

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

* JOÉLIDA JULLYENE ROCHA FERREIRA

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga Especialista em Direito. Extensão universitária em Didática do Ensino Superior pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

** LUANA RAFAELA SILVA NASCIMENTO

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

Este trabalho tem por escopo o estudo do Direito ao Esquecimento e a efetividade de sua aplicabilidade no âmbito da internet. O Direito ao Esquecimento surgiu para garantir que os direitos inerentes da personalidade não sejam feridos em razão do gozo dos direitos da liberdade de imprensa. Surgiu com o objetivo de evitar que o indivíduo tenha fatos de sua vida pessoal divulgada, sem seu consentimento. A aplicação deste direito gera um conflito entre os direitos da personalidade e da liberdade de imprensa e de informação, que deve ser solucionado através da técnica da ponderação. O judiciário deverá analisar o caso concreto, fazendo a ponderação entre os princípios e fatos narrados, para delimitar qual direito prevalecerá sobre o outro e se é aplicável à teoria do Direito ao Esquecimento. Decidindo pela aplicação, o problema surge quando de sua eficácia quando o meio divulgar da informação que entende vexatória for a internet. O estudo fará um breve histórico do direito ao esquecimento, conceituando-o e abordando os precedentes estrangeiros e nacionais, também serão expostos os direitos inerentes da personalidade e da liberdade de imprensa, bem como a solução para o conflito gerado entre estes princípios quando da aplicação do direito ao esquecimento. E por fim analisará se as soluções apresentadas pelo poder Judiciário são eficazes na aplicação do deste Direito.

Palavras chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Liberdade de Imprensa. Confronto. Ponderação. Internet. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento tecnológico ocorrido após a segunda metade do século XX, os meios de comunicação e as relações sociais tomaram novos rumos. O surgimento acelerado de inovações tecnológicas fez com que a sociedade, em sua maioria, tenha acesso instantâneo e difuso a toda e qualquer informação. (SANTANA. 2015, p. 03).

A evolução tecnológica nos proporciona o conforto de receber e transmitir notícias a qualquer momento, de qualquer lugar, bastando possuir um celular ou qualquer aparelho com acesso à internet. A rapidez com que as informações se disseminam no mundo virtual é emocionante e ao mesmo tempo preocupante, visto que muitas vezes ocorre o compartilhamento de conteúdos que prejudicam a

imagem, a boa fama, e a reputação de outrem, valendo-se de seu direito (informação) para ferir direito alheio (intimidade).

Visto isto, pode-se afirmar que a sociedade de certa forma tornou-se vulnerável às tecnologias por ela criada, pois todos podem ser “vítimas” de um “post” que poderá nos ocasionar diversos transtornos. Assim, as notícias uma vez divulgadas se “eternizam” no meio virtual, bastando à realização de uma simples busca pelas palavras-chaves desejadas e será encontrado todo o conteúdo, a elas vinculadas mesmo que se trate de notícias divulgadas há anos. Há ainda a disseminação de informações através de jornais, revistas e programas televisivos que por diversas vezes relembram e realizam novas matérias sobre fatos e pessoas que cometeram ou foram vítimas de algum crime que aconteceu anos atrás. Para resguardar os direitos inerentes à personalidade, com ênfase, na divulgação midiática e espontânea de notícias, surge o direito ao esquecimento.

O reconhecimento do surgimento deste novo direito restou demonstrado pela aprovação do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2013, através da aprovação do enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil, que reconheceu a possibilidade de utilização do direito ao esquecimento, ao dispor que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O que não se pode perder de vista é a aplicação deste direito na prática. Quanto à divulgação de notícias no meio jornalístico se encontra uma facilidade comparada com a divulgação na internet, que utiliza a desindexação (desvinculação do nome pesquisado com a matéria encontrada no pesquisador). A exclusão de determinados fatos isolados dos campos de busca não pode ser considerado uma exclusão da história nacional, pois se assim o fosse os direitos inerentes à personalidade estariam sobrepondo o direito à informação, o que contribuiria para a formação de uma sociedade sem democracia.

Nestes termos, o objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade da aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da internet, e se as soluções oferecidas pelo judiciário são capazes de solucionar a problemática encontrada.

Como metodologia foram utilizados materiais bibliográficos extraídos de artigos jurídicos virtuais e físicos, doutrinas, revistas jurídicas, leis e jurisprudências.

2. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1. CONCEITO

O direito ao esquecimento não possui um conceito uniforme utilizado mundialmente, o que o leva a uma série de interpretações. Apesar desses inúmeros conceitos, todos consubstanciam na mesma ideia de que o direito ao esquecimento é o meio pelo qual as pessoas podem apagar uma informação que lhe diz respeito, depois de determinado período. (TerWangne, apud Noemia Aparecida Garcia Porto, 2018). Pode ser definido como o desejo que o indivíduo tem de querer não ser lembrado de algo do seu passado, que julga ou entende desabonador (FILHO, 2014, p. 46).

Busca-se com o direito ao esquecimento a proteção dos direitos da personalidade da pessoa, principalmente, no que tange a reconstrução de uma vida perante a sociedade e a família. Este direito pode ser mais bem entendido quando o se analisa na esfera criminal, pois uma das funções da pena é a ressocialização do indivíduo condenado, de modo que após ter cumprido a pena imposta espera-se que este seja reintroduzido à sociedade, à família e ao mercado de trabalho.

Partindo deste ponto, pode-se introduzir o direito ao esquecimento como meio de proteção do cidadão que, pode buscar a tutela dos direitos inerentes à personalidade para impedir que pessoas, sem a devida autorização, compartilhem, divulguem e relembrem fatos que de algum modo possam denegrir a sua imagem impedindo ou prejudicando o seu convívio social.

Assim, a conclusão que se chega é que o direito ao esquecimento tem por escopo proteger as pessoas para que estas não se tornem eternas reféns de informações, imagens e conteúdos que sejam vexatórios ou ocasionem quaisquer prejuízos a sua imagem e boa fama. (FILHO, 2014, p. 46).

2.2. Dos aspectos gerais

Pode-se afirmar que com o desenvolvimento tecnológico, a internet tornou-se o meio mais acessível e eficiente de comunicação. Entretanto a rapidez com que as informações se disseminam em meio aos usuários é o que vem gerado

preocupação, pois a divulgação, muitas vezes inconsequente, gera transtornos àqueles que são os protagonistas das notícias.

As tecnologias têm como finalidade proporcionar à população uma praticidade associada ao conforto, que hoje, podem ser resumidas em armazenar uma vida inteira em computadores, notebooks e celulares. O problema surge quando, constata-se a dificuldade em se deletar informações da, fazendo com que as pessoas sejam eternamente lembradas por fatos ou erros que aconteceram no passado.

Visando proteger o indivíduo da eterna lembrança do passado que lhe cause algum dano, surge o direito ao esquecimento que apesar de ainda pouco conhecido pela população brasileira, já vem sendo utilizado há anos na Europa e nos Estados Unidos da América. (SANTOS, 2017)

No ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do direito ao esquecimento foi marcada com a aprovação do Enunciado 521 da VI Jornada de Direito Civil, em março de 2013, que reconheceu sua existência como uma expressão da dignidade da pessoa humana, baseando-se no art. 11, do Código Civil, cujo teor e justificativa transcrevo:

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 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.

