

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GABRIELA DA SILVA FERNANDES DE BARROS

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL

RECIFE

2017

GABRIELA DA SILVA FERNANDES DE BARROS

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina O. Lacerda de Andrade

RECIFE

2017

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

B268d Barros, Gabriela da Silva Fernandes de
Direito ao esquecimento na sociedade digital / Gabriela da Silva
Fernandes de Barros. - Recife: o autor, 2017.
64 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a Renata Cristina O. Lacerda de Andrade
Trabalho de conclusão de curso (Monografia- Direito) –
Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.

Inclui bibliografia

1. Sociedade digital. 2. Direito ao esquecimento. 3. Colisão de
princípios. I. Andrade, Renata Cristina O. Lacerda de. II. Faculdade
Damas da Instrução Cristã. III. Título.

CDU 340

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GABRIELA DA SILVA FERNANDES DE BARROS

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador (a):

Examinador (a):

Dedico este trabalho

A minha tia, avó e mãe Creusa Asfora, melhor pessoa que já conheci, uma lutadora que nunca baixou a cabeça para as dificuldades da vida e que para mim é a melhor representação do verdadeiro sentido da fé.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter guiado meus passos.

A tia Creusa, minha maior referência, que se encontra no céu, mas que continua presente no meu coração.

A minha mãe, Neide Carvalho, que é a principal responsável por tudo o que tenho hoje, fazendo sempre tudo o que esteve a seu alcance para me dar o máximo de educação.

A Elvis Castro, meu namorado e porto seguro, pessoa singular na minha vida que esteve presente em todos os momentos da minha jornada me doando todo amor do mundo, seja através de atos ou palavras.

Aos amigos que conquistei nessa caminhada e que sempre me deram toda força do mundo para superar as adversidades da vida. Em especial, Maria Thais Simões, Grazielle Duarte e Tiago Didier. Vocês estarão sempre em meu coração.

Agradeço a todos os professores da Faculdade Damas, em especial a minha orientadora Renata Andrade, por quem possuo profunda admiração e ao dedicado professor de orientação monográfica, Ricardo Silva, que me ajudaram inúmeras vezes a alcançar o objetivo deste trabalho.

“Não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento”.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da possibilidade de uma aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital. De início, busca-se explicar o conceito dos direitos de personalidade, presentes no Código Civil Brasileiro de 2002 de maneira não taxativa, assim como na Constituição Federal Brasileira de 1988 na qualidade de direito fundamental, amparando-se no princípio da dignidade da pessoa humana para identificar a instituição de um novo direito de personalidade. Após explicar toda classificação desse direito, foi trazido o conceito da sociedade digital e do direito ao esquecimento, o qual é determinado através proteção da memória individual na internet, possuindo autonomia quanto a preservação da integridade moral na classificação dos direitos de personalidade e sofrendo limitações em razão do aspecto público do esquecimento, protegido pela memória coletiva. Desta forma, posteriormente foi analisado a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, observando-se as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, bem como os enunciados e projetos de leis em trâmite na Câmara, além da observação do Marco Civil da Internet sobre o tema e o conflito de direitos fundamentais da personalidade e da liberdade de informação. Por fim, foi trabalhado o estudo do pensador jurídico Robert Alexy sobre os direitos fundamentais e a utilização da ponderação para solucionar a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à informação. O tema foi abordado através de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória e teve como resultado a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital como um direito de personalidade, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no instituto da ponderação trazido por Robert Alexy para solucionar a colisão de normas.

Palavras-chave: Sociedade Digital, Direito ao Esquecimento, Colisão de Princípios

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the possibility of an application of the right to forgetfulness in the digital society. It seeks to explain the concept of personality rights, present in the Brazilian Civil Code of 2002 in a non-exhaustive manner, as well as in the Brazilian Federal Constitution of 1988 as a fundamental right, based on the principle of the dignity of the human person to identify a new personality right. After explaining all classification of this right, the concept of digital society and the right to forgetfulness was brought. This right is determined through the protection of individual memory on the internet and has autonomy as to the preservation of moral integrity in the classification of personality rights. It suffers limitations due to the public aspect of forgetting, protected by collective memory. Subsequently, the application of the right to forgetfulness in the Brazilian legal system was analyzed, observing the main decisions of the Superior Court of Justice, as well as the jurisprudence and draft laws in the Congress. The Brazilian Civil Internet Laws and the conflict of fundamental rights of personality versus freedom of information was also studied. Finally, the ideas of the legal thinker Robert Alexy on fundamental rights and the use of the weighting to solve the collision between the right to forgetfulness and the right to information were analyzed. The subject was approached through a bibliographical, qualitative and exploratory research and resulted in the application of the right to forgetfulness in the digital society as a right of personality, based on the principle of the dignity of the human person and the institute of the weighting brought by Robert Alexy To solve the collision of laws.

Keywords: Digital Society, Right to Forgetfulness, Collision of Principles

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARPANET	Advanced Research Projects Agency Network
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC/02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LEP	Lei de Execuções Penais
MCI	Marco Civil da Internet
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DE PERSONALIDADE E SUA PROTEÇÃO	13
2.1 Conceito e natureza jurídica dos direitos de personalidade	14
2.2 Características e classificação dos direitos de personalidade	18
2.3 A tutela jurídica dos direitos de personalidade de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana	26
3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL.....	29
3.1 A sociedade digital e o direito de ser esquecido.....	29
3.2 O aspecto público do esquecimento através da memória social e o privado pela memória individual	34
3.3 A autonomia do direito ao esquecimento na sociedade digital.....	37
4 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL BRASILEIRA E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY	40
4.1 A aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital brasileira e sua fundamentação jurídica.....	40
4.2 O conflito entre a liberdade de informação e o direito de ser esquecido.....	48
4.3 A teoria da ponderação de Robert Alexy como solução para a colisão dos direitos fundamentais na sociedade digital.	51
5 CONCLUSÃO.....	57
6 REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

A realidade mundial tem se transformado constantemente nos últimos anos por meio da revolução tecnológica que trouxe para a sociedade novas ferramentas de comunicação, superando de maneira veloz outros meios já existentes. A internet, por exemplo, tornou-se o principal meio de acesso a dados, através dela conseguimos ter informações de pessoas que se encontram na mesma localidade, bem como de pessoas que estão do outro lado do mundo, com a mesma agilidade na transmissão.

Segundo Dumas (2016), a tecnologia da internet foi criada com o objetivo de auxiliar a troca de informações militares entre diferentes centros, em meados da década de 1960, tendo sido construída para que pudesse suportar uma destruição parcial causada por uma possível guerra nuclear. Sua descoberta ocorreu em pequenos laboratórios de um órgão ligado ao departamento de defesa americano, a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), com a intenção de auxiliar os Estados Unidos a ter uma superioridade científica contra seus rivais.

Desde então a internet foi se desenvolvendo, por meio de um armazenamento indiscriminado de informações e pela troca de dados entre pessoas de diversos lugares do mundo. Segundo Tait (2007), o uso comercial da internet no Brasil só foi liberado em 1995 e por causa disso foi criado o Comitê Gestor da Internet, iniciativa do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia para que a expansão da rede fosse fiscalizada.

Assim, com o avanço das tecnologias e a expansão da internet em decorrência da velocidade com que as informações chegam ao destinatário final de uma mensagem, ou até mesmo a todos usuários da rede, a sociedade tem transferido suas relações cotidianas para o plano digital, comunicando-se com mais frequência por meio da internet, bem como buscando informações de seus interesses por essa rede.

Em vista disso, podemos evidenciar a existência de um novo meio social na atualidade, que é o que podemos chamar de sociedade digital, tendo em vista que a sociedade se caracteriza por ser um meio de reunião de pessoas ou de grupos e que a internet permite essa interação de forma muito mais prática e rápida.

A sociedade digital se encontra presente na realidade de todos os indivíduos, principalmente nas dos usuários da internet, seu surgimento se deu por meio da evolução dos meios de comunicação no cotidiano. Pinheiro (2013, p. 85) aduz que nela possuir informações é mais importante que possuir bens, e, por isso é necessário que haja uma proteção ao Direito

de informação, que é princípio basilar do Direito Digital, devendo ser protegido juntamente com o seu contradireito, qual seja o direito à não informação.

