

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Andressa de Bittencourt Siqueira

Mestre (com bolsa CAPES/PROEX integral) no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF/CNPq)

Filiação: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Advogada

e-mail: andressadebittencourt@gmail.com

Recebido em: 30/07/2019

Aprovado em: 21/07/2020

RESUMO

Tendo como premissa que a personalidade se adequa às novas formas de seu exercício no evoluir dos tempos, emerge a questão do direito ao esquecimento, não raro atrelada ao desenvolvimento das tecnologias. Nesse panorama, surge o seguinte problema de pesquisa: de que forma o então chamado direito ao esquecimento traça seus contornos na sociedade atual, com pano de fundo na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiros? Para analisar o problema, parte-se do método de abordagem dedutivo para que o aqui exposto possa ser aplicado em casos concretos, enquanto que o método de interpretação se centra no sistemático-teleológico, porquanto considera-se o ordenamento jurídico como um conjunto de normas organizadas a satisfazer determinados fins. Como técnica de pesquisa, analisa-se o corpo doutrinário, brasileiro e estrangeiro, bem como o arcabouço legislativo, além dos preceitos constitucionais e da jurisprudência brasileira, sem excluir-se da apreciação outras decisões, a fim de ilustrar-se melhor o problema. Por fim, aponta-se que o direito ao esquecimento está centrado dentro dos direitos da personalidade, como uma das mais variadas formas as quais esta possa ser concretizada, resultando e emergindo a partir da colisão da proteção da personalidade com a liberdade de expressão. Não se trata, portanto, de um novo direito, mas, sim, de uma nova maneira de resguardar a personalidade de um indivíduo.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Liberdade de expressão. Colisão entre direitos fundamentais.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AS REALIZATION OF THE PERSONALITY RIGHTS IN FACE OF FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

Based on the premise that the personality adapts to the new ways of its exercise in the evolution of times, the matter of the right to be forgotten emerges, often linked to the development of technologies. In this panorama, the following research problem arises: how does the so-called right to be forgotten trace its contours today, with a background in Brazilian society and its legal system? To analyze the problem, we use a deductive approach so that the explanation set out here can be applied in specific cases, while the interpretation method is systematic-

teleological, since the legal system is considered to be a set of organized rules to achieve certain purposes. As a research technique, we analyze the Brazilian and foreign doctrinal body, as well as the legislative framework, in addition to the Brazilian constitutional precepts and jurisprudence, without excluding other decisions from the analysis, in order to better illustrate the problem. Finally, it is pointed out that the right to be forgotten is centered within the personality rights, as one of the most varied forms in which those can be realized, resulting and emerging from the collision between the protection of the personality and the freedom of expression. It is not, therefore, a new right, but a new way of protecting the personality of an individual.

Keywords: Personality rights. Freedom of expression. Collision between fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o desenvolvimento da sociedade informacional em rede viabilizou novas formas de concretização dos direitos, em especial os direitos da personalidade. Com efeito, a evolução tecnológica permitiu, também, a perpetuação da informação, ou seja, a possibilidade de multiplicação, replicação e compartilhamento de determinada informação na internet faz com que, mesmo que seja apagada ou retificada, jamais retorne-se ao estado anterior.

Em função de tal incremento, ganhou força o então chamado direito ao esquecimento, o qual envolve a possibilidade de impedir-se que determinada informação sobre um fato ou sobre alguém ingresse no fluxo informacional, seja no contexto digital ou para além dele. Logo, de antemão, ressalta-se que o direito ao esquecimento, mesmo que vinculado ao desenvolvimento das tecnologias comunicacionais e informacionais, não está a elas unicamente vinculado. O problema da presente pesquisa, em vista disso, consiste em analisar de que forma o então chamado direito ao esquecimento traça seus contornos na sociedade atual, com pano de fundo na sociedade brasileira, cujo ordenamento jurídico, vale dizer, não dispõe de lei específica para a sua regulação.

Nesse prisma, num primeiro momento, conduz-se uma análise sobre os direitos da personalidade, do qual decorre o “novo” direito ao esquecimento, para que, na sequência seja possível realizar aportes pormenorizados, ainda que em apertada síntese, sobre esse referido direito. Em um segundo momento da exposição, por sua vez, realiza-se um estudo sobre as colisões entre direitos fundamentais – *in casu*, a liberdade de expressão contrastada com os direitos da personalidade – a fim de que seja possível evidenciar o modo por meio do qual o direito ao esquecimento, ao fim e ao cabo, visa à concretização dos direitos da personalidade.

Para tanto, parte-se de uma abordagem dedutiva para que o aqui exposto possa ser aplicado a casos concretos, enquanto que o método de interpretação se centra no sistemático-teleológico, porquanto considera-se o ordenamento jurídico como um conjunto de normas

organizadas a satisfazer determinados fins. Como técnica de pesquisa, analisa-se o corpo doutrinário, brasileiro e estrangeiro, bem como o arcabouço legislativo – do qual destacam-se o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), o Código Processual Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), e o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/1990) –, além dos preceitos constitucionais e da jurisprudência brasileira, por sua vez, centrada em análise de julgados paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça – Caso Xuxa (REsp 1316921, de 2012); Caso Chacina da Candelária (REsp 133497, de 2013); Caso Aída Curi (REsp 1335153, de 2013); Caso dos crimes na ditadura militar (REsp 1434498, de 2015); Caso de fato desabonador (não comprovado) ligado à integridade de servidora pública (REsp 1660168, de 2018) –, para além do reconhecimento de repercussão geral no STF (ARE 833248, de 2015), no caso Aída Curi, fazendo aportes, no seja possível, ao Caso Costeja, paradigmático no contexto do Tribunal de Justiça da União Europeia (Proc. C-131/12, 2014), sem excluir-se da apreciação outras decisões a fim de ilustrar-se melhor o problema.

Espera-se, nessa quadra, que a presente pesquisa possa, ao seu modo, fornecer meios para o desenvolvimento de novas pesquisas sobre o direito ao esquecimento, e, não é de forma alguma, o objetivo da presente exposição o esgotamento da temática.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Antes de perquirir-se, com afinco, os pormenores do direito ao esquecimento, é necessário traçar as noções básicas acerca dos direitos da personalidade a fim de melhor situá-lo nesse abrangente panorama.

2.1 Os direitos da personalidade: origens, conceito e elementos

Sob uma perspectiva histórica, o avanço dos estudos sobre os direitos da personalidade pode ser melhor analisado, a partir da segunda metade do século XIX, em que juristas franceses e alemães – os quais, aliás, cunharam a expressão – reconheceram a existência de direitos intrínsecos à natureza humana, atrelados à tutela pública (*e.g.* condenação criminal) desses direitos (FRANÇA, 2011, p. 654), os quais não estariam à disposição do seu titular (SCHREIBER, 2013, p. 4-5). Por isso, pelo menos em um primeiro momento, esses direitos eram chamados de liberdades públicas em um contexto de relações entre cidadão e o ente estatal (BITTAR, 2003, p. 03). No entanto, a tutela pública dos direitos da personalidade não

conseguiu subsistir em razão de que uma vez aplicados nesse âmbito, terão atuação restrita, já que determinados aspectos podem apenas ser aplicados com a tutela do direito privado (FRANÇA, 2011, p. 655).