A justificativa deste enunciado trás a informação de que o direito penal fora usado como inspiração para o surgimento do direito ao esquecimento, esclarecendo que se faz necessário para a ressocialização dos condenados que estes não sejam eternamente lembrados pelos crimes que cometeram, sendo taxados apenas como “ex-detentos”, devendo-se observar as demais características deste como ser humano, para que a pena, outrora imposta, cumpra a sua função social. (LUCENA, 2018, p. 74).

O enunciado apresentado não possui força normativa para tornar a aplicação deste, obrigatória, contudo materializa o pensamento acerca do direito ao esquecimento, buscando preservar o direito à informação e a história e por outro lado protegendo a vida privada.

2.2.1. Direito ao esquecimento aplicado em casos estrangeiros relevantes

O direito ao esquecimento trilhou um trajeto internacional principalmente, nos países da Europa e nos Estados Unidos. A explanação da aplicação deste direito internacionalmente se faz necessária que seja feita a análise dos paradigmas utilizados para a sua aplicação no ornamento jurídico brasileiro.

O precedente mais citado pela doutrina para introduzir o direito ao esquecimento é o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1973.

O caso trata-se de uma chacina de quatro soldados alemães, que aconteceu em Lebach, em 1969. O crime fora executado por dois homens com o auxílio de um terceiro, que após executarem os soldados roubaram as armas e munições que estes guardavam. Os coautores do crime foram condenados, em 1970, a prisão perpétua e o partícipe, ora autor, foi condenado a seis anos de reclusão.

Faltando poucos dias para sair da prisão e ante a repercussão nacional do caso, o canal de televisão alemão, Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF), produziu um documentário sobre os fatos ocorridos, constando o nome e a foto dos envolvidos no crime, inclusive informando sobre a opção sexual do partícipe. Tendo em vista o ocorrido este, ajuizou uma ação contra o canal pleiteando que a matéria não fosse exibida, argumentando, em síntese, que sua exibição lhe geraria enormes prejuízos. (LUCENA, 2018, p.38)

A ação proposta foi rejeitada em primeiro grau e na corte de apelação, chegando ao Tribunal Constitucional Alemão. Este por sua vez decidiu pela primazia do direito à privacidade e ressocialização do condenado, sobre o direito à informação. O juízo entendeu por bem ponderar os fatores apresentados, entendendo pela ausência de interesse atual da população à informação que seria

transmitida, que a matéria já havia sido exibida, que se tratava de crime grave e que a exibição da matéria traria prejuízos à ressocialização do autor. (LUCENA, 2018, p. 38)

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o teor do documentário produzido, se acaso fosse divulgado, acarretaria a violação dos direitos da personalidade do autor, e este deveria ser protegido principalmente em razão da sua ressocialização na sociedade. Destarte O Tribunal, revogou as decisões dos Tribunais civil e proibiu a emissora de exibir o documentário até que a ação principal fosse julgada pelos Tribunais competentes.

Neste caso, embora a expressão “direito ao esquecimento” não tenha sido utilizada percebe-se que em síntese se trata da mesma ideia deste, qual seja a tutela dos direitos inerentes à personalidade, com o intuito de que as pessoas não sejam eternamente lembradas por atos cometidos em seu passado.

Outro precedente comumente citado é o caso *Google Spain* ou *Google versus Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja Gonzales*.

Mario Costeja Gonzales ficou conhecido como o homem que queria ser esquecido, mas será eternamente lembrado. O caso de Gonzales ficou marcado na história do direito ao esquecimento por ser um dos primeiros envolvendo provedores de busca.

Um grande jornal espanhol publicou, no começo do ano 1998, dois anúncios referentes a uma venda em hasta pública de um apartamento de propriedade de Mario Gonzales, em razão de seus débitos com a seguridade social do governo espanhol. No ano de 2008, ao realizar uma busca por seu nome no google, constatou a existência da versão digital do anúncio publicado anos atrás.

Durante o lapso temporal, Gonzáles já havia quitado a dívida que gerou a publicação no jornal, não sendo necessária a venda do apartamento. Assim, à época da busca realizada por seu nome, Mario já não possuía nenhum débito junto ao governo, tornando a reportagem retrógrada. (Matera *apud* LUCENA, 2018, p. 39)

Na tentativa de eliminar o conteúdo que considerava constrangedor, Mario recorreu ao google solicitando a desindexação de seu nome com a publicação,

entretanto seu pedido fora negado. Ante a resposta negativa, contatou o jornal responsável pela publicação requerendo a retirada da reportagem, porém novamente seu pedido fora negado, ao argumento de ausência de ilegalidade na publicação.

Gonzales apresentou reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) em desfavor da Google Spain, Google Inc e a empresa de jornal, pleiteando a retirada ou modificação da matéria disponibilizada virtualmente, argumentando a ausência de sentido na publicação, haja vista o lastro temporal e a resolução da questão posta.

A reclamação foi julgada pela AEPD em meados de 2010, que deferiu o pedido em face da Google Spain e Google Inc, determinando que as empresas adotassem as providências necessárias para proceder à retirada dos dados. No que tange ao pedido posto contra o jornal, este foi indeferido ao argumento de que a matéria fora publicada por ordem do Ministério do Trabalho e da Seguridade Social, sendo, portanto manifestamente legal a sua publicação. Insatisfeitas com a decisão a Google Spain e a Google Inc interpuseram recurso solicitando a nulidade da decisão.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014, com fulcro na interpretação da Diretiva 46/1995, de 24 de outubro de 1995, firmou entendimento de que as empresas Google Spain e Google Inc por serem provedores, são intermediadores na distribuição das informações buscadas pelos usuários e publicadas na rede por terceiros, considerando-as armazenadoras e organizadoras dos dados publicados virtualmente, e ainda, que sejam limitadas a encontrar informações publicadas podem ser submetidos a removerem os resultados das buscas realizadas.

Deste modo, ante o teor do caso posto, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu pela aplicação do direito ao esquecimento, pontuando que este poderá ser executado tanto em face da fonte dos dados, quanto em face dos provedores de busca e que tal direito abrange, também, os fatos verdadeiros e obtidos de forma lícita. Sustentou, ainda, que para que seja promovida a remoção dos dados, se faz necessário apenas à demonstração do constrangimento sofrido

em razão do conteúdo divulgado, sendo indispensável à comprovação de qualquer prejuízo sofrido. Por fim, pontuou que caso haja interesse público na permanência da publicidade do conteúdo, não haveria que se falar em sua remoção.

Em síntese a decisão proferida pelo Tribunal não supriu absolutamente o direito à informação, eis que apenas proibiu que o provedor realizasse a busca pelo link associado ao nome do requerente. Entretanto a informação ainda pode ser encontrada, desde que àquele que a busque realize consulta específica no site em que a matéria encontra-se publicada, ou que memorize o atalho para acesso.¹

Em 2014, após a decisão, a google adotou um novo método de relacionamento com os usuários, disponibilizando a estes um formulário em seu site de busca para recebimento de pedidos de remoção de conteúdo, firmando um compromisso na busca pelo equilíbrio entre os direitos da personalidade do indivíduo e do direito à informação.

Nos Estados Unidos o direito ao esquecimento é conhecido está associado ao direito de privacidade e é conhecido como o direito de ser deixado em paz, ou “*the right to be let alone*”. Ante o desenvolvimento tecnológico e a rapidez na propagação de informações, o país buscou soluções para a proteção da vida privada dos usuários.