Assim, em razão dessa ferramenta ter se popularizado nas diversas camadas sociais, surge a preocupação com a preservação de alguns direitos inerentes aos indivíduos, tendo em vista que a regulamentação legislativa do assunto vem se aprimorando aos poucos, de acordo com os novos acontecimentos.

Isto posto, observa-se que a normatização da sociedade digital é de extrema necessidade, uma vez que na internet é possível encontrar informações pessoais dos indivíduos sem restrição e com celeridade, portanto, a ausência de normas pode ocasionar violações de direitos. Nesse contexto, constata-se o surgimento de um novo direito de personalidade, o Direito ao Esquecimento, o qual visa proteger a memória individual, preservando a veiculação na internet de fatos retrógrados da intimidade dos indivíduos.

O Direito ao Esquecimento irrompeu pela primeira vez na Europa e só veio ter maior ênfase na sociedade brasileira, após duas decisões do STJ sobre o assunto em 2013 e posteriormente pela emissão do Enunciado 531 aprovado durante a VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, no qual dispôs: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Destarte, o direito de ser esquecido pode ser considerado um direito de personalidade protegido pelo código civil, sua aplicação ganhou maiores contornos graças a sociedade digital, a qual se manifestou após a revolução tecnológica. Destaca-se que, o estudo desse direito é de extrema importância para a atualidade, visto que as informações veiculadas na internet possuem um potencial lesivo bastante elevado em comparação com a memória humana. Em razão disso, o Direito ao Esquecimento deve ser objeto de estudo e discussão.

Ante o exposto, para esta pesquisa estabeleceu-se a seguinte questão: É possível aplicar o Direito ao Esquecimento na sociedade digital?

Diante do acesso indiscriminado de informações pessoais, em caráter permanente, disponibilizados pela sociedade da informação, haveria possibilidade de uma pessoa solicitar o direito de ser esquecido em razão deste se caracterizar como um direito de personalidade, amparando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o Enunciado 531 do CJF, sendo assim, a aplicação do direito ao esquecimento ocorrerá com base nessas garantias constitucionais e por meio do sistema de ponderação desenvolvido por Robert Alexy como solução para colisão de normas.

O objetivo geral do presente trabalho foi analisar a possibilidade da aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital. Já os objetivos específicos foram o de avaliar a proteção dos direitos de personalidade e seus componentes essenciais, identificar o direito ao esquecimento na sociedade da informação e verificar a aplicação do direito de ser esquecido e seus fundamentos jurídicos na sociedade digital brasileira.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, utilizando o método científico dedutivo, onde serão obtidos como base teórica artigos, livros e dissertações que se refiram ao tema abordado.

O presente estudo elaborou-se em três capítulos, onde no primeiro foi analisado os direitos de personalidade e a sua proteção, conceituando-os, demonstrando suas características, natureza jurídica e classificação com base no Código Civil e no princípio base do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana que é assegurada pela Constituição Federal.

Já no segundo capítulo, efetuou-se a identificação do Direito ao Esquecimento na sociedade digital, observando sua autonomia quanto ao aspecto moral dos direitos de personalidade e como garantia da memória individual pelo aspecto privado do esquecimento na sociedade contemporânea.

Por fim, o terceiro capítulo verificou a aplicação do Direito ao Esquecimento na sociedade digital brasileira, observando-se sua fundamentação jurídica, bem como o conflito existente entre esse direito e a garantia à liberdade de informação na sociedade digital e a teoria da ponderação de Robert Alexy para resolução desses conflitos.

2 O DIREITO DE PERSONALIDADE E SUA PROTEÇÃO

Hodiernamente, o principal meio de comunicação entre as pessoas é através da internet, a qual tem conquistado grandes números de usuários por permitir conversações com bastante facilidade e celeridade. Além disso, a rápida disseminação de informações em ambiente virtual tem cativado cada vez mais aos utilizadores dessa ferramenta.

Por este motivo, a sociedade contemporânea adquiriu a titulação de sociedade digital, tendo em vista que a maioria das atividades realizadas pelas pessoas no presente estão inserida em tal contexto. Nesse sentido expõe Rodrigues (2010): “A sociedade deixou portanto de ser aquele conjunto físico de indivíduos no momento em que se associou a ela o termo “digital”, ainda que este não seja concretamente definível no tempo nem no espaço”.

Assim, a utilização rotineira de mecanismos digitais como ferramenta de comunicação entre as pessoas, seja por e-mails, ou pelas redes sociais, ocasionou a formação da sociedade virtual, local onde as atuações dos indivíduos crescem de maneira irrefreada em paralelo a regulamentação jurídica desse ambiente.

Isto posto, o Direito busca regulamentar essa zona de relacionamento social, haja vista que a utilização desse espaço para o convívio entre pessoas pode ocasionar infrações a algumas garantias ofertadas pela Constituição, ou até mesmo a algumas legislações. O direito de ser esquecido é um exemplo de tutela contra violações a direitos do indivíduo em ambiente digital.

Diante disso, o direito ao esquecimento passou a ter maior disposição em nosso ordenamento jurídico, onde já existem alguns julgados sobre o assunto. Ademais, começou a ser aplicado com maior frequência depois da aprovação do enunciado de nº 531 do Conselho da Justiça Federal, o qual abordaremos mais à frente. Outrossim, sua utilização já é reconhecida pela legislação Europeia há um certo tempo, por intermédio de algumas diretivas para a proteção desse privilégio.

Importante destacar, que o direito de ser esquecido tem ligação direta com os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, uma vez que seu emprego na sociedade decorre dos direitos de personalidades preceituados de modo exemplificativo pelo Código Civil de 2002 e a sua proteção deve ser regulamentada pela dignidade da pessoa humana.

2.1 Conceito e natureza jurídica dos direitos de personalidade

A personalidade é o conjunto de características pessoais que definem o homem como pessoa, que representa sua individualidade, tendo ligação direta com o conceito de humanidade, de moral e da ética. Para Mota et al. (2015) “A personalidade é algo intrínseco a qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica. Consiste então na possibilidade de ser um sujeito de direito, titularizando direitos e contraindo deveres na ordem jurídica”.

Antes mesmo de se falar em personalidade, é importante definir o conceito de pessoa para a ordem jurídica, tendo em vista que é através dela que se obtém personalidade. O Código Civil (2002), inicia o tratamento da pessoa natural por meio de seu artigo 1º, o qual dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Logo em seguida, em seu art. 2º o CC/02 determina que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim, todo ser humano ao nascer adquire personalidade jurídica, passando a ser sujeito de direito e obrigações perante o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a personalidade se adquire pelo nascimento com vida, o qual é identificado, biologicamente, através da primeira respiração do nascido. Esta definição é denominada por meio da teoria natalista, trazida tanto pelo Código Civil de 1916, quanto pelo de 2002, mas que ressalva, ainda, os direitos do nascituro, ou melhor dizendo, do ser em formação.

Para Gonçalves, (2012, p. 97-98), existem mais duas teorias sobre o início da personalidade. É o caso, da teoria concepcionista e da personalidade condicional. Para a primeira, a personalidade é adquirida a partir da concepção do feto, antes mesmo de seu nascimento. Já para a segunda o nascituro é uma pessoa condicional, posto que para aquisição de sua personalidade existe a condição do nascimento com vida do bebê. Assim, esta última se assemelha a teoria natalista, podendo ser considerada uma decorrência desta.

Destaca-se que, os doutrinadores mais clássicos do código civil, assumiram uma leitura mais estrita do código, ao defender a aplicação da teoria natalista para a atribuição da condição de pessoa. Nesse seguimento, aduz Asfor (2013) que o nascituro não pode ser considerado como pessoa, pois apenas possui mera expectativa de direito que só se consubstancia com o seu nascimento, através de sua primeira respiração.