Nesse passo, ressalta-se que os estudos desenvolvidos por Samuel Warren e Louis Brandeis, ainda que automaticamente associado exclusivamente ao direito à privacidade, em verdade, elaboram uma compreensão *lato sensu* dos direitos da personalidade (PROSSER, 1960, p. 389). Dito em outras palavras, o *right to privacy* norte-americano refere-se aos direitos da personalidade em seu sentido amplo, englobando aspectos de desenvolvimento espiritual, sentimental, e intelectual do indivíduo com o escopo de delimitar um direito a aproveitar a vida (*right to enjoy life*) (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193), aproximando-se, assim, de um direito uno da personalidade.

Cabe sublinhar, nessa senda, as duas principais correntes doutrinárias acerca dos direitos da personalidade. A primeira corrente – majoritária – defende a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade (*e.g.* direito ao nome, direito à imagem, direito à privacidade, direito à intimidade, direito à honra). Por sua vez, a segunda corrente – minoritária – aponta apenas um direito da personalidade: “único, variável e analítico” (COSTA JÚNIOR, 1970, p. 52-54). Aqueles que defendem um direito da personalidade uno assim o fazem porque, segundo eles, a teoria pluralista abre margem para a criação infinita de direitos, ensejando uma proliferação exacerbada (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 318, 327, 328). A tese pluralista, por sua vez, rebate tal contraponto ao pontuar que não deixa de identificar um elemento comum entre os direitos da personalidade, do mesmo modo em que aceita que a personalidade se desenvolve a partir de maneiras as quais são identificadas e traduzidas na pluralidade destes, que são dotados de “um certo *status* jurídico autônomo” (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 320), além do fato que a identificação de tais diferenças entre um e outro direito facilita a discussão sobre a melhor forma de protegê-los¹.

Em termos conceituais, BITTAR define os direitos da personalidade como “ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral” (2003, p. 05). Atributo este reforçado por SCHREIBER, a partir do qual “os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana” (2013, p. 13). Dito de outro modo, os direitos da personalidade constituem-se em prerrogativas essenciais e imprescindíveis para que o indivíduo possa desenvolver-se no ambiente em que vive, desde o seu nascimento (FARIAS, 1996, p. 106-107). FRANÇA, nesse andar, identifica três vertentes principais nos direitos da

¹ Segundo ANDRADE, o “sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro apresenta-se como *numerus apertus* e não *numerus clausus*” (2013, p. 86).

personalidade: (i) físicos (direito à vida, direito ao corpo vivo, direito ao corpo morto), (ii) intelectuais (liberdade de pensamento, de autor, de inventor, de esportista, de esportista em espetáculo público), e (iii) morais (civil, política e religiosa, honra, recato, intimidade, imagem, estética, segredo, identidade sexual, nome, pseudônimo, etc.), em que os direitos não estão atrelados unicamente a um desses grupos, podendo estar relacionado em mais de um deles (2011, p. 660). O direito ao esquecimento, convém notar, emerge dentre os direitos da personalidade, por ser uma prerrogativa pessoal necessária para a convivência em sociedade. Diretamente correlato aos direitos morais de personalidade, sem impedir a sua conexão com os físicos e intelectuais, o referido direito possui fulcro na tese pluralista, abordada alhures, em razão de pertencer às novas formas de a personalidade desenvolver-se no contexto atual, primordialmente tecnológico.

Por sob tudo isso, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a proteção constitucional da personalidade, ao definir, no inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e no inciso X, ambos do art. 5º, da Constituição brasileira, como “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Além disso, legislação brasileira, no Código Civil, reconhece a tutela da personalidade (arts. 11-21)², assim como o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), em diversas disposições, mas marcadamente no art. 2º, inciso II, como fundamento no uso da internet no Brasil. Vale ressaltar, enfim, que a tutela geral e constitucional da personalidade se dá por meio do reconhecimento do direito fundamental implícito à Constituição da livre personalidade do indivíduo (ANDRADE, 2013, p. 85; SARLET; FERREIRA NETO, 2019).

Os direitos da personalidade, em face de tais constatações, cumprem um papel de “verdadeiras muralhas” (BITTAR, 2003, p. 65), as quais obstam a mera curiosidade e interesse de terceiros, evidenciando o seu albergue ao então denominado direito ao esquecimento. Com efeito, o amplo acesso a dispositivos móveis, em que pese a ele não apenas atrelado, permitiu o desenvolvimento com o afincamento de novas formas de concretizar os direitos da personalidade como o direito à proteção de dados pessoais, à autodeterminação informativa, e ao direito ao esquecimento – presente objeto de estudo.

2.2 O direito ao esquecimento: origens, conceito e elementos

² Destaca-se o art. 12, CC, segundo o qual “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Há uma variada gama de termos correlatos ao direito ao esquecimento: direito de exclusão, direito de se reinventar (SARLET, 2018, p. 98), direito de oposição, direito de cancelamento, e, especificamente no âmbito digital, direito de desindexação (SARLET; FERREIRA NETO, 2019) e direito ao apagamento (ROCHFELD, 2016). Em uma dimensão conceitual ampla, direito ao esquecimento consiste em no

direito de um indivíduo de apagar, limitar, ou alterar registros passados que possam induzir a erro, sejam redundantes, anacronistas, vergonhosos, ou que contenham dados irrelevantes associados com a pessoa, possivelmente pelo nome, para que então esses registros passados não continuem a impedir presentes percepções sobre indivíduo (Traduziu-se. KELLY; SATOLA, 2017, p. 2).

No entanto, percebe-se a incapacidade do termo “direito ao esquecimento” retratar com acuracidade o âmbito de alcance do referido direito. Primeiramente, ressalta-se o paradoxo terminológico, porquanto na medida em que se tenta esquecer de determinados fatos, como diz a própria expressão, acaba-se por lembrar destes, criando-se uma contradição entre tempo e memória (FERREIRA NETO, 2016, p. 319-320). Nada obstante, o termo também implica em um esquecimento da história *per se* (SCHREIBER, 2017), ou seja, ainda que determinado indivíduo possua a prerrogativa de evitar-se que sejam veiculados fatos traumáticos, desagradáveis, vexatórios ou desabonadores (FERREIRA NETO, 2016, p. 291), deve-se ter o devido cuidado para que esses fatos não coincidam com a memória histórica pública. No REsp. n. 1.434.498/SP, exemplificativamente, julgado pela terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2015, a relatoria chegou a suscitar a possibilidade de conferir o direito ao esquecimento a um dos torturadores, atuante na ditadura militar brasileira (*in casu*, coronel Ustra), de 1964 a 1985³. No entanto, acertadamente, tal posição não se sustentou. Os demais membros da Turma reforçaram que não há direito ao esquecimento a ser conferido a integrantes de momentos históricos, os quais precisam ser lembrados para que não se repitam⁴. Dito de outro modo, não se pode impedir o acesso à informação pública dos cidadãos – como o é o caso da ditadura militar no Brasil, demarcada por graves violações de direitos humanos – a fatos históricos, uma vez que não se detém o controle de fatos pretéritos para que seja proposto um revisionismo *orwelliano*⁵, maculando-se a memória coletiva.