Um dos casos mais citados como precedente da aplicação do direito ao esquecimento nos Estados Unidos da América é o chamado de *Melvin vs Reid* ou “*Red Kimono*”, julgado em 1931 pela Suprema Corte da Califórnia. Trata-se do caso envolvendo Gabriela Darley, ex-prostituta que havia sido acusada de homicídio em 1918, entretanto fora declarada inocente e passados anos viveu como uma pessoa íntegra e honrada, casando-se com Bernard Melvin e constituindo uma família. Acontece que em 1925 a produtora de cinema Dorothy Davenport Reid, produziu um filme denominado *Red Kimono* (O kimono vermelho) que retratava o passado de Gabriela.

O marido de Gabriela, Bernard Melvin, ajuizou ação de reparação contra a produtora, alegando violação da vida privada de sua esposa e de toda sua família. A

¹ O conteúdo do jornal pode ser acessado nos dias de hoje através do link: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1998/01/19/pagina-23/33842001/pdf.html>

Corte acolheu o pedido formulado entendendo que a exposição do filme era desabonador à nova vida de Gabriela e de sua família.

2.2.2 Aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro

A aplicabilidade do direito ao esquecimento em outros países serviu de parâmetro para sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, que embora ainda não esteja regulamentado já fora aplicado em diversos casos.

Ante a judicialização da vida pela sociedade brasileira, o cenário atual do poder judiciário está a um passo da precariedade tendo em vista a ausência de investimentos na infraestrutura e a falta de contratação de funcionários que possam atender a demanda. Como consequência tornou-se comum que o judiciário legisle sobre determinados aspectos, como exemplo tem-se a aplicação do direito ao esquecimento.

A respeito deste tema faz-se necessária a análise dos primeiros precedentes da aplicação do direito ao esquecimento na legislação brasileira nos Tribunais Superiores, quais sejam os casos conhecidos como “a chacina da candelária”, o caso “aida cuire” e o caso “xuxa meneguel x google”.

Os dois primeiros casos foram analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Luiz Felipe Salomão, o primeiro analisado através do REsp 1.334.097/RJ e o segundo pelo REsp 1.335 153/RJ, ambos julgados no mesmo dia. Há ainda o caso “Xuxa Meneguel” que trata-se da aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da internet, sendo proposta a ação de

2.2.2.1. Caso “A chacina da Candelária” (REsp 1.334.097/RJ)

O primeiro caso conhecido como a chacina da candelária (REsp 1.334.097/RJ) trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por Jurandi Gomes de França contra a emissora Rede Globo de Televisão. Tudo começou no ano de 1993 quando o requerente fora indiciado como partícipe/coautor do homicídio ocorrido no dia 23 de julho 1993, neste episódio quatorze pessoas foram assassinadas por policiais militares enquanto dormiam nas proximidades da

Igreja da Candelária, dentre as vítimas encontravam-se oito jovens, sendo seis menores.

À época da acusação o requerente foi sujeitado ao Tribunal do Júri, sendo absolvido por negativa de autoria. Entretanto passados anos da ocorrência dos fatos a Rede Globo de Televisão, ora requerida, através do programa denominado “Linha Direta” reproduziu a história da chacina da candelária incluindo na matéria o nome e a imagem do requerente, sem sua autorização. Jurandi informou que em data anterior à exibição da matéria, foi procurado pela direção do programa para que este concedesse entrevista a ser exibida com a reportagem, tendo o requerente manifestado desinteresse na exibição da reportagem vinculando seu nome.

O programa “Linha Direta”, exibido pela requerida tinha por escopo a dramatização de crimes populares acontecidos no Brasil, relatando aos expectadores o andamento do caso, ou seja, se haviam ou não sido solucionados. Jurandir relatou que foi procurado pela direção do programa para que concedesse entrevista a ser exibida juntamente com a reportagem, sendo negado por este.

Na inicial da ação proposta o requerente sustentou que além do uso indevido de sua imagem pela emissora, o reaparecimento nacional do caso o envolvendo fez com que o a população relembresse os fatos ocorridos e conseqüentemente os sentimentos de menosprezo e ódio contra o requerente surgiram, fazendo com que este fosse obrigado a se afastar do convívio social. Alegou ainda, que a exibição da matéria gerou constrangimento e humilhação ao autor e à sua família, inclusive passando a sofrer ameaças, tendo esta se concretizado quando populares destruíram a serralheria pertencente ao requerente, que como consequência necessitou se mudar na tentativa de reconstruir sua vida.

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão reconheceu a existência do conflito entre o direito de informação e os direitos da personalidade, que segundo seu entendimento advêm da própria opção constitucional:

Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o não menos legítimo interesse de se “fazer revelar. (Resp 1.334-097/RJ, acórdão, p. 13, 2013).

Em seu voto, o Ministro Relator argumentou que de acordo com o tema há precedentes do próprio STJ, no sentido de que os direitos da liberdade de imprensa

possuem limites a serem respeitados, quais sejam: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da 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 intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa." (Resp 1.334-097/RJ, acórdão, p. 13, 2013).

A ausência de atualidade referente à matéria foi essencial para o julgamento do feito, segundo entendimento do relator, tendo em vista que fora justamente o decurso do tempo entre a exibição do programa e a ocorrência dos fatos que teria gerado ao autor os danos alegados.

Além do pedido de danos morais referente à exibição da reportagem televisiva, que entendeu ofender a sua imagem e honra o requerente pretendia a aplicação do direito ao esquecimento no caso. Em seu voto o Ministro trouxe o conceito de direito ao esquecimento, "um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado."

Para analisar a aplicação de tal direito ao caso concreto, o Ministro Luis, em seu voto levantou diversas problemáticas sobre o tema abordando-as e discutindo todos os argumentos contrários.

A conclusão que se chegou é que os direitos de imprensa são essenciais à formação do Estado de Direito, entretanto este, como todos aqueles direitos garantidos pela Constituição não é absoluto, sendo necessária a observância dos demais.

Argumentou que havendo conflito aparente entre os direitos inerentes da personalidade e o direito de informação, a prevalência do primeiro não afronta a existência do segundo, como ocorreu no caso concreto, em que entendeu que a notícia vinculando o nome e a imagem do autor causaram-lhe danos à sua honra, moral e boa fama. Aduziu ser necessária a análise do caso concreto, baseando-se na ponderação entre os princípios conflitantes:

Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, §1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. (Resp 1.334-097/RJ, acórdão, p. 21, 2013).

Outro ponto abordado refere-se à esfera penal, no que diz respeito à reabilitação e a reinserção do acusado na sociedade. O Código Penal e o Código de Processo Penal, artigo 93 e seguintes e artigo 743 e seguintes, respectivamente, garantem ao condenado e àqueles que foram absolvidos pela prática de algum crime, o direito do sigilo de sua folha de antecedentes e a exclusão de registros da condenação no Instituto de Identificação.

Houve no presente caso o reconhecimento da aplicação do direito ao esquecimento ao argumento de que a vinculação do nome e imagem do autor seria desnecessária para a transmissão da notícia acerca do caso da “chacina da candelária”, ante o decurso do tempo da exibição da notícia e a data da ocorrência dos fatos, não havia mais interesse da população sobre o caso e por fim entendeu pela aplicação do disposto no Enunciado 531 do Conselho Nacional de Justiça. Entendeu que a exibição da reportagem causou ao requerente danos a sua honra, moral e boa fama, condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O voto proferido foi acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros.