Nestes termos, o CC/02 recepcionou a teoria natalista, a qual dispõe que o nascimento com vida define o indivíduo como pessoa, que por sua vez se torna um sujeito provido de direitos e deveres perante o Estado. No entanto, fez questão de ressaltar a

condição do nascituro desde sua concepção, de forma que fosse possível assegurá-los de alguns direitos, como o de alimentos, por exemplo.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não possui entendimento firmado sobre esse debate. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem defendido a teoria concepcionista, caracterizando o nascituro como pessoa e reconhecendo direitos a ele desde sua concepção. Nesses termos expõe Gonçalves (2011, p. 104, grifos do autor):

O **Supremo Federal** não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista (cf. RE 99.038, Reclamação 12.040-DF e ADI 3.510). O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria **concepcionista**, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral.

Percebe-se uma predominância na doutrina acerca da aplicação da teoria concepcionista para proteção do nascituro, tendo em vista que apesar de ser considerado um ser em formação, ele pode adquirir alguns privilégios inclusive para auxiliar na sua construção, através de uma ação de alimentos gravídicos, por exemplo, dessa forma, o entendimento do STJ tem prevalecido.

Urge declinar, ainda, que tanto as pessoas naturais como as jurídicas possuem personalidade jurídica, e, conseqüentemente, direitos de personalidade. Logo, só se perde tais privilégios através da morte da pessoa natural, ou da extinção da pessoa jurídica, momento em que também se perde a qualidade de pessoa. Não obstante, alguns direitos de personalidade têm eficácia mesmo após a morte do indivíduo, isso ocorre para proteção de alguns interesses extrapatrimoniais.

Desta maneira, mesmo depois de morto o sujeito continua a ter a proteção de alguns direitos pelo ordenamento jurídico, um exemplo disso ocorre por meio da preservação dos restos mortais de um indivíduo. Assim observa Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 179-180, grifo do autor): “[...] com fundamento na ideia de que é preciso proteger a dignidade do ser humano — e seus restos mortais lhe representam *post mortem* —, tem-se admitido a preservação, como direito da personalidade, do cadáver”.

O cadáver é protegido, inclusive, pelo Código Penal entre os arts. 209 e 212 em que é reservado um capítulo específico para falar dos crimes contra o respeito aos mortos. Nesse liame, apesar da qualidade de pessoa ser extinta com a morte, o ordenamento jurídico prevê eficácia de alguns direitos para além dela, punindo os crimes realizados contra o morto, como o vilipêndio ao cadáver.

Essa eficácia, inclui também a proteção da honra e da imagem do de cujus, as quais podem ser tuteladas pelos herdeiros em favor daquele. O próprio Código Civil faz

disposição acerca da possibilidade de indenização material e moral nos casos em que houverem violações de alguns direitos de personalidade em seus arts. 12º e 21º.

Os direitos de personalidade são direitos privados e derivados de uma relação íntima e pessoal de um sujeito com a sua própria existência, na qual o próprio indivíduo tem o poder de proteger os direitos de seu corpo e de sua mente perante outros cidadãos. Por conseguinte, são considerados direitos subjetivos que visam proteger a integridade física, moral ou intelectual de uma pessoa. Sobre o assunto argumenta Gonçalves (2012, p. 179):

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente.

Dessa forma, nota-se que o melhor conceito para os direitos de personalidade é identificado pela sua inerência a todos os seres nascidos com vida. O simples fato de existir é considerado suficiente para que o sujeito adquira poderes em face de outros indivíduos ou até mesmo perante o Estado, com o intuito de garantir seus direitos privados. Ademais, esses privilégios não possuem uma definição rígida e completa, tendo em vista que a presença deles na sociedade ainda tem sido objeto de grandes discussões doutrinárias.

Por assim dizer, a doutrina e a jurisprudência buscam, constantemente, baseando-se nos vários Direitos da Personalidade existentes e nos que surgem diariamente, encontrar um conceito que defina, de uma forma clara, objetiva e completa, do que sejam os direitos da personalidade, que poderíamos afirmar, em poucas palavras, sem a intenção de adotar uma definição precisa, se constituem em direitos essenciais ao exercício da dignidade da pessoa humana (NICOLODI, 2003).

Ademais, a natureza jurídica desses privilégios é ponto de bastante controvérsia entre doutrinadores, ora defendido como decorrência do direito natural, tendo como base a corrente jusnaturalista, ora defendido com o viés da escola positivista. A primeira entende que tais direitos são conceituados como direitos inatos aos indivíduos, já a segunda considera que a concepção jurídica-normativa é a responsável pela criação desses proveitos.

Dessa forma, a corrente positivista vai de encontro com a jusnaturalista a partir do momento em que não considera a existência de direitos inatos e primordiais a todos os indivíduos, cabendo ao Estado a sua proteção. O Positivismo entende que o Estado quem deve impor suas leis, bem como reconhecer alguns privilégios, como é o caso dos direitos de personalidade.

A teoria mais adotada pelos doutrinadores é a natural, ou jusnaturalista, situando os direitos de personalidade através de sua inerência a todos os seres humanos nascidos com vida. Para Nader (2016, p. 130), essas garantias são consideradas como um desdobramento da

existência humana que visam proteger a personalidade e todos os seus atributos e que deriva da ordem natural das coisas, desatrelando-se, apenas, do conceito de direitos humanos.

Contudo, a polêmica evidenciada entre as correntes perdeu um pouco de espaço e atenção entre os doutrinadores, em razão da discussão não ter mais tanta importância prática após a disposição expressa no Código Civil de 2002 sobre o assunto, de forma exemplificativa, não se excluindo porventura outros benefícios decorrentes de alguns princípios assegurados pela Constituição Federal, como é o caso do direito ao esquecimento.

Destaca-se, ainda, que os direitos de personalidade passaram a ser mais discutidos após a Revolução Francesa, na qual se observou a necessidade de proteger algumas garantias básicas a todos os indivíduos, como a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Nessa lógica podemos observar a construção de gerações, ou dimensões dos direitos de personalidade que foram se concretizando por meio da evolução dos direitos fundamentais aos seres humanos.

A evolução dos direitos fundamentais, desse modo, costuma ser dividida em **três gerações** ou **dimensões**, que guardam correspondência com os referidos lemas: a **primeira geração** tem relação com a liberdade; a **segunda**, com a **igualdade**, dando-se ênfase aos direitos sociais; e a **terceira**, com a **fraternidade ou solidariedade**, surgindo os direitos ligados à pacificação social (direitos do trabalhador, direitos do consumidor etc.). Cogita-se, ainda, a na doutrina a existência de uma **quarta geração**, que decorreria das inovações tecnológicas, relacionadas com o **patrimônio genético** do indivíduo, bem como de direitos de uma **quinta geração**, que decorreriam da **realidade virtual** (GONÇALVES, 2017, p. 165, grifos do autor).

Sendo assim, os direitos da personalidade são direitos garantidos pelo Código Civil de 2002 e disciplinados a partir de seu artigo 11º, que são adquiridos através do nascimento com vida, o qual se constata, biologicamente, pela respiração. Esses privilégios são assegurados também pela CF/88 e tem fundamento na dignidade da pessoa humana. Nesse liame, defende Martinez (2014, p. 21): “Há um reconhecimento, portanto, de que toda a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro deve ter como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Diante disso, observa-se que os direitos da personalidade têm assumido bastante destaque no momento atual, em razão da sua necessária aplicação na realidade virtual, sendo visto como direito de quarta geração. Além de tudo, tem a intenção de proteger outros direitos primordiais, merecendo por isso uma análise mais substancial de todos seus atributos.

2.2 Características e classificação dos direitos de personalidade

A proteção da personalidade é realizada através do primeiro e do segundo capítulo do Código Civil Brasileiro de 2002, que tratam da personalidade, capacidade e dos direitos da personalidade, respectivamente, sendo este último considerado um meio de defesa de uma pessoa diante de seu semelhante, ou seja, frente a outro indivíduo.

Os direitos de personalidade são caracterizados por sua diferenciação dos demais direitos, tendo em vista que são considerados direitos inatos ao ser humano e por isso obtêm valor e condição de direito fundamental. O Código de Civil (2002) tratou de demonstrar em capítulos específicos uma proteção para esses privilégios, os quais não eram acolhidos pelo Código de 1916, visto que neste se priorizava o patrimônio das pessoas, não se atentando a outros valores como a privacidade, a honra o nome e a imagem, entre outros.