³ Em 2008, o coronel Ustra foi o primeiro torturador da ditadura militar reconhecido de tal modo pelo Poder Judiciário brasileiro, por decisão de primeira instância do, à época, juiz Gustavo Santini Teodoro, da 23ª Vara Cível de São Paulo.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 1.434.498/SP, 3. Turma, Min. rel. Nancy Andrichi, rel. para o acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05.02.2015.

⁵ Lembra-se, nesse ponto, da obra “1984”, de autoria de George Orwell, que retrata uma sociedade distópica, em que figura um Estado ultravigilante e controlador da vida dos indivíduos, o qual não só controlava a linguagem, como também, através do “Ministério da Verdade” reescrevia constantemente a história a fim de definir o que era verdade e o que era mentira.

Nessa linha de apreciação, surgem as três dimensões sobre o direito ao esquecimento. A primeira dimensão emerge com o julgamento do Caso Lebach I e II⁶, em 1973 e em 1999, na Alemanha, e do Caso Rachel⁷, na França, julgado pelo Tribunal de Sena em 1858 (SAMPAIO, 2018, p. 581). A segunda, por sua vez, é demarcada pela edição da Diretiva Europeia 95/46/CE (com foco no art. 6º, § 1º, letra “e”) para a proteção de dados pessoais, em 1995, pelo reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental, no âmbito europeu, por meio do art. 8.2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). A terceira dimensão, a seu turno, é balizada pelo advento da Web 2.0 e da metainformação (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 172-174; SAMPAIO, 2018, p. 583), representada pelo Caso Costeja⁸, em 2014, em que o desenvolvimento da personalidade passa a figurar com mais afinco nas mídias sociais online, em que o fluxo informacional começa a ser construído pelos próprios usuários (AGRAIN, 2014).

A partir disso, traduz-se que o então chamado direito ao esquecimento pode ser observado de duas perspectivas: a situada no âmbito digital e para além dele. No meio digital, dotado de características atemporais e “aespaciais” (RUARO; MACHADO, 2017, p. 205), inclusive, fala-se a um direito à desindexação, que corresponde à autodeterminação de dados pessoais a fim de que sejam apontadas quais informações pessoais o usuário queira (ou não) que sejam disponibilizadas *online* (EUROPEAN UNION, 2014, p. 2), evidenciando, assim, um forte vínculo do direito ao esquecimento com a proteção de dados pessoais em âmbito digital (RUARO; MACHADO, 2017, p. 229; SARMENTO, 2016, p. 191).

No entanto, não há que ser feita a diferenciação entre desindexação – que consiste em retirar da lista de resultados de motores de busca – e direito ao esquecimento, já que a primeira

⁶ No caso Lebach I, julgado em 1973 (35 *BVerfGE* 202), julgou-se procedente o pedido de um dos condenados (o de menor pena, seis anos de reclusão), enquanto que os dois outros estavam à época cumprindo pena de prisão perpétua, para que não fosse televisionado o crime pelos quais os três foram sentenciados: o assassinato, em 1969, de três soldados alemães, deixando um quarto gravemente ferido. A *ratio decidendi* para a prevalência da proteção da personalidade dos indivíduos foi a ressocialização do terceiro condenado – uma vez que já havia cumprido a pena e os fatos seriam noticiados quando da sua saída do complexo prisional –, além da falta de interesse público no caso, porquanto o crime já estava solucionado e julgado há anos. Nada obstante, outra emissora de televisão indicou interesse em veicular os fatos criminosos, em 1999, tendo, no caso Lebach II (1 *BVerfGE* 348/98), julgado-se o improcedente o “direito ao esquecimento” dos três criminosos, uma vez que não havia elementos, nesse segundo vídeo, que pudessem identificar os autores do crime.

⁷ O Caso Rachel é, não raro, atrelado às raízes da proteção do direito à imagem. No leito de morte da atriz francesa Elisa Félix, popularmente conhecida como Rachel, foram feitas fotografias, que deveriam pertencer à família. No entanto, uma pintora conseguiu acesso às fotos para que fosse feita uma pintura da atriz, com base nas fotos realizadas no leito de morte. A decisão interpôs a necessidade de autorização da família para que fosse reproduzido ou publicado o retrato de Rachel.

⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se sobre a matéria no caso *Mario Costeja González e Agencia Española de Protección de Datos v. Google Spain*, julgado em maio de 2014. Apesar de não ter usado a expressão “direito ao esquecimento”, definiu-se que o Google possui a responsabilidade de remover dos resultados da pesquisa determinada informação pessoal de alguém, uma vez feito o requerimento. Consequentemente, remove-se o conteúdo da pesquisa, mas permanece o acesso ao site que hospeda a informação livremente, desde que se tenha o localizador (URL) do website.

se encontra situada dentro do segundo (RUARO; MACHADO, 2017, p. 207, 225). No entanto, conforme já pontuada a problemática terminológica do “esquecimento”, pretende-se, ao fim e ao cabo, no âmbito digital, apenas uma menor visibilidade⁹ (ROCHFELD, 2016) ou uma forma diferente de chegar-se a determinada informação, porquanto o esquecimento total mostra-se inviabilizado. Aliás, ainda que pelo menos no âmbito europeu seja possível desindexar informações pessoais nos mecanismos de busca, tais dados permanecem acessíveis nas demais versões do Google – global, brasileira, norte-americana, australiana, etc. (ROCHFELD, 2016).

Feitas tais considerações, há de se estabelecer dois marcos para o tratamento do direito ao esquecimento digital, no Brasil. Até 2014, para a solução dos casos aplicava-se o Código de Defesa do Consumidor, primordialmente o art. 14, segundo o qual o provedor de serviços responde objetivamente por eventuais defeitos ou vícios na sua prestação. Exemplificativamente, em 2012, o Caso *Xuxa*¹⁰ foi julgado pela terceira Turma do STJ, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em que se julgou a impossibilidade de o provedor de buscas Google remover por meio de pedido genérico, sem elementos para o provedor identificar o conteúdo, os resultados da pesquisa “xuxa pedófila” e de imagens da ex-apresentadora infantil nua, em razão de o provedor não ter o dever de vigilância desses conteúdos. Aliás, de acordo com a decisão, os provedores de busca não possuem nenhum tipo de controle do que é publicado nas plataformas, tendo em vista que elaboram apenas a criação de listas de resultados de pesquisa, por meio de algoritmos, para melhor facilitar o encontro de determinada informação na rede, não se aplicando aqui o art. 14 do CDC.