2.2.2.2 O caso “Aida Cuire” (Resp 1.335.153)

A jovem Aida Jacob Cori foi arremessada por três homens, em 14 de Julho de 1958, de um prédio em Copacabana, Rio de Janeiro. Antes de ser arremessada do terraço do edifício, Aida foi espancada e violentada sexualmente. O crime causou grande comoção nacional, tendo em vista a brutalidade com que os fatos ocorreram.

Passados mais de cinquenta anos, em 29 de abril de 2004, a emissora de televisão Rede Globo, através do programa denominado “Linha Direta”, promoveu a exibição de matéria relembrando o crime ocorrido.

Os irmãos de Aida foram comunicados sobre a intenção da emissora em reproduzir o caso através do programa, tendo manifestado seu desinteresse, entretanto ainda com a negativa da família a emissora promoveu a exibição da matéria vinculando a imagem e nome da falecida.

Insatisfeitos com a atitude da emissora os irmãos propuseram ação de indenização por dano morais e aplicação do direito ao esquecimento no caso, em face da Rede Globo de Televisão. Os autores alegaram que houve por parte da

requerida um enriquecimento ilícito ao exibir a matéria, bem como alegaram que o caso já havia sido esquecido pela sociedade e a sua exibição fez com que a família relembresse o episódio trágico e ainda não superado, gerando abalos emocionais.

Em primeira instância os pedidos foram julgados improcedentes ao argumento de que não ter restado comprovado o suposto enriquecimento ilícito por parte da emissora, entendeu, também, pela não aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto. Os autores recorrem ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que manteve a sentença proferida. Ante a decisão, os requerentes interpuseram Recurso Especial ao Tribunal de Justiça, sob o número 1.335.153.

O Ministro Relator do Resp 1.335.153, Luís Felipe Salomão, negou provimento ao recurso sendo acompanhado pela maioria da Turma. Como fundamento o Ministro argumentou que no caso posto a vinculação do nome e imagem da vítima, na exibição do programa não teve o condão de gerar danos à sua família já que a reportagem tinha por escopo a narrativa do crime e não desonrar a imagem da falecida.

Em seu voto asseverou sobre a impossibilidade de desvinculação do nome vítima com a ocorrência dos fatos e que, neste caso, o decurso do prazo não seria a justificativa para a aplicação do direito ao esquecimento já que a sua aplicabilidade causaria danos à população tendo em vista que tal caso trata-se de caso histórico em que há necessidade de que as gerações futuras tenham conhecimento acerca da ocorrência dos fatos.

2.2.2.3 Caso Xuxa Meneghel vs. Google Search (REsp 1.316.921)

Um dos casos mais conhecidos pela população é o caso envolvendo a cantora e apresentadora Xuxa Meneghel, que no ano de 2010, promoveu uma ação em face da Google Search visando à indexação de seu nome relacionado com as buscas ligadas a prática de pedofilia.

O caso foi apreciado através do Resp 1.316.912, possuindo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, a requerente propôs ação requerendo a desvinculação de seu nome com as pesquisas realizadas pelas palavras “pedofilia” ou “pedófila”. O fundamento da ação encontra-se baseado no passado de Xuxa, especificamente

sobre sua participação, em 1982, no filme denominado “Amor estranho amor” em que possui cenas de sexo envolvendo a apresentadora e um menor, que contava com 12 (doze) anos de idade à época da gravação. (CRUZ; OLIVA; MOREIRA; TIBURSKI, 2014)

Anos após a data de gravação do filme a requerente atingiu o auge de sua carreira, como apresentadora de programa infantil, sendo nacionalmente conhecida como a “rainha dos baixinhos” e em razão disto tentou por seus próprios meios dificultar a exibição do filme, visando preservar a imagem que havia construído, entretanto percebeu que seu nome era alvo de constantes pesquisas relacionadas ao filme e à pedofilia.

Destaca-se que em sede de decisão interlocutória, fora deferido pelo Juiz de primeiro grau a tutela antecipada, sendo determinado que a requerida “se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas GOOGLE, quaisquer resultados/links na hipótese de utilização dos critérios de busca “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneghel”, ou qualquer outra grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário” (voto da relatora, Resp 1.316.921), originando o julgamento deste Recurso Especial.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao agravo, modificando a decisão do juízo de primeiro grau apenas para constar que a liminar alcançaria apenas as imagens expressamente mencionadas pela requerente, não havendo que se falar na retirada dos “links” gerados por meio das buscas realizadas no provedor. (SANTANA, 2015, p. 06).

O caso foi apreciado pela Terceira Turma do STJ, que por unanimidade dos votos, deu provimento ao pedido recursal. O STJ entendeu que não poderia se aplicar no presente caso as mesmas razões das decisões que envolvem provedores de conteúdo, já que o requerido é um provedor de pesquisa, ou seja, sua função é apenas de buscar e apresentar o atalho, onde o conteúdo pesquisado pode se encontrado, não havendo por parte deste nenhuma ingerência no conteúdo dos links que indica, não restando configurado o defeito no produto (art. 14 do CDC). Não poderia transmitir ao provedor de pesquisa a discricionariedade para proceder a retirada ou não de páginas que divulgam determinadas matérias, pois a apreciação

e análise destes conteúdos é subjetiva, como sendo ou não ofensivos a personalidade de alguém.

Em sua decisão reconheceu a internet como veículo de comunicação de massa e visando garantir a liberdade de expressão assegurada no art. 220, § 1º da CF/1988, não é aceitável que os provedores de pesquisa eliminem dos seus resultados de busca, nem mesmo privar o acesso a determinados conteúdos, sob pena de ferir o direito à informação. Sustentou que o direito coletivo à informação, na medida do possível deve prevalecer sobre o direito particular.

Sustentou que uma das soluções seria que a parte ofendida buscasse diretamente as fontes da notícia para que retirassem os conteúdos, o que conseqüentemente geraria a sua desapareção dos resultados de busca através dos provedores de pesquisa.

Reconheceu, ainda, que a única forma de retirar o conteúdo supostamente ofensivo da rede de compartilhamento seria a identificação de cada URL, com a devida especificação do responsável pela divulgação do conteúdo. (CRUZ; OLIVA; MOREIRA; TIBURKI, 2014).

Assim, embora o direito ao esquecimento tenha sido reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, no presente caso entendeu-se pela prevalência do direito à informação perante os direitos da personalidade.

3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE AO TEMA

3.1 Dos Direitos da Personalidade

Os direitos inerentes da personalidade configuram-se como uma classe dos direitos subjetivos, que visam essencialmente a proteção do indivíduo como ser humano. Tais direitos são classificados em direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem e estão consagrados como direitos fundamentais, pela Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, inciso X, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (Brasil, 1988)

Os direitos da personalidade também se encontram inseridos no Código Civil de 2002, nos artigos 11 ao 21. Os direitos da personalidade são apontados como fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana, englobando os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo, sendo estes absolutos e indisponíveis. A sua existência tem por escopo a proteção da dignidade da pessoa humana. (GOMES, apud, MATTIA, 2010, p. 2).

