, Carlos Eduardo et al. (Orgs.) *Direito Civil Constitucional – a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SOUSA, Arnaldo Vieira. Lei da Anistia: o direito entre memória e esquecimento. *Cadernos UNDB*, São Luís, v. 4, jan/dez., 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46/CE*. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em: 28 dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>. Acesso em: 28 dez. 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v.4, n.5, p.193-220, dez., 1890. Disponível em:

<<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>> Acesso em: 16 out. 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v 3, p.8-27, jan./mar., 2015. Disponível em:

<<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume3/02---rbdcivil-volume-3---o-surgimento-e-o-desenvolvimento-do-right-of-privacy-nos-estados-unidos.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.