Na sequência, em 2014, é promulgado o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que abre um *safe-harbour* aos provedores de aplicação (GONÇALVES, 2016, p. 103), pelo art. 19, a fim de que estes sejam responsabilizados civilmente apenas após notificação judicial, ressalvadas as hipóteses de violação de direitos autorais e de veiculação não consentida de imagens íntimas, cujas possibilidades se submetem ao sistema de *notice and take down* (responsabilização contada a partir notificação do usuário em caso de não atendimento à solicitação de retirada do conteúdo).

Ilustrativamente, sob a égide do Marco Civil da Internet No Brasil, a terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2018, no REsp 1660168/RJ¹¹, julgou procedente o pedido de integrante de Ministério Público estadual para que fosse estabelecido, pelo Google, pelo Yahoo

⁹ Vide Caso Costeja (2014).

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1316921/RJ, 3. Turma, Min. rel. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, DJe 29.06.2012 (Caso Xuxa).

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1660168/RJ, 3. Turma, Min. rel. Nancy Andrighi, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08.05.2018, DJe 05.06.2018 (Caso de fato desabonador (não comprovado) ligado à integridade de servidora pública).

e pelo Bing (Microsoft), um filtro de palavras-chave para que o nome da então requerente não fosse mais associado a uma fraude não comprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em concurso público para magistratura. Na *ratio decidendi* do caso, o STJ apontou a prevalência dos direitos da personalidade da autora, porquanto não se mostra razoável a veiculação de fatos antigos, os quais nem foram comprovados, e que possam acarretar em consequências negativas no presente de uma pessoa que já ocupa cargo jurídico, afetando a sua integridade enquanto profissional (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 157). Nessa esteira, “inexiste uma nova divulgação do evento; o que ocorre é um tratamento de dados realizado pelos buscadores da internet, os quais remetem o usuário a uma notícia antiga” (RUARO; MACHADO, 2017, p. 226).

Não se limitando ao âmbito digital, podendo ser aplicado para além dele, destacam-se as disposições já mencionadas do Código Civil acerca dos direitos da personalidade¹², além dos arts. 93 do Código Penal¹³, do 135 do Código Penal Militar¹⁴, do 748 do Código Processual Penal¹⁵, e do 202 da Lei de Execuções penais¹⁶, além do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), cujo art. 143 determina como defesa “a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”.

Tecidas tais considerações, cabe curiosamente observar os casos Chacina da Candelária¹⁷ e Aída Curi¹⁸, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça pela mesma Turma e na mesma ocasião, mas que, interessantemente, possuem resultados diametralmente opostos. No primeiro caso, em que foi deferido o direito ao esquecimento para indivíduo processado, julgado e absolvido por envolvimento no crime da “Chacina da Candelária”, ocorrido no inverno de 1993, em que crianças e jovens em situação de rua foram brutalmente assassinados nas imediações da igreja da Candelária (SARLET; FERREIRA NETO, 2019). Com efeito, uma

¹² Destaca-se, agora, o parágrafo único do art. 12/CC, segundo o qual “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

¹³ “Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação” (Código Penal).

¹⁴ “Art. 135. Declarada a reabilitação, serão cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais” (Código Penal Militar).

¹⁵ “Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal” (Código Processual Penal).

¹⁶ “Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei” (Lei de Execuções penais).

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 1.334.097/RJ, 4. Turma, Min. rel. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013 (Caso Chacina da Candelária).

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 1.335.153, 4. Turma, Min. rel. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013 (Caso Aída Curi).

emissora brasileira foi proibida de televisionar o caso uma vez que identificava a autoria do crime, de forma clara e expressiva, apontando um dos envolvidos no crime aquele foi absolvido. Ainda assim, *obter dictum*, determinou-se na decisão que não cabe a perfectibilização do direito ao esquecimento frente a fatos históricos importantes para a memória coletiva.

Em rumo oposto, no julgamento do caso Aída Curi, foi considerado improcedente o pedido dos irmãos de Aída, cruelmente estuprada e assassinada, em 1958, em Copacabana, para que não fosse narrado o caso, agora nos anos 2000 em mídia televisiva, sob os argumentos de que é “impossível falar do caso Aída Curi sem Aída Curi”. Nesse ponto, não obstante, a terceira turma do STJ possa ter cometido equívocos na sua decisão, porquanto confere o direito a autores de crimes mas não o confere às vítimas, ensejando em um disparate, uma vez que tanto a vítima como seus familiares (RUARO; MACHADO, 2017, p. 224) possuem o direito de não serem lembrados sobre fatos dolorosos que envolvam a morte de um ente querido (SAMPAIO, 2018, p. 583). Por essa razão, o caso Aída Curi foi reconhecido em sede de Repercussão Geral para que sejam perquiridas as bases constitucionais do “conflito entre dignidade e direitos de personalidade e a liberdade de expressão e de informação”¹⁹ no que tange ao seu direito de ser esquecida.

Em análise tripartite e dialética, são trazidas as três vertentes do direito ao esquecimento: (i) a pró-informação; (ii) a pró-esquecimento; e a (iii) a posição intermediária. A primeira preconiza que o fluxo informacional terá prevalência absoluta sobre os direitos da personalidade, caso entrem em conflito, enquanto que a segunda impõe a prevalência dos direitos da personalidade em detrimento do interesse público informacional. Como uma síntese, da tese e antítese apresentadas, surge a posição intermediária que perfaz a necessidade da ponderação entre os dois direitos, os quais se apresentam como fundamentais (SCHREIBER, 2017). Em outros termos, o direito fundamental à informação e à liberdade de expressão entra em rota de colisão com o interesse privado, representado, aqui, pelo direito ao esquecimento (RUARO; MACHADO, 2017, p. 207).

Feitas tais considerações, evidencia-se a imprecisão do termo “direito ao esquecimento” ao passo que não se objetiva ao esquecimento de algo, mas, apenas, a modificação do modo pelo qual determinado fato pretérito é lembrado. Como bem aponta o Superior Tribunal de Justiça, compreende-se “um direito de não ser lembrado contra sua vontade”, a partir de “inesquecíveis feridas”. Logo, está-se frente a um “direito individual atribuído a alguém de se insurgir contra uma determinada projeção individualizada de sua pessoa” (SCHREIBER, 2017). Conforme bem se analisará nas próximas linhas, não se trata de um direito fundamental

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 833248 RG/RG, Min. rel. Dias Toffoli, j. 19.02.2015.

autônomo, mas, sim, da concretização dos direitos da personalidade, mantendo o seu traço de fundamentalidade subordinada a outros direitos fundamentais da personalidade já concretizados pela ordem jurídica brasileira (SARLET, 2018, p. 496; SARMENTO, 2016, 193), tanto expressamente, como o é o direito à privacidade e à intimidade²⁰, como implicitamente²¹, como por meio da proteção de dados pessoais (SAMPAIO, 2018, p. 583)²². Em que pese, por fim, o enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do CJF, tenha agido acertadamente ao apontar que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013), ao atrelar-se a concretização do direito ao esquecimento unicamente à tutela da dignidade humana – vetor organizacional constitucionalmente e infraconstitucionalmente – não reconhece-se a abrangência e a abstração da terminologia empregada, é mais acurado atrelá-la, portanto, à concretização dos direitos da personalidade.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Nesse ritmo, cabe apontar nas próximas linhas a maneira por meio da qual o direito ao esquecimento possa ser considerado como concretização da personalidade do indivíduo, permeada por suas várias perspectivas – privacidade, intimidade, imagem – uma vez contrastada com a liberdade de expressão.