A base de todos os direitos é a cláusula geral de proteção da personalidade e em razão desta, o rol dos direitos da personalidade é meramente exemplificativo, sendo assegurado o reconhecimento de outros direitos da personalidade que não estejam tipificados expressamente. Nestes termos o Enunciado da Súmula 274 da IV Jornada de Direito Civil, dispõe:

274 - Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, 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.

A dignidade da pessoa humana sustenta os direitos da personalidade, ante sua estrutura exemplificativa, possibilita vislumbrar a existência de outros direitos da personalidade, além daqueles tipificados no Código Civil de 2002.

3.2 Conceito

O ser humano adquire direitos e assume obrigações visando regulamentar as suas relações pessoais perante a sociedade, tornando-se sujeito ativo e passivo de direitos. (Diniz, 2014, p. 131).

Os direitos da personalidade estão previstos desde a Antiguidade, quando as pessoas eram punidas moral e fisicamente pelos erros cometidos. Apesar de já utilizada, foi pela ideia de fraternidade pregada pelo Cristianismo que tais direitos passaram a ser resguardados (Diniz, 2014, p. 132).

Entretanto só foram reconhecidos recentemente com o advento da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas e da Convenção Europeia de 1950. (Gonçalves, 2014, p. 184).

A Convenção Europeia de 1950 deu-se após a segunda guerra mundial que por sua razão afrontou diversos direitos inerentes à pessoa, evidenciando a importância de resguardá-los. No Brasil tais direitos só passaram a ser observados no fim do século XX através da Constituição Federal de 1988, que os consagrou seu art. 5º. A constituição Federal resguardou a importância destes direitos, de modo que a sua afronta pode ensejar o ajuizamento de diversas ações com intuito de assegurar que os direitos da personalidade não sejam feridos.

Maria Helena Diniz (2014) leciona que os direitos da personalidade possuem duas dimensões:

Com isso reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social. (Maria Helena Diniz, 2014, p. 133).

A personalidade não pode ser considerada como um direito, ela é na verdade à soma de todos os elementos do sujeito que o individualizam, e desta originam-se os demais direitos que regulamentam a vida do ser humano na sociedade. (Goffredo Telles Jr. *Apud* Maria Helena Diniz p.133-134).

No mesmo sentido Caio Mario defende a ideia de que através da personalidade é que os direitos e obrigações do homem surgem, não sendo esta um direito, mas sim a origem/base de todos os outros. (Pereira, 2011, p. 199-200).

Mediante os conceitos abordados extrai-se o entendimento de que o direito da personalidade é um direito subjetivo da pessoa de tutelar o que lhe é próprio, tendo em vista não ser passível de estima econômica, concluindo-se que este é indispensável para a formação da pessoa e seu convívio em sociedade.

3.3 Características dos direitos da personalidade

Nos termos do art. 11 do Código Civil, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo estes serem limitados voluntariamente, exceto nos casos previstos em lei.

Carlos Roberto Gonçalves (2014) classifica as características dos direitos da personalidade, incluindo além daqueles mencionados no art. 11, quais sejam a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, como sendo absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

- a) Intransmissibilidade e irrenunciabilidade - Essas características, mencionadas expressamente no dispositivo legal supratranscrito, acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bem como a vida, a honra, a liberdade etc.
- b) Absolutismo - O caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõe a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, tem caráter geral, porque inerentes a toda pessoa humana;
- c) Não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, nos art. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo;
- d) Imprescritibilidade - Essa característica é mencionada pela doutrina em geral pelo fato de os direitos da personalidade não se extinguirem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los.
- e) Impenhorabilidade- Se os direitos da personalidade são inerentes da pessoa humana e dela inseparáveis, e por essa razão indisponíveis, certamente não podem ser penhorados, pois a constrição é o ato inicial da venda forçada determinada pelo juiz para satisfazer o crédito do exequente;
- f) Não sujeição a desapropriação - Os direitos da personalidade inatos não são suscetíveis de desapropriação, por se ligarem à pessoa humana de modo indetacável. Não podem dela ser retirados contra a sua vontade, nem o seu exercício sofrer limitação voluntária (CC, art. 11);
- g) Vitalicidade - Os direitos da personalidade inatos são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até a sua morte, por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo. (Gonçalves, 2014, p. 187-190).

3.5 Direito à Honra e imagem das pessoas

O direito à honra e a imagem estão garantidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X, sendo estes invioláveis. A honra, que é a somatória dos direitos positivos que o indivíduo possui em sua vida social, pode ser considerada um dos direitos mais importantes da personalidade, pois acompanha o indivíduo de seu nascimento até a morte. (FARIAS. 2013).

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2011), “a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades.” Cristiano Chaves de Farias (2013), a conceitua da seguinte forma “trata-se da necessária defesa da reputação da pessoa, abrangendo o seu bom nome e a fama que desfruta na comunidade (seio social, familiar, profissional, empresarial ...), bem como a proteção do ser sentimento interno de autoestima.”

Insta salientar que o direito à honra está resguardado tanto na esfera cível quanto na esfera penal. Nesta última está expressamente previsto no Código Penal, através da tipificação dos crimes de injúria, calúnia e difamação.

A Constituição Federal tutela o direito à integridade moral do indivíduo, sendo-lhe assegurado direito à indenização caso reste configurados a ocorrência de danos, nestes termos cite-se seu art. 5º, inciso V: “a indenização por dano material, moral ou à imagem”. (Brasil, 1988).

No que diz respeito à honra, esta é dívida de duas formas, a honra subjetiva e a honra objetiva. A primeira diz respeito ao sujeito, variando da individualidade de cada pessoa, ou seja, a visão que cada pessoa tem de si, é a forma como ela se vê. A segunda está vinculada a fama do indivíduo perante a sociedade, o modo como é visto por esta. (DE CUPIS, apud LUCENA, anos)

O direito à honra acompanha o ser humano por toda sua vida ainda que este já tenha cometido erros capazes de ferir, o seu amparo é medida que se impõe. Embora o direito à honra seja um direito personalíssimo, com o falecimento da parte que o detêm, cabe aos seus herdeiros à proteção de sua honra, sendo resguardado a estes o direito de pleitear judicialmente indenização, nos termos do art. 12, p.ú, do Código Civil. (LUCENA, anos).

A imagem pode ser definida como sendo as características físicas das pessoas que permitem a sua individualização. Carlos Alberto Bittar conceitua o direito à imagem da seguinte forma:

consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social [...] é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa). (BITTAR, 2008).

O direito à imagem possui dois sentidos, sendo o primeiro a imagem-atributo que seria a decorrência da vida em sociedade, ou seja, a forma com a pessoa é vista por esta. A segunda é a imagem-retrato que é a representado pelo físico de cada pessoa. (PINHO, 2011, p. 133)

A doutrina entende que a proteção do direito à imagem disposta no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, refere-se à imagem-atributo, sendo resguardado ao indivíduo o direito de postular indenização caso entenda que seus direitos foram violados. (ARAÚJO, 1996).

3.6 Do direito à privacidade

O direito à privacidade pode ser definido como o direito de preservar a vida particular do indivíduo contra a interferência indevida de outrem, que pode gerar danos perante a sociedade. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, utiliza os termos intimidade e vida privada para tutelar os direitos à privacidade.

Melina Ferracini de Moraes conceitua o direito à privacidade da seguinte forma: “o direito à privacidade seria a capacidade de autodeterminação do indivíduo a respeito de seus assuntos e da maneira como deseja lidar com eles. Se deseja ou não ver submetidos, assuntos que lhe digam respeito, a discussões e opiniões públicas.” (MORAES, p. 31).