Assim, com o novo acolhimento legal tais valores passaram a ser considerados pela Constituição Federal, como direitos e garantias fundamentais a existência dos seres humanos, surgindo em resultado lógico ao princípio norteador da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 182):

A ideia a nortear a disciplina dos direitos de personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecida tutela pela ordem jurídica uma séria indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.

Diante disso, o direito de personalidade é um valor em constante evolução que deve ser resguardado, uma vez que apesar de não ter cunho patrimonial possui atribuições pertinentes a condição humana. Nessa lógica, detém particularidades que os colocam no cenário dos direitos privados, com posicionamento singular dos demais ramos jurídicos, tendo em vista que se caracterizam como direitos gerais, absolutos, vitalícios, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e extrapatrimoniais.

Assim, o seu efeito *erga omnes*, ou caráter absoluto, o torna impassível de mitigação, impondo a todos os cidadãos a incumbência de respeitá-los perante os demais, bem como a atribuição do Estado em assegurá-los nas relações interpessoais, baseando-se no seu caráter soberano. “O caráter absoluto dos direitos da personalidade se materializa na sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los” (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2012).

Além do mais são indisponíveis, portanto não podem ser transferidos nem por meio *inter vivos* nem por *causa mortis*. Excepcionalmente, admite-se sua transmissibilidade, é o que acontece, por exemplo, com o direito de imagem, a qual pode ser cedida a terceiro

como uma faculdade de uso para uma propaganda publicitária, por exemplo. Sendo necessário, no entanto, a realização de um contrato de cessão de uso dos direitos à imagem em respeito à vontade do titular da imagem concedida. Sobre a disponibilidade desses direitos determina Diniz (2012, p. 135, grifo do autor):

Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencionada. Nada obsta a que, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato como, por exemplo, o de concessão ou licença para uso de imagem ou de marca (se pessoa jurídica); o de edição para divulgar uma obra ao público; o de *merchandising* para inserir em produtos uma criação intelectual, com o escopo de comercializá-la, colocando, p. ex., desenhos de Disney em alimentos infantis para despertar o desejo das crianças de adquiri-los, expandindo, assim, a publicidade do produto. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa.

Destarte, a disponibilidade dos direitos de personalidade não pode ser considerada absoluta, haja vista que a própria lei permite que as pessoas possam dispor de alguns desses proveitos, em determinadas ocasiões, seja para razões altruísticas dispondo de partes do corpo com a finalidade de auxiliar alguém que esteja precisando. Seja para preservação de direitos de imagens, em razão de sua exploração econômica, nesse caso sendo mais comum com pessoas famosas, as quais devem receber um valor pecuniário pela vantagem obtida na exposição de seu direito de personalidade.

Afora isso, tais garantias não podem ser transmitidas, pois são classificadas como direitos personalíssimos, dessa forma, por não terem conteúdo econômico apenas pessoal não se transferem. O direito de personalidade só terá valor econômico nos casos de reparação, quando houver violação de um direito, por exemplo. Nessa perspectiva dispõe Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 192): “Assim, é correto dizer que, em princípio, os direitos de personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principalmente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados”.

Caracterizam-se como direitos extrapatrimoniais, para sua utilização não se julga necessário valor monetário. Destacam-se, também, por seu aspecto impenhorável, o qual se liga diretamente a seu caráter indisponível, e, por serem intrínsecos a todos os indivíduos, não são objeto de constrição judicial, visto que não podem ser separados da figura de seu titular.

São identificados por serem imprescritíveis e vitalícios, ou seja, não há prazo para a perda do direito de ação. Dessa forma, não se extinguem pelo seu uso, nem pelo o não uso. A inércia na defesa de algumas pretensões não é motivo suficiente para que esses direitos sejam afetados pela prescrição. Importante ressaltar que, a prescrição desses privilégios nada

tem a ver com a prescrição de ações que pleiteiem indenização pela violação dessas garantias, como a indenização por dano moral. Não se pode, pois, afirmar que é imprescritível a pretensão à reparação do dano moral, embora consista em ofensa a direito de personalidade (GONÇALVES, 2017, p. 163).

Quanto a sua vitaliciedade, como já foi mencionado anteriormente possui natureza permanente acompanhando o indivíduo até a morte, haja vista que só com a morte se perdem os direitos de personalidade. Entretanto, em alguns casos específicos podem ser protegidos além da morte, é o que acontece, por exemplo, quando ocorre lesão a honra, a imagem ou a memória da pessoa morta.

Nesse caso, os herdeiros do *de cuius* poderão pleitear ação indenizatória perante o judiciário para serem ressarcidos pelos danos morais causados a reputação e a memória do morto. Nesta perspectiva, percebe-se também o direito ao esquecimento, uma vez que este intenta a proteção da memória individual das pessoas, considerando-se um direito de personalidade que deve ser preservado, também, pelos herdeiros em face da violação de direitos daqueles que já se foram.

No que se refere a classificação desses direitos, são qualificados como essenciais a vida de todos os indivíduos, e, por isso, são destacados de diversas formas pela doutrina, dividindo-se de acordo com o bem a ser tutelado, seja ele de conteúdo físico, psíquico ou moral. No entanto, tais atributos não são considerados universais entre os autores do assunto, podendo assumir diversas distinções na classificação desses direitos, além das já citada.

Contudo, nessa pesquisa será abordado os aspectos físico, psíquico e moral dos direitos da personalidade, de forma que possa ser verificado a classificação do direito ao esquecimento na sociedade informação. Dessa forma, é necessário identificar esse direito, classificando-o de acordo com sua matéria e observando, também, a possibilidade de uma consideração autônoma sobre tal conteúdo. Assim determina Martinez (2014, p. 36):

A classificação dos direitos da personalidade realiza-se considerando os aspectos fundamentais da personalidade que são objeto da tutela jurídica: intelectual (proteção à propriedade intelectual através das patentes), física (proteção à vida e ao corpo) e moral (proteção à honra, liberdade, intimidade, imagem e nome).

Isto posto, no que se refere a vertente física, dividem-se em direitos de proteção ao corpo e de proteção à vida. Esta última já se encontra implicitamente evidenciada no art. 2º do CC/02, sendo protegida desde sua concepção, conforme aplicações do STJ, o qual tem assegurado os direitos do nascituro, como o de alimentos para o seu desenvolvimento intrauterino natural e saudável.

Como já foi destacado, apesar do CC/02 assumir posicionamento da corrente natalista por uma análise estritamente legal do artigo 2º, a teoria concepcionista não foi rechaçada pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que não se pode deixar de considerar a vida do nascituro, assim é o entendimento do STJ.

A tutela à vida, liga-se também a característica da indisponibilidade dos direitos de personalidade, visto que o bem da vida é protegido universalmente pela legislação, impondo a todos indivíduos o respeito a essa garantia. Nesse contexto discorre Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 172): “A concepção de um direito à vida (e não — repita-se! — sobre a vida) implica o reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida”.

O direito ao corpo é compreendido pela integridade física, qualificando-se também pela sua indisponibilidade. Apenas em alguns casos específicos é permitida a utilização desses direitos, seja em vida ou em morte. Um exemplo disso é a doação de órgãos que tem regulamentação jurídica pela Lei 9.434/97.

A doação de órgãos é permitida para fins de transplante e tratamento em conformidade com o art. 13º do CC/02 que determina: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Sendo assim, admite-se a disponibilidade de partes do corpo, desde que não provoque danos a integridade física do doador. Já nos casos de utilização do corpo morto, seja para fins altruísticos, seja para estudo, dispõe o art. 14º da mesma lei: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

O aspecto psíquico dos direitos de personalidade visa proteger a propriedade intelectual, que se divide em propriedade industrial e direitos autorais, assegurando a autoria científica e artística. Já no aspecto moral, o qual é de extrema importância para esta pesquisa, subdividem-se em direitos da liberdade civil e de pensamento e questões relativas ao nome, a honra, a imagem e a privacidade dos indivíduos.