3.1 Colisão de direitos: direitos da personalidade vs. liberdade de expressão

Tal contraste é evidenciado pelo fenômeno da colisão de direitos fundamentais, entre o direito geral de personalidade e a livre expressão do indivíduo, cujo resultado, uma vez prevalecendo os direitos da personalidade, consiste no direito ao esquecimento (SARLET, 2018, p. 494). Frisa-se, para uma melhor compreensão, que nem todo resultado de tal colisão

²⁰ Lembra-se, nessa senda, do caso envolvendo a atriz Daniela Cicarelli, em que houve a difusão de imagens suas e do seu então namorado em momentos íntimos numa praia espanhola. O caso foi julgado, em sede de ação de danos morais, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1492947/SP, 4ª T., rel. min. Luis Felipe Salomão, j. 13.10.2015). Conforme TEFFÉ (2017, p. 181), “ainda que se considere o comportamento do casal inapropriado, a divulgação da imagem não poderia ser utilizada como meio de punição pela conduta praticada. Uma vez divulgada na Internet, a imagem assume uma extraordinária repercussão, podendo marcar negativamente e por tempo indeterminado a trajetória de uma pessoa”.

²¹ O direito ao esquecimento também é considerado pela doutrina como “um direito fundamental de natureza implícita” (SARLET, 2018, p. 498.)

²² Demonstrou-se aqui a conexão com a proteção de dados pessoais, mas a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, atualmente em *vacatio legis*, não conta com um artigo específico para proteção do direito ao esquecimento, em que pese tenha sido elaborada com base no Regulamento Europeu de Proteção de Dados (UE) 2016/679, que no seu art. 17 regulamenta expressamente e nesses termos o referido direito.

será o direito ao esquecimento, esta é uma das formas a partir das quais seja possível avaliar tal choque jurídico.

Conforme o quadro traçado até aqui, o direito ao esquecimento decorre da interação conflitante entre os direitos da personalidade com a liberdade de expressão. Em verdade, toma-se aqui a liberdade como direito-mãe (*Mutterrecht*) ou *cluster right* (MACHADO, 2002, p. 416), à qual pode ser relacionada a variada gama de direitos comunicativos²³. Convém notar, nessa senda, que a liberdade de expressão, além de ser o “termômetro do regime democrático” (FARIAS, 1996, p. 128), consiste na “faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões por meio da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos ou discriminação” (FARIAS, 1996, p. 131).

O direito ao esquecimento, por sua vez, consiste apenas em “um mero aspecto da intimidade, para outros um direito autônomo dentre tantos dos chamados ‘direitos da personalidade’” (SAMPAIO, 2018, p. 576). Ainda que o esquecimento possa ser considerado por alguns como um direito autônomo, sua fundamentalidade é adstrita aos direitos da personalidade (SARLET, 2018, p. 496), porquanto a privacidade, na senda do *right to privacy* norte-americano, uma vez percebido que “diversos casos considerados paradigmáticos para o direito ao esquecimento sequer o abordam de forma explícita, trabalhando-o sob o abrigo do direito à privacidade e de um direito geral de personalidade” (RUARO; MACHADO, 2017, p. 219).

Cabe apontar que, a esta altura da apreciação, a colisão de direitos ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (FARIAS, 1996, p. 155). Para que seja conferida a uma solução a esses choques jurídicos, primeiro verifica-se a existência de reserva legal, de uma disposição legal no sentido de fazer preponderar no caso concreto um direito em detrimento de outro (SARLET, 2015). No entanto, caso a Constituição e a legislação sejam silentes nesses casos, conduz-se a uma ponderação de direitos, viabilizada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, cabe apontar a posição de FARIAS, segundo o qual a liberdade de expressão não prepondera, em regra, no caso concreto, na medida em que do outro lado há um interesse privado, ou quando há o dever de veracidade da informação (FARIAS, 1996, p. 159).

²³ MAZZUOLI (2015, p. 220) aponta como direitos comunicativos: “(a) a liberdade de expressão *stricto sensu*; (b) a liberdade de opinião; (c) a liberdade de informação; (d) a liberdade de religião; (e) a liberdade de investigação científica; (f) a liberdade de criação artística; (g) a liberdade de edição; (h) a liberdade de jornalismo; (i) a liberdade de imprensa; (j) a liberdade de radiodifusão; (k) a liberdade de programação; (l) a liberdade de telecomunicações; e (m) a liberdade de navegação em meios digitais”.

Percebe-se, portanto, que exponencialmente faz-se a “compatibilização dos direitos comunicativos com o cada vez mais em voga ‘direito ao esquecimento’” (MAZZUOLI, 2015, p. 220), incluso, a seu turno, dentre os direitos da personalidade.

No que tange especificamente quanto aos direitos fundamentais, cabe apontar, mesmo que em apertada e limitada síntese, que ALEXY aprofunda, com rigor maior, a teoria proposta anteriormente por DWORKIN (2005, p. 127 e ss.), segundo os quais os direitos fundamentais possuem características de princípios. Para maior completude, aponta-se que norma jurídica consiste no gênero, enquanto que regras e princípios são as espécies. Para DWORKIN (2005, p. 43), as regras são aplicadas na base de *all-or-nothing*, isto é, ou são aplicadas, ou não o são, enquanto que os princípios são aplicados por dimensão de peso (*dimension of weight*), não em grau escalonado. A seu turno, ALEXY aperfeiçoa essa teoria, seguindo a distinção forte entre regras e princípios proposta por DWORKIN, mas, no que toca, em especial, ao lado principiológico – e, conseqüentemente, atinente aos direitos fundamentais –, ALEXY descreve os princípios como mandados de otimização, os quais consistem em “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (ALEXY, 2002, p. 47).

É inegável, haja vista a larga aplicação, ainda que em meio a tropeços e vicissitudes, pela jurisprudência e pela doutrina brasileira da teoria da proporcionalidade constrictiva (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita) como método solucionador de colisões de direitos. Repisa-se, no entanto, que a referida teoria deve ser buscada apenas em últimos casos, quando o ordenamento jurídico já não fornece uma resposta ao problema (SAMPAIO, 2018, p. 577). Dito de outro modo, o princípio da proporcionalidade pode ser completamente distorcido a ponto de levar à cabo o particularismo jurídico, em que, para alguns o direito se aplica, enquanto que, para outros, a distorção realizada pode conduzir a uma ilegítima saída para não se aplicarem as normas jurídicas.