Poliana Bozégia Moreira (2015) conceitua o direito à privacidade da seguinte forma:

se a privacidade como o conjunto de dados sobre a pessoa, que ela pode definir se quer manter somente em seu conhecimento, ou quer compartilhar decidindo com quem, onde e em que condições podendo ser obrigada a isto (ISSN Revista Eletrônica: 2527-0389, Capa v. 7, n. 02 (2015) Bozégia Moreira)

Para José Afonso da Silva (2011) a vida do ser humano é subdividida em dois aspectos um voltado para o interior outro para o exterior. O primeiro a vida interior é aquela que recai sobre o próprio indivíduo, seu ciclo de amigos e os membros de sua família, já o exterior diz respeito ao envolvimento das pessoas no meio social e as relações públicas.

O código Civil em seu art. 21 dispõe que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Este artigo vai delinear com o disposto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, ambos os dispositivos buscam a proteção da intimidade e vida privada da pessoa, resguardando este último o direito de pleitear judicialmente caso entenda que houve violação de tal direito.

4 DA LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade de imprensa, garantida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIV, possui o mesmo fundamento dos direitos e garantias fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de informação. O mesmo diploma legal garante, também, a livre manifestação do pensamento.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988).

Em seu art. 5º, inciso IX, a Constituição dispõe expressamente que independe de censura e licença a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. A liberdade de imprensa é vista como um dos direitos mais importantes a ser observado e respeitado por todos. Ainda o art. 220 e, da Constituição prevê acerca da mesma matéria, entretanto com ênfase na liberdade de informação jornalística.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

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

A imprensa exerce uma função essencial perante a sociedade, pois difunde a informação, permitindo às pessoas que a recebem a formação de senso crítico sobre as mais diversas matérias. Por fazer parte do cotidiano de cada ser humano, através da transmissão de informações, a imprensa é possui uma grande importância para o bom desempenho do Estado Democrático de Direito. (BOLDRINI, 2016, p. 04).

A imprensa consegue atingir um número indeterminado de pessoas de todas as classes sociais, disseminando informações por todos os meios de comunicações, seja rádio, televisão, jornal, internet. Desenvolve um papel de fundamental importância social por ser formador de opinião pública, possui grande influencia sobre a população. (BOLDRINI, 2016, p. 04).

Seu funcionamento deve ser tutelado de forma especial, pois outros direitos como a liberdade de informação, dependem da atuação daquele para serem executados.

4.1. Liberdade de pensamento

A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Se em razão da manifestação do pensamento, os atos e atitudes causem dano material, moral ou à imagem, é assegurado o direito de indenização, bem como o direito de resposta, proporcional ao agravo (PEDRO LENZA, 2016, p. 980)

O pensamento está ligado ao sujeito, sendo, portanto particular. Nenhum indivíduo tem condições de controlá-lo tendo em vista que este é livre. O Estado não pode controlar o pensamento individual, entretanto verifica-se a necessidade de tutela constitucional quando este pensamento é exteriorizado. Embora o pensamento seja livre a sua manifestação deve ser feita de forma controlada, visando resguardar outros direitos e princípios constitucionais, para isto do mesmo modo que a liberdade de pensamento é garantida, é previsto a penalidade para aqueles que abusam deste direito. (PINHO, 2011, p. 114).

O art. 5º, inciso IV, da Constituição determina que é assegurada a livre manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato. A Constituição garante a todos os indivíduos a liberdade de exteriorização de seu pensamento, entretanto em contrapartida, visando garantir a tutela de outros princípios constitucionais veda o anonimato, responsabilizando àquele que dissemina informações para que não extrapole os limites de seus direitos e invada a esfera dos direitos alheios. Havendo divulgação de informação de forma abusiva pela imprensa, o autor da notícia responderá pelos danos causados e não sendo possível a sua identificação o jornal ou periódico responderá. (PINHO, 2011, p. 114-115).

Assim, o direito à manifestação do pensamento deve ser desempenhado de forma responsável e consciente de modo que o abuso no exercício não prejudique direitos alheios.

4.2 Do direito de resposta.

O direito de resposta é o direito que a pessoa que foi ofendida tem de se defender em virtude da divulgação de notícia falsa ou errônea. A pessoa ofendida tem o direito garantido de apresentar o seu lado da história, devendo sua defesa ter a mesma divulgação da publicação que deu origem. Este direito é assegurado pelo art. 5º, inciso V da Constituição Federal, sendo ainda previsto, além do direito de resposta proporcional ao agravo, a indenização por danos materiais, morais ou à imagem. (PINHO, 2011, p.115).

4.3 Da proibição da censura

A Carta Magna dispõe no inciso IX do art. 5º que é “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Por meio de seu texto a Constituição reconheceu a liberdade de comunicação como direito fundamental e consagrou a imunidade desta contra censura.

BARROSO (apud SORES, 2013, p. 62) preconiza que:

Uma nova Constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático

de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. (...) Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. Rejeitava-se, da forma mais explícita possível, o modelo anterior (...). É possível constatar que vige no País ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma.

A liberdade de comunicação deve respeitar os outros direitos constitucionais já que possui caráter absoluto. A censura pode ser definida como a averiguação da relação entre as normas legais vigentes e o pensamento que será exposto. A proibição da censura também foi tutelada através do parágrafo 2º do art. 220 da Constituição, *in verbis*: “§2º é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” A publicação de notícias por jornais e revistas não podem ser censuradas e nem prescindem de autorização para sua publicação e divulgação, ressalvada a punição em casos de abusos no exercício deste direito. (PINHO, 2011, p. 116).

4.4 Direito de informação

O direito de informação está previsto no art. 5º, incisos, XIV, XXXIII, LXXII, da Constituição da República e pode ser definida como “o direito de informação compreende o direito de informar e de ser informado, com a finalidade de fornecer subsídios para a formação de opinião acerca dos mais diversos assuntos” (BOLDRINI, 2016, p. 03).

Nestes termos o direito a informação se subdivide nos direitos de informar, direito a ser informado e o de ser informado. Ele é imprescindível para a evolução do homem, por este motivo toda coletividade deve ter direito ao seu acesso, sendo considerado um direito coletivo. Até o direito de informar, que aparentemente se trata de um direito subjetivo, ou seja, a pessoa opta ou não por transmitir a informação, fora considerado direito coletivo.

Neste sentido, SILVA (apud MOREIRA, 2015, p. 303-304), leciona: “em virtude das transformações dos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva).

5 DO CONFRONTO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA LIBERDADE DE IMPRENSA.

Os direitos inerentes da personalidade e os direitos de liberdade de informação e de imprensa são garantidos pela Constituição Federal, devendo ser aplicados sem restrição, sempre que possível, entretanto apesar de caminharem juntos, no caso da aplicação do direito ao esquecimento observa-se o surgimento de um conflito entre estes.

Há a impossibilidade de se determinar que um princípio institua exceção a outro, de modo que muitas vezes um prevalecerá em relação ao outro (SILVA apud BOLDRINI, 2016, p. 16).

Neste sentido Farias (apud BOLDRINI, 2016, p. 16-17) leciona que:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem como a liberdade de expressão e de informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação estimada como um direito fundamental que transcende dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada.