A liberdade tem diversas variações que devem ser protegidas pela ciência jurídica, possuindo algumas concepções de extrema relevância para sociedade. A sua proteção pode ser avaliada como uma vitória perante os institutos anteriores que impediam as pessoas de agirem com autonomia na sociedade.

A CF/88 separou um capítulo para discorrer sobre os direitos e garantias fundamentais, dividindo-os em direitos individuais e coletivos. Em seu art. 5º, caput,

determinou que: “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”.

O art. 5º da CF/88 é reputado como o mais importante da constituição, pois nele estão listados todos os direitos fundamentais à existência digna dos cidadãos. Nessa perspectiva, a garantia à liberdade deve ser observada em razão da suma importância para a qualidade de vida das pessoas.

A liberdade é uma cláusula geral que tem várias ramificações, como a liberdade de pensamento, de culto ou religião, de imprensa, de informação, de expressão, entre outras. Apesar de todos os tipos terem sua devida importância, nos debruçaremos nessa pesquisa apenas sobre a liberdade de informação que é uma extensão da liberdade de expressão, tendo em vista que ela interfere diretamente na aplicação do direito ao esquecimento, em razão da existência de conflito de matérias.

Nesse liame, o art. 220 da CF/88 aduz que: “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”. Diante disso, a constituição garante os direitos de informação e de expressão a todos os indivíduos.

Ressalve-se, que esses direitos sofrem limitações quando postos em conflitos com outras garantias constitucionais, como é o caso dos direitos à privacidade, intimidade e da proteção da memória individual, sendo essa última preservada pelo direito ao esquecimento que se ampara na dignidade da pessoa humana. Nesses casos, o Estado deverá utilizar a técnica da ponderação trazida por Robert Alexy, para que possa assegurar o direito que melhor se aplica ao conflito, ou seja, considerar o direito mais pertinente de aplicação no caso prático.

O direito à liberdade de expressão se conecta a liberdade de pensamento, uma vez que a primeira pode ser considerada como uma exteriorização da segunda. A liberdade de pensamento está assegurada no art. 5º, inciso IV da CF/88, o qual diz: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Já a liberdade de expressão encontra disposição no mesmo art. 5º, inciso IX, aduzindo que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de expressão decorre da liberdade de pensar, de expressar os pensamentos mais íntimos sem correr risco de sofrer censura do Estado. “No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental

diretamente correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas” (TÔRRES, 2013).

Todas as pessoas podem pensar livremente, o pensamento não pode ser restringido pela justiça. Contudo, a sua exteriorização, em alguns casos, é suscetível de controle para que não haja violação a regra base do ordenamento, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os indivíduos nunca poderão ser punidos por seus pensamentos.

A liberdade de expressão do pensamento é assegurada pela constituição, posto que a censura é terminantemente proibida. Além disso, sua proteção engloba tanto a expressão dos pensamentos, quanto a expressão artística e de criação. Assim aduz Tôrres (2013):

[...] na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.

O direito de ser informado merece destaque, haja vista que o seu contradireito é tutelado pelo direito ao esquecimento, qual seja, o direito à não informação. A informação é de suma importância para a sociedade, seja ela de caráter público ou privado e a sua restrição, em determinados casos, pode ser considerada uma forma de censura.

A CF/88 dispõe sobre esse direito em seu art. 5º, inciso XIV o qual diz: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Logo, a liberdade de informação é um direito fundamental a existência de toda nação que objetiva a construção de opiniões das pessoas e que é indispensável para participação popular num estado democrático de direito.

O direito à informação é evidenciado em diversas áreas do saber jurídico, como a política, por exemplo. Nesse ambiente, foi criado o portal da transparência, visando facilitar a todos os cidadãos o acesso com clareza aos gastos públicos realizados pelo Governo, proporcionando ao contribuinte um poder de fiscalização das contas públicas.

Nesse sentido, a liberdade de informação pode ser dividida em três pilares, podendo ser de caráter individual, público e de massa. Assim expõe Almeida (2010): “Pode-se falar em informação individual, aquela que se dá entre as pessoas no cotidiano; estatal, aquela fornecida pelo estado; e massiva, que comporta os meios de comunicação de massa”.

Nos veículos de imprensa são noticiados os fatos de interesses público para conhecimento das pessoas, bem como algumas matérias de conteúdos privados, mas que merecem destaque para o restante da população, seja para alertá-las ou mantê-las avisadas.

Os meios de comunicação de massa na atualidade, englobam ainda a Internet, a qual tem adquirido o espaço antes só explorado por jornais impressos ou pela televisão. Dessa forma, essa ferramenta tem assumido destaque mundial em razão da sua facilidade na troca de informações entre diversas populações, bem como sua rápida comunicação em alcance mundial.

Em razão disso, a própria imprensa tem passado a se comunicar com a população através desse instrumento, expondo suas notícias em ambientes digitais, facilitando assim o acesso de qualquer usuário a informação, a qual ganha proporções a nível mundial. É por causa disso que o direito ao esquecimento assume maior notabilidade perante o meio jurídico.

O acesso às informações em ambiente digital tem uma cobertura muito maior do que as obtidas por outros caminhos. A internet tem a capacidade de armazenar todos os conteúdos disponibilizados pelos usuários do mundo todo, sendo assim, qualquer indivíduo, independente da região em que se localize pode ter acesso aos conteúdos de outras pessoas de forma célere e descomplicada.

Nesse ponto, a internet pode ocasionar lesões a outros direitos fundamentais a existência do indivíduo, os quais também se encontram contemplados pelo aspecto moral dos direitos de personalidade como os direitos ao nome, a honra, a imagem, à vida privada, a intimidade e a memória das pessoas.

O nome faz parte do aspecto moral dos direitos de personalidade, é composto de prenome e sobrenome. O primeiro é de caráter particular, identificando a pessoa na sociedade, já o segundo está vinculado a família da pessoa, de forma que seja possível diferenciá-la de outras famílias. Nesse sentido, dispõe o art. 16 do CC/02: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

O direito ao nome visa proteger a identidade pessoal, e, é considerado, em regra imutável, contudo, em alguns casos específicos a lei permite a sua alteração. Ademais, o nome de outrem não pode ser usado sem autorização, mesmo que não seja para fins comerciais. “Dessa forma, quando houver autorização, o nome pode ser utilizado por terceiro. A anuência pode ser concedida gratuitamente ou mediante remuneração[...]”. (MARTINEZ, 2014, p. 47)

Assim como o Nome, a honra também é amparada pelo aspecto moral dos direitos de personalidade. O direito à sua proteção é encontrado no art. 5º, inciso X, da CF/88, quando determina que: “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”.

A honra pode estar ligada tanto ao nome, quanto a imagem de um indivíduo e se caracteriza pela representação social que uma pessoa pode adquirir em um ambiente comunitário. O art. 186 do CC/02 define como ato ilícito o dano provocado a outrem, decorrente de uma ação ou omissão, mesmo que seja exclusivamente moral. Sendo assim, aquele que provocar um dano a honra e a imagem de outra pessoa deverá ser responsabilizado civilmente. Nesse sentido, observa-se também o art. 20 do CC/02:

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

Desta maneira, o resguardo da imagem é garantido como direito fundamental, indisponível, sendo permitido em alguns casos específicos a sua exploração, desde que exista autorização expressa para tal. Importa salientar, ainda, que essa permissão também é necessária para a utilização da imagem de pessoas que se encontrem em locais públicos. “Dessa forma, famosa ou não, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior” (MARTINEZ, 2014, p. 44).

Quanto ao direito de privacidade, este deve ser examinado de forma ampla, incluindo outros direitos como o resguardo da vida privada e a intimidade das pessoas. O direito à privacidade está disposto no art. 21 do CC/02, estipulando 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”. Diante disso, é um direito de personalidade, no qual se pretende preservar os aspectos mais íntimos do ser humano.

Nesse ponto, a privacidade defende os direitos a intimidade dos indivíduos no presente, distinguindo-se do direito de ser esquecido que tem como objetivo a proteção da memória individual, concedendo ao indivíduo um controle sobre os dados retrógrados que afetem a sua privacidade na atualidade, dessa forma, impedem que os acontecimentos do passado interfiram no presente das pessoas.