O princípio da proporcionalidade, dessa forma, é seccionado em três subprincípios. O primeiro deles é o da adequação, que impõe a necessidade de o meio empregado para a solução da colisão entre os direitos em análise seja capaz de atingir ao objetivo proposto, enquanto que o subprincípio da necessidade preconiza que esse meio, além de atingir ao objetivo proposto, seja o menos restritivo aos direitos em questão, isto é, que da solução dada ao caso, haja a menor restrição possível aos respectivos âmbitos de proteção. O terceiro subprincípio, enfim, pode ser, em verdade, denominado de um princípio *per se*, sob a denominação de princípio da razoabilidade, segundo o qual o meio empregado para a solução do conflito gerado deve ser proporcional ao objetivo que se queira atingir. Em outras palavras, coíbe-se tanto o excesso

(*Übermassverbot*) como a deficiência (*Untermassverbot*) na proteção dos direitos em questão, tanto àquele que se deu prevalência *in concreto*, como àquele que foi circunscrito. ALEXY, em remate, pontua que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 118).

Nessa mesma linha de sopesamento e ponderação, ALEXY propõe uma série de passos diversa, mas com pontos convergentes ao princípio da proporcionalidade, qual seja a lei do sopesamento, cuja premissa basilar consiste na obrigatoriedade de, “no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente” (ALEXY, 2015, p. 352). De modo pormenorizado, a lei do sopesamento divide-se em três etapas, em que na primeira

é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2015, p. 594)

Ao fim e ao cabo, portanto, frente ao silêncio específico da legislação brasileira acerca da matéria – excetuados os casos dispostos na legislação penal – conduz-se a uma ponderação entre os direitos, em cujo “caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida” (SCHREIBER, 2013, p. 172).

Em face de tais constatações, percebe-se que o direito ao esquecimento se trata de uma das formas de manifestação dos direitos da personalidade, que assim o surge quando contrastado com o direito à liberdade de informação, e, no caso concreto, a este prepondera. Com efeito, pode-se evidenciar que, ao estudar o direito ao esquecimento, mostra-se imprescindível perquirir “os problemas teóricos e práticos centrais dizem respeito à determinação dos seus limites e dos critérios para a sua aplicação aos casos concretos” dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 514). Isso é plenamente perceptível nos casos brasileiros mencionados alhures, mas, de forma mais marcante, no caso Costeja, por dois motivos: em primeiro lugar, porque há um claro tensionamento entre a autodeterminação do indivíduo sobre a disposição de suas informações pessoais, e, em segundo lugar, a solução trazida para o caso analisado pelo Tribunal de Justiça europeu contou com um motor de busca em seu núcleo, enquanto que o jornal que veiculou a notícia a ser coibida manteve-se intacto, isto é, deu-se apenas uma visibilidade menor à informação, não se atingindo a liberdade de expressão, informação e imprensa (SARMENTO, 2016, p. 221).

3.2 O direito ao esquecimento como concretização dos direitos personalidade

O direito ao esquecimento, nessa senda, agita questões sensíveis para uma convivência pacífica em sociedade. De um lado, a necessidade de proteção da personalidade do indivíduo, cujos fatos passados não mais o definem (ou que lhe cause desconforto) (SCHREIBER, 2013, p. 170). De outro, a necessidade de não influenciar o fluxo informacional, criando restrições em demasia à liberdade de expressão. Partindo-se da premissa segundo a qual o direito ao esquecimento deriva de uma prévia colisão de direitos²⁴, antes de proceder-se a conclusões precipitadas, deve-se ser questionada qual a importância dessa informação sobre determinado indivíduo para o debate democrático.

Em abstrato, nenhum direito fundamental é absoluto – seja a liberdade de expressão, seja a proteção aos direitos de personalidade –, devendo haver uma convivência harmônica entre estes, coibindo-se seus excessos (SARLET, 2018, p. 498). Há, portanto, a necessidade de manter-se uma cultura de debate, comunicação e convivência (digital), sem o esgotamento de outros direitos fundamentais. Logo, não há o que falar em posição preferencial (*preferred position*) a ser conferida à liberdade de expressão²⁵, ao menos na ordem jurídica brasileira, em detrimento de outros direitos fundamentais, *in casu* os direitos da personalidade (SARLET, 2015a).

Não se pode presumir, absolutamente, a prevalência do interesse público sobre determinada informação, ainda mais frente ao amplo leque de direitos da personalidade. Aliás, o interesse pode vir a tornar-se uma mera curiosidade do público sobre determinado fato, como não raro vê-se quanto à crimes cruéis e/ou brutais. Exemplificativamente, a questão da violência contra a mulher e do feminicídio consiste em uma das mais importantes hodiernamente. No entanto, questiona-se qual a relevância para o debate público a identificação clara e precisa – com rosto, nome, e sobrenome – da vítima de um crime ocorrido há mais de sessenta anos. Não é necessário discorrer muito para que se lembre do caso Aída Curi, referido alhures, em que a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça determinou – quiçá equivocadamente – que a vítima não teria a possibilidade de ser esquecida, ou que a família não poderia não ser constantemente lembrada sobre o trágico fato ocorrido com Aída.

²⁴ No mesmo sentido, SARLET, 2018, p. 494: “Partindo-se do pressuposto de que o assim chamado direito ao esquecimento, na condição de direito fundamental, corresponde a uma dimensão concreta (ainda que apenas relativamente autônoma) dos direitos de personalidade, o que se pretende demonstrar é que o direito ao esquecimento, quanto ao seu conteúdo e alcance, *apenas pode ser adequadamente concretizado no contexto das tensões (e mesmo colisões) entre a proteção e a promoção dos direitos de personalidade e das liberdades de expressão e de informação*, incluindo aqui o direito à informação e os assim chamados “direitos” à memória e à história, ademais do princípio democrático nas suas diversas refrações”. (Grifou-se).

²⁵ Em sentido contrário, BARROSO, 2005, p. 105-106.

Nessa mesma linha, não há nenhuma relevância para o debate democrático que o crime da Chacina da Candelária seja narrado de forma a induzir a erro que um dos absolvidos estaria de fato envolvido no delito. Ao se possibilitar tal ocorrência, significaria solapar a proteção da personalidade do indivíduo que seria retratado de modo errôneo. Aliás, não há ao menos a necessidade de haver tido absolvição no processo penal para evitar que os fatos pretéritos sejam veiculados novamente. Conforme visto no caso Lebach I e II, um indivíduo que já havia cumprido pena não poderia ver sua reinserção na sociedade impedida, para além de outras causas, por um fluxo informacional tendencioso e sensacionalista. No entanto, na medida em que não sejam indicados elementos capazes de identificar a autoria do fato, a veiculação é livre: não há conflito com direitos pessoais quando não há como identificar a pessoa da qual está se falando. Ainda assim, tal perspectiva aplicada no caso Lebach II tem sua força mitigada pelo advento das tecnologias, em que é possível cruzar as metainformações de modo muito mais rápido do que por meios convencionais. Dito de outro modo, ainda que num determinado local (dentro ou fora da internet) não se identifique a autoria, a pessoa curiosa pode conseguir tal informação pela rede mundial de computadores.