A liberdade de imprensa e a proibição de censura foram garantidas pela Constituição Federal, mas em virtude destas a ocorrência de abusos passou a ser mais frequente, causando lesões aos direitos inerentes à personalidade.

As normas constitucionais não possuem caráter absoluto de modo que algumas podem prevalecer em relação às outras, a depender da análise do caso concreto, na mesma linha FARIAS, ROSENVALD, assevera que “a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão consagradas constitucionalmente, não tem caráter absoluto, podendo sofrer flexibilização no caso concreto, quando algum direito fundamental, também assegurado constitucionalmente, reclame proteção privilegiada.” (FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 182).

Em virtude dos supostos danos causados em razão da divulgação de determinadas matérias, surge o direito ao esquecimento como alternativa para que

aqueles que se sintam lesados possam recorrer ao judiciário no intuito de garantir seus direitos da personalidade.

Havendo conflito entre direitos fundamentais a presença de um não pode anular a do outro, sendo necessária a composição do conflito para delinear os limites para aplicação dos princípios, seguindo este entendimento Mendes e Branco (apud MOREIRA, 2016, p. 305):

[...] No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância do caso concreto, sem que se tenha dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição do outro um.

Nesse sentido Silvia (2003, p. 609) leciona que havendo conflito se deve observar o peso de cada um, para que aquele de mais valor, ou mais importante naquela situação, possa prevalecer:

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.

O direito ao esquecimento foi efetivamente reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro em 2013, quando do julgamento dos casos *Ainda Cuire* e da *Chacina da Candelária*, ambos no mesmo dia, tendo como Relator Luis Felipe Salomão, que decidiu de forma diversa para aplicação do direito ao esquecimento em cada caso, valendo-se da ponderação.

No caso da *Chacina da Candelária*, o Ministro analisando o conjunto probatório dos autos e valendo-se da ponderação entre os princípios constitucionais conflitantes entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento, prevalecendo os direitos da personalidade em relação os direitos da imprensa. No caso de *Ainda Curie* o entendimento foi no sentido de que o direito de imprensa e de informação deveriam prevalecer em relação aos direitos inerentes da personalidade.

Diante de dois casos concretos em que ambos requereram a aplicação do direito ao esquecimento, foi utilizada a ponderação entre os princípios conflitantes, decidindo qual deles prevalecia em relação ao outro.

A solução para o conflito gerado entre os direitos constitucionais é exatamente o que foi feito pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento destes casos. Deve-se analisar o qual princípio deve sobressair em relação ao outro. (BOLDRINI, 2016, p. 22-23).

Sobre a técnica da ponderação George Marmelsten (apud BOLDRINI, 2016, p. 22) preceitua:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Desse modo, havendo conflito entre normas e preceitos constitucionais o melhor meio de solução é o uso da técnica de ponderação, que envolve análise do caso concreto e o uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

6 DIREITO AO ESQUECIMENTO E A INTERNET

O direito ao esquecimento passou a ser mais abordado recentemente em razão da problemática gerada pelo uso da internet. Conforme já mencionado, ao contrário do que se pensa o direito ao esquecimento não surgiu com o advento da internet, mas pode-se afirmar que esta gerou um agravamento na situação, tendo em vista a facilidade de acesso, a rapidez com que as informações chegam aos usuários e a dificuldade encontrada para promover a exclusão dos conteúdos desejados.

Um dos maiores problemas encontrados hoje para efetiva aplicação do direito ao esquecimento é a internet, que surgiu como meio de facilitar o acesso e o compartilhamento de informações. Não há quem discorde que a internet é uma das criações da evolução tecnológica que mais é útil no nosso dia a dia. Com o acesso a internet, através de nossos aparelhos celulares, tablets, computadores, notebooks tem-se acesso a infinitas informações, 24 (vinte e quatro) horas por dia. Hoje, em razão da internet e demais tecnologias, possuem aplicativos e redes sociais capazes de suprir as dificuldades que encontra-se de lembrarmos-nos de compromissos ou informações.

A internet nos proporciona conforto e comodidade na medida em que seus avanços visam facilitar o nosso cotidiano. Não mais se precisa de agendas para anotar os compromissos, há agendas online que nos lembram data, local e horário, não precisa mais ir ao banco para efetuar pagamentos ou transferências, o simples

aplicativo do banco, devidamente credenciado, é capaz de propiciar o prazer de efetuar tais transações no conforto de nossos lares.

No Brasil o conhecido “Marco Civil da Internet”, regulamentou os princípios direitos, deveres e garantias dos usuários da internet no país. O Marco Civil da Internet estabeleceu-se pela Lei 12.965, de 23/04/2014, que tem por escopo a regularização do uso da internet no Brasil, abordando o direito de privacidade, a retenção de dados, a neutralidade da rede, a função social a ser cumprida com seu uso e a garantia da liberdade de expressão responsabilizando civilmente os usuários e provedores que causem eventuais danos a outrem. O artigo 2º, inciso II a Lei 12.965/2014, tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão e dos direitos humanos, bem como o desenvolvimento da personalidade. A Lei ainda dispõe que havendo dano à terceiro, em virtude da publicação e compartilhamento de conteúdo que entende ser ofensivo, este deverá acionar o poder judiciário para que, analisando o caso concreto, entenda por prevalecer os direitos inerentes a personalidade ou a liberdade de expressão.

A aplicação do direito ao esquecimento, em qualquer meio de comunicação, gera um confronto inevitável entre os direitos vinculados à personalidade do indivíduo e a liberdade de expressão e de imprensa. Assim como em todos os casos em que há conflito entre os princípios constitucionais, faz-se necessária a análise do caso concreto pelo poder judiciário, para que se faça uma ponderação entre tais princípios e decida-se pela prevalência de um em relação ao outro.

Há uma dificuldade a ser enfrentada quando a aplicação do direito ao esquecimento é feita no âmbito da internet. A internet, também é conhecida como um dos meios de armazenamento de dados mais eficiente, sendo tida como fonte inesgotável de informações, ela é capaz de suprir nossa limitada memória natural, sempre nos possibilitando lembrar, com riqueza de detalhes, quaisquer informações passadas. (SCHREIBER, apud BOLDRINI, 2016).

Este efeito de “memória eterna” faz com que todo o conteúdo uma vez divulgado se espalhe por entre todos os usuários, que uma vez a par das informações podem fazer seu uso do modo que lhe convir, ou seja, a informação compartilhada dificilmente poderá ser apagada.

O problema surge quando as informações compartilhadas virtualmente não podem ser removidas com a mesma facilidade em que são divulgadas. Apesar de

possuir inúmeros benefícios a internet possui um grande problema, qual seja a inexistência de um “botão delete”, ou seja um mecanismo capaz de tirar de circulação uma informação ou notícia considerada prejudicial aos direitos da personalidade de outrem, desde que comprovada e devidamente autorizada judicialmente.

O compartilhamento de informações muitas vezes infundadas ou que já não são de interesse da sociedade gera transtornos àqueles que são vítimas de uma sociedade do superinformismo. Tal divulgação causa danos que podem ser irreparáveis, mas naqueles casos em que ainda há possibilidade de reparo faz-se necessária o ajuizamento de uma demanda para que a informação possa ser desvinculada com seu nome, na tentativa de amenizar os danos já sofridos e evitar a ocorrência de danos futuros.