Diante disso, o direito ao esquecimento assume autonomia quanto ao aspecto moral dos direitos de personalidade, uma vez que resguarda a memória pessoal dos indivíduos, impedindo a rememoração e manipulação da população sobre os conteúdos passado da vida privada de alguém. Esse direito tem adquirido maior visibilidade na sociedade digital, pois nela a disseminação de informação é mais facilitada aos usuários e por meio dela as pessoas podem ter seus dados particulares reexpostos com bastante simplicidade.

Dessa forma, devido a constituição de um novo tipo social que tem utilizado predominantemente as ferramentas digitais para praticar os principais atos do cotidiano, o direito ao esquecimento adquiriu destaque e sua aplicação no cenário digital tem sido palco de grandes embates e discussões pelo judiciário e doutrina. Uma parte desta, entende ser possível sua aplicação como um direito indispensável a vida das pessoas, sendo regido pela dignidade da pessoa humana.

2.3 A tutela jurídica dos direitos de personalidade de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana

Os direitos de personalidade se ligam aos direitos fundamentais presentes no artigo 5º da Constituição Federal, à vista disso se destaca a dignidade da pessoa humana, na medida em que é considerada o direito fundamental norteador da lei maior. Segundo Martinez (2014, p. 17), a dignidade da pessoa humana atua de duas formas, a primeira como uma espécie de justificação moral e a outra como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Assim, o direito constitucional de dignidade se conecta ao direito de personalidade, caracterizando-o como direito fundamental ao indivíduo.

A dignidade da pessoa humana é uma das regras básicas para garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, sua disposição interfere em todas as áreas do saber jurídico, em razão de seu caráter primordial. “O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (CF, art. 1º, III)” (GONÇALVES, 2011, p. 156).

Os direitos fundamentais dispostos no art. 5º da CF/88 comportam os direitos de personalidade, tendo como argumento jurídico a dignidade da pessoa humana que rege todo o ordenamento. Nesse ponto, a dignidade pode ser considerada como princípio norteador do Direito, em razão da sua importância para todos os indivíduos, pois regulamenta as garantias essenciais à uma existência digna em sociedade. Nesse ínterim afirma Martinez (2014, p.17):

Assim, o primeiro papel fundamental da dignidade humana é atuar, enquanto princípio, como uma fonte de direitos e deveres, incluindo os direitos não expressamente enumerados. Sua função é a interpretativa, ou seja, a dignidade humana irá informar a interpretação de todos os direitos constitucionais.

O princípio da dignidade é fundamental em todos os aspectos jurídicos pois sua aplicação está condicionada a existência da pessoa. Como já foi demonstrado, a pessoa ao nascer adquire personalidade e alguns direitos intrínsecos ao ser humano, como os direitos de

personalidade. Dessa forma, o Estado deve assegurar aos cidadãos condições mínimas para uma existência saudável, protegendo esses direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi responsável pela criação de um estado democrático de direito, fazendo disposição de alguns direitos intrínsecos a existência do ser humano, como o direito de liberdade, por exemplo. A partir de então os seres humanos passaram a ser tratados como pessoas livres, sendo protegidos alguns direitos mínimos para uma existência honesta.

O estado democrático de direito se fundamenta na dignidade da pessoa humana e tem como objetivo proporcionar amplos direitos a todos os cidadãos. “Portanto, a dignidade não é mero conceito ou apelo ético e moral. O poder estatal deve propiciá-la a cada indivíduo, como direito fundamental, pois só assim será alcançada a justiça” (SPINELLI, 2008).

Diante disso, o direito de personalidade deve ser recepcionado e fundamentado pela dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esses direitos por serem inerentes aos indivíduos são considerados fundamentais para uma vida com dignidade, abrangendo por seqüência todos os direitos primordiais, como aqueles relativos a integridade física, psíquica e moral. Sobre o assunto, podemos salientar, também, o enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que apresenta a tutela dos direitos de personalidade, vejamos:

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.

Tanto os direitos fundamentais, quanto os direitos de personalidade possuem rol meramente exemplificativos, desse jeito, esses direitos não se resumem apenas àqueles ordenados no CC/02 e na CF/88, se estendem a todos os direitos necessários aos cidadãos. Ademais, devido a seu traço essencial, nas ocasiões em que houverem conflitos entre esses direitos, será necessária a realização da técnica da ponderação para resolução no embate de normas jurídicas, conforme preceitua o filósofo jurídico Robert Alexy, de forma que seja possível abarcar a garantia com mais precedência no caso prático.

Os direitos de personalidade são argumentados por duas correntes, para alguns doutrinadores são considerados direitos inatos a todos os seres humanos nascidos com vida, é o que defende a corrente jusnaturalista. Por outro lado, encontra-se a corrente juspositivista que justifica que os direitos são provenientes de uma ordem jurídica, a qual se inicia pela Constituição do Estado.

No entanto, o direito de personalidade independentemente das correntes que debatem sobre a sua originalidade, é considerado direito fundamental e por isso deve ser fundamentado e resguardado em consonância com o princípio norteador do ambiente jurídico, qual seja a dignidade da pessoa humana. Nessa continuação, admite Martinez (2014, p. 21):

Há um reconhecimento, portanto, de que toda a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro deve ter como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade da pessoa humana atua como ponto central axiológico da ordem constitucional, gerando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e servindo como base para além dos atos estatais, alcançando todo o tipo de relação privada que se desenvolva no seio da sociedade civil e no mercado.

Sendo assim, a tutela dos direitos de personalidade é defendida pelo direito a dignidade, haja vista que eles objetivam a máxima proteção das garantias essenciais a todas as pessoas para que elas possam viver de forma digna no cotidiano. Como já mencionado, os direitos fundamentais não comportam previsão taxativa, podendo ser estendido a todas as prerrogativas consideradas necessárias para a máxima proteção da população. Nesse caso, constata-se o nascimento de um novo direito de personalidade na sociedade contemporânea, que é o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é classificado como direito de personalidade que tem efeito sobre a vida privada dos indivíduos, mas que visa proteger a memória individual perante os outros seres humanos, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito é de suma importância na sociedade digital, uma vez que a coletividade tem se relacionado com maior frequência em ambiente virtual, onde a comunicação e transmissão de informações chega a seu destino de forma muito mais célere que a habitual. Desta maneira, as pessoas podem buscar informações públicas ou da vida privada de alguém nesse ambiente com bastante eficiência, rapidez e sem obstáculos.

Diante do exposto, o direito ao esquecimento foi recepcionado no ambiente jurídico através do enunciado 531 do CJF, ficando em evidência, também, por causa de duas decisões sobre o assunto proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013 que tratavam dos casos da chacina da candelária e do assassinato de Aida Curi, tendo, ainda, o Supremo Tribunal Federal reconhecido a repercussão geral deste último.

Por conseguinte, a matéria em questão deve ser analisada na sociedade da digital, pois as relações virtuais facilitam a ocorrência de danos a alguns direitos fundamentais, como os direitos de personalidade, os quais se fundamentam na dignidade da pessoa humana e precisam de uma proteção integral do Estado perante a infração de outros indivíduos.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL

A socialização das pessoas no cotidiano tem evoluído com o passar dos anos, as novas tecnologias têm proporcionado maior comunicação entre a população, facilitando a conversação em ambiente digital com pessoas do mundo inteiro. O acesso à informação pela internet é garantido com maior agilidade, no entanto as informações disponibilizadas por esse meio de interação social nem sempre comportam conteúdos atuais.

Graças a esse novo ambiente, a sociedade adquire maior conhecimento sobre todos os conteúdos disponibilizados na rede com bastante celeridade, podendo se comunicar com diversos usuários localizados ao redor do mundo. Para Martins (2014, p. 4): “A sociedade da informação, portanto, muda e dita comportamentos, regendo formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo e a própria vida em sociedade”.