Em razão disso, no Caso Costeja, adotou-se uma tese de que seja possível conferir menos visibilidade a informações, por intermédio de meios que facilitem o acesso à informação na rede – isto é, por meio dos motores de busca –, mantendo a informação na origem – isto é, no site de hospedagem – incólume. Protege-se, assim, tanto a personalidade do indivíduo, como a liberdade de expressão e imprensa. No entanto, não há que falar em um *esquecimento* propriamente, porquanto a informação não é apagada – e muito menos esquecida por aqueles que já tem conhecimento do fato –, porquanto “o que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (SCHREIBER, 2013, p. 171).

Ainda assim, há fatos que são extremamente relevantes para a história. No caso brasileiro, é evidente as marcas deixadas pelos anos de chumbo da ditadura militar, permeada pela censura e pelas graves violações de direitos humanos. É largamente inviável, portanto, conferir a um dos seus reconhecidos torturadores a possibilidade de não ser mais lembrado como tal. Ainda que exista a lei da anistia – cuja análise pormenorizada desloca-se para outro momento –, ela não se relaciona com o direito ao esquecimento.

No âmbito digital, aliás, encontrar uma informação é fácil, incluindo-se as informações não relevantes para um debate democrático. Ilustrativamente, o caso mencionado anteriormente sobre a fraude não comprovada em concurso público não possui relevância histórica alguma, nem mesmo para a atualidade. Do mesmo modo que foi decidido no caso Costeja, encontrou-

se uma consentânea solução: não se retirou a informação da internet, apenas se filtrou por quais palavras-chave aquele resultado de pesquisa aparece, ou seja, evitou-se que o resultado surgisse pela simples inserção do nome de alguém na caixa de pesquisa. Nessa linha, uma solução proposta para a problemática da proteção da personalidade na seara digital é a criação de datas de validade (*expiration dates*) para esse tipo de informação (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 171), as quais “não têm relação com a imposição de esquecimento, [mas] com a reflexão de por quanto tempo as informações que quer-se armazenar podem permanecer valiosas e úteis.” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 172).

No entanto, não é possível exigir um poder de vigilância do provedor, como no caso Xuxa, que, apesar do seu poder econômico, não detém o poder de vigilância completo, contínuo e onipresente, em todas as esferas da plataforma digital para que se possa proibir o conteúdo meramente com a sua descrição, sem a sua indicação. Em algumas situações, inclusive, a depender da plataforma é possível bloquear o conteúdo sem a necessidade de um *link*, enquanto que em outras, há a impossibilidade, e é necessário seu apontamento, além de, claro, características do conteúdo infringente, já que podem ser encontrados mais de um conteúdo hospedado no mesmo domínio. Não é negado, no caso Xuxa, a perfectibilização do esquecimento porque trata-se de uma figura pública, mas sim, porque a indicação do seu pedido foi feita de forma incompleta. Em verdade, não é negada às celebridades a proteção da sua personalidade, precipuamente no que tange à privacidade. Ainda que os famosos tenham um reduto menor para usufruir da privacidade, não há um esgotamento total dessa proteção (SCHREIBER, 2013, p. 144)²⁶.

Percebe-se, portanto, com base na análise feita até aqui, que para o direito ao esquecimento ser perfectibilizado, mostram-se necessárias a identificação de determinados elementos²⁷: (i) fato vexatório, desabonador, vergonhoso sobre determinado indivíduo (*e.g.* penhora de bens, má conduta no trânsito²⁸); (ii) (tentativa de) facilitação do acesso, quando

²⁶ Lembra-se aqui, ainda que *en passant*, a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Von Hannover vs. Alemanha*, em que se determinou que a princesa Carolina de Mônaco, apesar de ser figura pública, possui seu reduto à privacidade, o qual não se limita aos muros do domicílio.

²⁷ Com base em SARLET e FERREIRA NETO (2019, p. 211-212), os quais adotam, em graus variados, e, por vezes, com maior amplitude do que o aqui exposto: “foram apresentados os seguintes aspectos que deveriam ser observados quando do reconhecimento do direito ao ‘esquecimento’: (xvi.a) Fato ou Informação prejudicial, vexatório ou desabonador que viola de modo desproporcional direitos de Personalidade e a dignidade da pessoa humana; (xvi.b) Transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade; (xvi.c) Ausência de historicidade e de interesse coletivo na divulgação dos fatos e/ou informações e juízos de valor; (xvi.d) Esgotamento da relevância informativa do evento ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão; (xvi.e) Impacto desproporcional sobre outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais; e (xvi.e) Observância dos instrumentos processuais indispensáveis para a efetividade do direito ao “esquecimento”.

²⁸ Para um caso de má conduta no trânsito, de decurso do tempo e de aplicação do direito ao esquecimento, v. TJRS. Apelação cível 70074527821, 15. Câmara Cível. Rel. Des. Adriana da Silva Ribeiro, j. 07.03.2018, cf. “O fato, ao tempo em que noticiado, possuía relevância e foi assegurado o direito à informação e à liberdade de

comparado a meios ordinários (*e.g.* veiculação na mídia em programa televisivo em horário nobre é um diferencial); (*iii*) decurso razoável do tempo entre os fatos narrados e a narração atual (*e.g.* o largo vácuo temporal entre 1958 e os dias atuais), podendo o ponto *iii* ser substituído (ou a ele somado) a (*iv*) não mais representatividade dos fatos à pessoa das quais ele se refere (*e.g.* mudança de comportamento social); além da (*v*) ausência de relevância histórica da informação (*e.g.* a torturadores de ditaduras não o é conferido o direito ao esquecimento).

Em últimas linhas, dessa forma, cabe reafirmar que o direito ao esquecimento não se trata de um novo direito (RUARO; MACHADO, 2017, p. 205; CARO, 2016, p. 240-241), mas, sim, que este resulta da colisão entre liberdade de expressão com a proteção da personalidade do indivíduo, como uma das variadas formas as quais seja possível concretizá-la.

4 CONCLUSÃO

Em apertada síntese conclusiva, pretendeu-se evidenciar a relevância do estudo direito ao esquecimento, porquanto consolidam-se paulatinamente novos meios de potencialização dos direitos da personalidade frente à liberdade de expressão.