O ajuizamento de uma ação em face dos provedores de internet e dos agentes divulgadores do conteúdo podem levar anos para serem solucionadas, ante a infeliz morosidade processual que assola o judiciário brasileiro. Até o julgamento da demanda, não sendo deferido o pedido de remoção/exclusão/desindexação em sede de medida liminar, as vítimas são obrigadas a passarem por todo constrangimento de se verem vinculados às notícias ou informações que entendem ferir seus direitos assegurados pela Constituição Federal.

Como em qualquer outra demanda o êxito não é garantido nos casos de aplicação do direito ao esquecimento em cada caso concreto, cabendo à análise de sua aplicabilidade ao Juízo competente. Partindo do pressuposto de que em determinado caso, entenda por bem o juízo pela aplicação do direito ao esquecimento há uma barreira vinculada ao uso das informações através da internet.

As decisões proferidas a favor da aplicação do direito ao esquecimento na internet, como no supracitado caso de Gonzales x Google Span, apenas são capazes de desvincular o nome do requerente aos resultados das pesquisas realizadas através dos provedores de busca, não sendo possível a total exclusão da reportagem do meio virtual, já que o link do site divulgador continua online, bastando que este seja salvo, em sua integralidade como atalho para acesso ao conteúdo desejado.

Ao analisar o caso a questão que se levanta é sobre a possibilidade de ser determinada a exclusão do conteúdo/informação diretamente na fonte do compartilhamento, entretanto outro problema surge quando os usuários já tiveram acesso a este conteúdo que através de seus aparelhos celulares, conseguem captar a foto da pagina, criando os conhecidos “prints” das imagens desejadas. Ou seja, ainda que o conteúdo torne-se indisponível no site de origem as pessoas ainda podem acessar ao conteúdo através de outros meios de armazenamentos de dados.

Além de toda a dificuldade encontrada para aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da internet há ainda a dificuldade de se identificar a fonte divulgadora do conteúdo já que não há necessidade de identificação, ou ainda que a pessoa se identifique os dados fornecidos podem ser falsos ou serem divulgados por hackers, que hoje são considerados um problema mundial, ante o amplo conhecimento e facilidade para adentrar nas redes de computadores e divulgarem as informações que quiserem.

Há então uma dificuldade na aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto quando envolve o uso da rede mundial de computadores. As decisões judiciais são no sentido de determinar a desindexação do nome da vítima perante a notícia a ele vinculada, entretanto apenas tal medida não é suficiente para satisfazer o desejo daqueles que buscam não mais serem prejudicados pelo compartilhamento de determinadas matérias.

Neste sentido, o Min. Luis Felipe Salomão menciona no julgamento do Resp 1.334.097 que, “em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt afirmou que “a internet precisa de um botão de delete”. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on-line, impedindo a pessoa de conseguir emprego.” (REsp 1.334.097).

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto ao longo do presente trabalho depreende-se que a aplicação do direito ao esquecimento à internet é ineficaz na medida em que as informações uma vez divulgadas na rede são impossíveis de serem apagadas por completo, de modo que a simples desindexação não atende completamente ao anseio das pessoas que se vêem vítimas da divulgação de determinadas informações que lhe ferem os princípios de sua personalidade.

Na hipótese em que o indivíduo entender que houve por parte da imprensa e dos meios de comunicação abuso dos direitos relativos à liberdade de informação, que são capazes de ferir os direitos da personalidade, aquele poderá recorrer ao judiciário visando à aplicação do Direito ao Esquecimento.

O direito ao esquecimento surgiu para garantir que os direitos da personalidade não sejam violados ante a liberdade de imprensa e a proibição de censura que lhe é garantida.

A aplicação do Direito ao Esquecimento gera um confronto inevitáveis entre os princípios inerentes da personalidade e os da liberdade de imprensa e de informação, ambos assegurados pela Constituição Federal.

Para solucionar o conflito gerado, faz-se necessária a análise de cada caso concreto para que se chegue à conclusão de qual dos direitos deve prevalecer no caso posto, se os da personalidade, se o da liberdade de imprensa. A técnica a ser utilizada é a da ponderação, juntamente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entendendo o judiciário pela aplicação da tese do Direito ao Esquecimento, outro problema surge, quanto da sua efetividade no cenário atual com o advento da internet.

Embora àqueles que visam a aplicação do Direito ao Esquecimento se sintam aparentemente satisfeitos ao ter seu pedido julgado procedente pelo poder judiciário, a problemática refere-se à aplicação deste direito no âmbito da internet, que por meio de seus diversos recursos, podem, sim, eternizar determinadas informações caso seja desejo do usuário que a recebeu.

As decisões favoráveis do poder judiciário referente a aplicação deste direito no âmbito da internet, apresentaram como solução para a resolução do problema

apresentado a desindexação do nome do requerente à notícia a ele vinculada, entretanto, por meio dos aparelhos eletrônicos com acesso à internet é possível salvar as notícias sem necessariamente ter acesso ao site de origem do conteúdo.

Desse modo, através da análise dos casos concretos apresentados no presente trabalho, conclui-se que muito embora o direito ao esquecimento seja eficaz quando aplicado em outros meios de comunicação (televisão e jornais), em se tratando de aplicação na internet este direito mostra-se inócuo, na medida em que é impossível controlar o acesso às informações salvas nos computadores, notebooks e celulares e que podem ser facilmente compartilhadas a qualquer momento, sem prévia autorização ou impedimento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acessado em Julho de 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. Ed. Ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOLDRINI, Fernanda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico Brasileiro: o conflito entre a liberdade de expressão, de informação e de imprensa versus os direitos de personalidade**, 2016, disponível em http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2.pdf. Acesso em Julho de 2018.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e; OLIVA, Afonso Carvalho de; MOREIRA, Querolayne Chaina Cambil; TIBURSKI, Cátia. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (Resp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**, vol. 7/2014, p. 335-355, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**, 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1: parte geral e LINDB. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. v.1. 779 p. ISBN 978-85-7761-987-0.

FILHO, Evilásio Almeida Ramos. Direito ao esquecimento *versus* liberdade de informação e de expressão: A tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade de **informação**, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **A tutela Jurídica do Direito ao esquecimento no Brasil**: Conceito e aplicação no STJ e STF, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/xmlui/handle/ufjf/6795>. Acessado em agosto de 2018.

MORAES, Melina Ferracini de, **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**, São Paulo, 2016, disponível em <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2885/5/Melina%20Ferracini%20de%20Moraes.pdf>, acesso em junho 2018.

MATTIA, Fábio Maria de. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 03,2010.

SANTOS, Fernanda Freire dos. **Direito ao esquecimento**: as colisões entre liberdades comunicativas e direitos fundamentais da personalidade, 2017. Disponível em: <http://arquioceseadesaopaulo.pucsp.br/defesas/direito-ao-esquecimento-colisoes-entre-liberdades-comunicativas-e-direitos-fundamentais-da-personalidade>. Acesso em: outubro de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1,2003. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>. Acesso em Novembro de 2018.

SOARES, Fábio Costa. **Liberdade de comunicação**. Proibição de censura e limites. Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil, 24 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro; forense, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Sinópses jurídicas, v. 17).

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. Direito ao esquecimento: Memória, Vida Provada e Espaço Público. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região** v. 19 n. 19 (2015). Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/85646/2015_porto_noemia_direito_esquecimento.pdf?sequence=1, acesso em Junho de 2018.