A comunicação pela internet facilita a interação entre as pessoas, as quais passam a viver em uma espécie de comunidade digital, praticando vários atos da vida civil neste espaço. Dessa forma, o uso contínuo de tecnologia por esse círculo deve ser fiscalizado pelo Estado, tendo em vista que a facilidade de interação nesse local pode lesionar alguns bens jurídicos, causando, assim, insegurança aos usuários da rede. É o que acontece, por exemplo, com o direito de privacidade na internet, o qual tem estreita ligação com o direito de ser esquecido.

3.1 A sociedade digital e o direito de ser esquecido.

Inicialmente, pretende-se definir o conceito de sociedade digital, ou sociedade de informação. Para o dicionário Priberam (2013) sociedade de informação é: “a organização social na qual a tecnologia aliada à divulgação de informação assume um papel crucial”. Desta maneira, caracteriza-se pelo acesso à informação e pela comunicação dos indivíduos em ambiente virtual.

A sociedade digital se constituiu através da revolução tecnológica trazida pela rede mundial de computadores, a qual surgiu em 1969 em um laboratório de pesquisa de um departamento de defesa norte americano. Inicialmente ela foi identificada como Arpanet e tinha como objetivo a troca de informações e armazenamento de dados, tendo em vista que no momento de sua instituição o país se encontrava em plena guerra fria, por isso necessitavam de um equipamento que pudesse guardar informações mesmo diante de um ataque. Nesse sentido, expôs Pinheiro (2013, p. 62):

Basicamente, tratava-se de um sistema de interligação de redes dos computadores militares norte-americanos, de forma descentralizada. À época, denominava-se “Arpanet”. Esse método revolucionário permitiria que, em caso de ataque inimigo a alguma de suas bases militares, as informações lá existentes não se perderiam, uma vez que não existia uma central de informações propriamente dita.

Posteriormente, a Arpanet passou a ser utilizada em algumas universidades americanas para troca de informações entre os estudantes e reprodução de alguns conhecimentos científicos. “Entretanto, o grande marco dessa tecnologia se deu em 1987, quando foi convencionado a possibilidade de sua utilização para fins comerciais, passando-se a denominar, então, “internet”” (PINHEIRO, 2013, p. 62). Contudo, a sua aplicação em grande escala só veio surtir efeitos entre os anos de 1990 e 2000, transformando-se no instrumento mais utilizado no mundo pelos indivíduos.

Desse momento em diante, a rede foi evoluindo até se tornar o que é hoje, o principal meio de interação social, sendo utilizada com frequência pelas pessoas e por vários setores da sociedade contemporânea, auxiliando os indivíduos em suas tarefas cotidianas, assim como garantido a acessibilidade a todo tipo de conteúdo. À exemplo disso, discorre Martins (2014, p. 3):

Nos últimos anos, o conceito de sociedade da informação adquiriu importância em escala mundial, fundamentado na crença de que sua consolidação favorece a integração global nos diferentes aspectos da vida humana: na economia, no conhecimento, na cultura, no comportamento humano e nos valores.

Dessa forma, o uso desse recurso vem transformando a rotina das pessoas de diversificados modos, passando a ser indispensável nas relações profissionais e pessoais do presente. Um exemplo disso é a sua incomplexidade na troca de mensagens entre usuários ou a sua aplicação como fonte de pesquisas através de alguns motores de busca.

Hodiernamente, a coletividade tem vivido a maior parte do tempo conectada a dispositivos digitais, como computadores e/ou smartphones, sendo assim, o fato das pessoas estarem sempre online na internet favorece a troca rápida de conteúdos entre os usuários da rede. “A multicomunicação, associada à capacidade de respostas cada vez mais ágeis, permite que a Internet se torne o mais novo veículo de comunicação a desafiar e transformar o modo como nos relacionamos” (PINHEIRO, 2013, p. 62).

Diante do exposto, a sociedade digital se caracteriza pela comunicação virtual e pela busca incessante de conhecimento dos usuários, independentemente da natureza pública ou privada do conteúdo. Essa nova constituição social trouxe para o dia-a-dia dos cidadãos um novo dispositivo de socialização, responsável pela alteração na forma de existir em

comunidade, garantindo mais desenvolvimento nas relações habituais da população e uma maior preservação do direito fundamental de acesso à informação.

Assim, com o avanço da tecnologia e o uso crescente e constante de seus artefatos, alguns direitos passaram a ter maior evidência, uma vez que a frequente interação digital entre os usuários da rede pode produzir efeitos desastrosos a alguns privilégios inerentes aos indivíduos. A exemplo disso, podemos destacar o direito de ser esquecido.

O direito ao esquecimento é o direito de que dispõe todo cidadão de resguardar sua memória individual, mantendo no passado fatos da sua vida privada que não são de interesse público e que não comportem atualidade em sua divulgação, sendo assim, pretende preservar direitos de personalidade, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva aduz Martinez (2014, p. 80):

[...] O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter a sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse liame, o direito de ser esquecido alcança melhor realce na sociedade digital, pois nesse recinto um fato passado pode voltar a ser remorado pelos usuários da rede de forma bastante descomplicada. Com isso, os indivíduos podem sofrer algumas restrições ou violações a sua vida privada, em razão de conteúdos que já deviam ter sido naturalmente esquecidos pelas pessoas, mas que não foram por causa da facilidade que a internet tem em propiciar aos internautas a lembrança de coisas remotas, repercutindo assuntos que já tinham findado pelo tempo.

O direito de ser esquecido obtém maior pertinência na sociedade da informação, pois nela a conexão de dados é realizada em frações de segundos, com bastante eficácia e tendo, inclusive, natureza permanente. Antes da internet, o esquecimento era natural aos indivíduos, pois a mente humana não possui a mesma capacidade indefinida que possui a web para o armazenamento de matérias.

Já na atualidade, uma notícia que antigamente poderia ser encontrada em folhetos diários, ou em jornais televisivos, pode ser vista a qualquer momento, pelo endereço eletrônico do jornal ou revista onde estão hospedados o conteúdo, assegurando-se, assim, o direito à informação na internet. No entanto, a proteção desse direito não impede a salvaguarda de outras garantias fundamentais à existência do cidadão.

É o que acontece com o direito ao esquecimento na era digital, o qual passou a ser protegido, porque os assuntos disponibilizados na rede possuem um traço atemporal e podem

ser lembrados a qualquer tempo pelas pessoas, tendo em conta que a web se destaca pela sua alta capacidade de acúmulo de matérias de maneira definitiva. Sobre o assunto aduz Schreiber (2013, p. 466):

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas tradicionais, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: os dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.

Sendo assim, o direito ao esquecimento tem um papel importante na sociedade digital ao proteger as memórias individuais das pessoas, não permitindo que as lembranças do passado voltem a ser exploradas por qualquer usuário da internet, de modo descontextualizado, de forma que inviabilize o esquecimento natural da população ao longo do tempo.

O direito de ser esquecido obteve seu primeiro destaque mundial através de uma decisão, em 2014, de um caso que foi levado ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelo senhor Mário Costeja González, um cidadão espanhol que ingressou com uma ação contra o Google e um Jornal, o *La Vanguardia*, por causa de uma ligação de seu nome a uma matéria que falava sobre um leilão de sua propriedade em hasta pública, para pagamento de dívidas que já haviam sido quitadas.

Nesse sentido, o autor solicitou em justiça que a matéria fosse retirada da página em que estava hospedada e dos provedores de pesquisa, já que não existia mais atualidade nem interesse público na informação. O Tribunal julgou a ação e concedeu o direito ao esquecimento, alegando que a notícia em questão não necessitava de proteção e por isso deveria ser suprimida da página em que se encontrava e dos motores de pesquisa do *Google*, em razão disso o direito de ser esquecido ficou conhecido também pelo direito a não indexação.

Assim, para melhor compreender como ocorre o processo de desindexação é necessário fazer alguns apontamentos sobre os provedores de conteúdo e de pesquisas na internet. Os primeiros são considerados servidores contendo páginas onde se encontram as informações procuradas, onde elas se hospedam. Já os segundos são os chamados motores de buscas, que é uma ferramenta de pesquisa utilizada para se chegar aos locais onde estão os conteúdos.