Nesse prisma, não se trata de uma deliberação aleatória situá-lo dentre os direitos da personalidade, porquanto o direito ao esquecimento faz parte da estrutura física, mental e moral do indivíduo, ou seja, na medida em que o referido direito se perfectibiliza, ele se consolida como essencial e fundante para o indivíduo definir o modo como qual queira viver.

O termo “direito ao esquecimento”, logo, não se apresenta como o mais preciso a fim de representar o seu alcance, uma vez que quando se fala em direito ao esquecimento, não se objetiva propriamente ao esquecimento de algo, mas, apenas, à modificação do modo pelo qual determinado fato pretérito seja lembrado. No contexto digital, inclusive, é citado um direito *ao apagamento* ou *à desindexação*, os quais, por sua vez, preconizam que à determinada informação digital seja conferida menor visibilidade, alterando o modo pelo qual ela possa ser encontrada. Cabe sublinhar, portanto, que o então chamado direito ao esquecimento envolve o impedimento de uma projeção individual que deixa o seu titular desconfortável, ou mesmo seus familiares.

Assim, não se trata de um novo direito fundamental autônomo, mas, sim, da concretização dos direitos da personalidade, mantendo o seu traço de fundamentalidade

imprensa, sem censura àquela notícia. Com o decurso do tempo e com o arquivamento do inquérito ainda no ano de 2011 por insuficiência de provas, reconheço que se afasta a utilidade da manutenção da informação na rede mundial de computadores, pois não se trata de um fato histórico e o autor não é uma pessoa pública, o que lhe assegura o direito ao esquecimento”.

subordinada a outros direitos fundamentais da personalidade já concretizados pela ordem jurídica brasileira, tanto expressamente, como implicitamente. O surgimento, nessa baila, do referido direito se dá a partir fenômeno da colisão de direitos fundamentais, entre o direito geral de personalidade e a livre expressão do indivíduo. Repisa-se, para uma melhor compreensão, que nem todo resultado de tal colisão será o direito ao esquecimento, este é uma das formas a partir das quais seja possível avaliar tal choque jurídico.

Nessa linha, não se pode presumir, de modo absoluto, o interesse público sobre determinada informação, ainda mais frente a variada gama de direitos da personalidade. Lembra-se, ilustrativamente, da jurisprudência analisada, a partir da qual deva ser reconhecida a necessidade de proteção da personalidade da vítima de um crime bárbaro, ocorrido há mais de sessenta anos, ainda que a violência contra a mulher seja um tópico a ser cada vez mais discutido, porquanto a identificação da jovem não é necessária para o seguimento do debate. Além disso, quando da (re)divulgação de crimes pretéritos, não pode ser conduzida uma narração para que o leitor ou telespectador seja induzido a erro, ou que esta impeça a reinserção do indivíduo na sociedade, a qual já se mostra dotada de múltiplos obstáculos.

Do mesmo modo, na seara digital, não é negado ao usuário o direito ao esquecimento, ainda mais quando uma informação é puramente pessoal (*e.g.* inadimplência) ou quando já perdeu sua relevância (*e.g.* fraude em concurso público não comprovada há anos). Ainda assim, mostra-se imperioso que sejam indicados elementos para que determinada informação seja menos vista digitalmente, como é feito por meio da URL, ou de palavras-chave para filtragem em motores de busca. No entanto, algumas características, mesmo que pretéritas, não podem ser esquecidas em razão da importância histórica de possuem, como é o caso de identificar-se perpetradores de graves violações de direitos humanos em períodos ditatoriais.

Satisfeitos tais apontamentos, com base na jurisprudência e doutrina apresentadas, seleciona-se algumas das características que permeiam o então chamado direito ao esquecimento. Em primeira vista, há a necessidade de o fato ser vexatório e desabonador (1), emergindo com (a tentativa de) exercício da liberdade expressão por outro indivíduo, tentando facilitar o acesso à essa informação pessoal vexatória (2), que, além disso, ou é uma informação antiga (3) ou não mais representa a pessoa a qual essa informação se refere (4), prescindindo também de relevância histórico-social (5).

Cabe pontuar, por fim, que a presente pesquisa de modo algum visa ao esgotamento da temática, é, em vista disso, necessários à continuidade e ao aperfeiçoamento de estudos sobre a mais variada gama de meios à concretização da personalidade dos indivíduos, dentre elas o do próprio direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

- AGRAIN, Philippe. L'individu et la société à l'age numérique: entre capture et émancipation. *Débat publique. Commus / Commons*, 25 set. 2014. Disponível em: paigrain.debatpublic.net/?p=8944. Acesso em 2 maio 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, n. 24, p. 81-111, jan./jun. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade – **Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. vol. 3.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CARO, María Alvarez. El derecho a la supresión o al olvido. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis. (org.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Reus, 2016.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EUROPEAN UNION. European Parliament. **Myth-busting: the court of justice of the EU and the “right to be forgotten”**, 2014. p. 2. Disponível em: https://dzlp.mk/sites/default/files/u4/factsheet_rtb_f_mythbusting_en.pdf. Acesso em: 02 maio 2018.
- FARIAS, Edilsom Pereira de Farias. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- FERREIRA NETO, Arthur M. Direito ao Esquecimento na Alemanha e no Brasil. *In*: MARQUES, Claudia Lima; BENICKE, Christoph; JAEGER JUNIOR, Augusto. (coord.). **Diálogo entre o Direito Brasileiro e o Direito Alemão**. Fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação internacional. Porto Alegre: RJR, 2016.
- FRANÇA, Limongi França. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui. (org.). **Pessoas e domicílio**. Coleção Doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito ao esquecimento como concretização dos direitos da personalidade em face à liberdade de expressão.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2016.

KELLY, Michael J.; SATOLA, David. The Right to be Forgotten. **Law Review**, University of Illinois, n. 1, p. 1-65, 2017.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à Internet e direito ao esquecimento. **ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa**, n. 6, p. 219-240. jul./dez. 2015.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Reintroducing forgetting. *In*: MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete**. The Virtue of Forgetting in the Internet. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PROSSER, William L. Privacy. **California Law Review**, i. 1, v. 48, p. 383-423, 1960.

ROCHFELD, Judith. Droit à “l’oubli numérique” et construction de soi. *In*: MALLET-BRICOUT, B.; FAVARIO, T. **L’identité, un singulier au pluriel**. Dalloz, p. 101-118, 2016.

RUARO, Regina Linden; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Ensaio a propósito do direito ao esquecimento: limites, origem e pertinência no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p.204-233, abr. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, maio/ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas — notas sobre a ADI 4.815. **Consultor Jurídico**. 19 de junho de 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação**. Porto Alegre: Saraiva, 2019.

SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito ao esquecimento como concretização dos direitos da personalidade em face à liberdade de expressão.

SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira, parecer consultivo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, p. 190-232, jan./mar. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento. **JOTA**, 18 jun. 2017. Disponível em: jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017. Acesso em: 05 fev. 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. **Harvard Law Review**, i. 5, v. 4, dez. 1890.