Dessa maneira, os provedores de buscas atuam por meio de índices de pesquisas que são obtidos pelo armazenamento de termos já procurados anteriormente por outros usuários, de forma que seja possível oferecer a quem consulta, em frações de segundos, páginas variadas que tenham ligações com a matéria buscada. Assim, esse acúmulo de dados obtidos através dos frequentes rastreios é o programa chamado de indexação das máquinas de busca.

O procedimento de indexação, portanto, é realizado através de um monitoramento nos campos de pesquisas, local em que são inseridas algumas palavras-chaves sobre o que se quer saber para que o buscador encontre assuntos relacionados a consulta em páginas que estão na internet e armazenem esses dados para fornecê-los aos usuários com maior agilidade em uma futura consulta.

Diante disso, tais provedores como *Google*, *Bing*, *Yahoo search*, entre outros, buscam conteúdos disponíveis na web por meio de palavras chaves, armazenando os dados localizados que posteriormente se tornarão índices para novas consultas. Com isso, ao digitar algo no campo de pesquisa, o motor apresentará todos os resultados que estiverem na rede sobre o assunto. Assim, quando alguém procurar algo no Google, por exemplo, está na verdade investigando o seu index sobre o assunto.

Já a não indexação, que ficou conhecida na Europa como o direito ao esquecimento na internet, trata-se do procedimento inverso, caracterizando-se pela retirada de dados armazenados nos buscadores, de forma que não seja possível um direcionamento de pesquisas através de palavras-chaves ao provedor de conteúdo. Ocorre, por exemplo, quando um particular solicita que sejam retiradas as informações pretéritas que estejam afetando de alguma maneira um direito individual fundamental à sua existência e que olhando para o caso concreto se sobreponha a necessidade de proteção do direito à informação.

Nesse ponto, o direito ao esquecimento na sociedade digital pode ser entendido como uma extensão da dignidade da pessoa humana na era virtual, com o intuito de resguardar a memória particular do conhecimento público. Com isso, determina que as informações de fatos passados e particulares sejam retiradas das páginas em que estão hospedadas, bem como desindexadas dos provedores de pesquisa, quando o seu armazenamento infringir algumas garantias fundamentais e pessoais, que sejam irrelevantes para história da coletividade.

Importante ressaltar, que na sociedade digital as lembranças, muitas vezes, apresentam-se de maneira fragmentada e descontextualizada. Desta maneira, um fato pequeno e sem importância do passado pode voltar a repercutir, a qualquer momento, na vida do

indivíduo com bastante facilidade, podendo ter um potencial de dano maior do que nas relações diárias fora da rede.

Por causa disso, o direito ao esquecimento consegue ênfase nessa comunidade para impedir que coisas do passado voltem a perturbar as pessoas. Desse jeito, protege a ordem natural que é a deslembança ao longo do tempo, impedindo a constante rememoração fática causada pela internet. Sobre essa temática expõe Pimentel e Cardoso (2015, p. 47):

A problemática do direito ao esquecimento na Internet está diretamente relacionada com a velocidade da difusão da informação telemática e, sobretudo, com a dificuldade de supressão dos conteúdos postados, por terceiros e pelo próprio usuário. É, precisamente, a instantaneidade informativa no espaço virtual que estampa em cada um de nós uma marca quase indelével acerca do que somos, do que fazemos e, também, pelo que dizem a nosso respeito.

Assim, o direito de ser esquecido ganha maior visibilidade na sociedade digital por causa do resguardo da memória individual, no entanto, a sua aplicação sofre algumas limitações em razão da proteção das lembranças coletivas, as quais são importantes para a formação histórica do povo e se conectam ao aspecto público do oblívio, apoiando-se no direito à informação. À vista disso, para melhor compreensão do direito ao esquecimento na rede deve ser analisado os aspectos do esquecimento através das recordações coletivas e individuais das pessoas.

3.2 O aspecto público do esquecimento através da memória social e o privado pela memória individual

Para abordar o esquecimento é imprescindível discutir a concepção das lembranças na comunidade virtual, onde as relações interpessoais se concentram, principalmente, no ambiente digital. Na contemporaneidade, a ciência da informação tem conquistado uma forte ascendência na utilização de seus equipamentos tecnológicos, auxiliando a convivência virtual entre a população.

Desta maneira, a internet tem intensificado bastante a exploração das recordações pessoais, expondo-as a qualquer instante a todos os internautas. A vivência online, não possui fronteiras e a exposição nesse círculo global pode impactar a intimidade de alguém, em razão disso o esquecimento tem se tornado uma exceção social.

[...] hodiernamente a transmissão da informação flui sem controle, sem parâmetros. A facilitação da obtenção de dados a um simples clique em um buscador ligado à grande rede mundial modificou a sociedade, fazendo com que situações já sedimentadas e esquecidas sejam relembra e rediscutidas, em qualquer momento (MARTINEZ, p. 58-59).

Com isso, a possibilidade de rememoração dos dados particulares pregressos que se encontrem na rede tem afetado diretamente a memória particular dos seres humanos vinculados a notícia. Dessa forma, o direito ao esquecimento na internet alcança maior evidência, pois intenta resguardar as lembranças particulares dos indivíduos na internet, impedindo a exploração digital de memórias antigas.

Entretanto, essa garantia só poderá ser aplicada na sociedade contemporânea quando o fato for irrelevante para memória social, ou seja, quando constatada a inexistência de interesse público sobre o dado passado, bem como averiguada sua insignificância para a constituição histórica do povo e proteção ao direito à informação.

Sendo assim, a formação da memória digital coletiva, a qual tem enorme complexidade de provisionamento de informações, necessita de alguns limites sociais. É nesse ponto que se revela o direito ao esquecimento, pois tenciona a preservação da identidade particular dos indivíduos através de suas lembranças. Martinez (2014, p. 62) lembra que:

Esquecer é tão importante quanto lembrar, pois possibilita que o ser humano seleccione as informações ininterruptamente recebidas pelo cérebro, preservando somente aquelas memórias que o indivíduo considerar como úteis, necessárias ou significativas. Não existe contradição entre lembrar e esquecer, pois os dois atos fazem parte do mesmo processo e, em realidade, são fenômenos complementares, pois é no processo de formulação de novas memórias em que se observa o constante e necessário esquecimento de outras.

A internet é capacitada para conservar fatos sem precisar fazer qualquer análise crítica dos dados, agindo de forma contrária aos seres humanos, os quais tendem a fazer qualificações dos assuntos observados no dia-a-dia. À vista disso, os eventos casuais da vida privada são avaliados por meio de reflexões pessoais e organizados mentalmente por ordem de importância, sendo assim, a criação de uma memória social depende do interesse pessoal de cada sujeito pela ideia ou pensamento vivenciado em comunidade.

Já os servidores na web não se classificam dessa maneira, pois são preenchidos a todo instante por novas informações que se misturam a outras mais antigas e permanecem na rede indefinidamente, até que seu conteúdo volte a ser explorado por algum usuário. Por esse motivo, na sociedade digital os acontecimentos ficam expostos de modo permanente, sem a possibilidade do esquecimento natural dos fatos ao longo do tempo.

Nessa continuação Martinez (2014, p. 69) destaca o pensamento de Maurice Halbwachs sobre o aspecto público do esquecimento pela memória social, o qual revela que a conservação de uma lembrança coletiva ocorre de maneira harmoniosa ao nível de importância que cada indivíduo dentro de uma sociedade atribui aos acontecimentos. Diante

disso, explica que “[...] a memória coletiva se reforça pela validação e complementação das memórias dos outros componentes do grupo”.

Assim, as recordações coletivas são obtidas durante o convívio dos indivíduos, por intermédio das trocas de experiências e pelo compartilhamento de informações, permitindo que desse jeito a memória não se limite apenas as impressões pessoais dos cidadãos. Essa teoria pode ser trazida para realidade digital, correspondendo-se ao direito à informação da população.

Nesse liame, o direito ao esquecimento é evidenciado através da proteção do aspecto privado pela memória individual. A sua aplicação acontece para impedir a rememoração na internet de um evento íntimo progresso da vida do ser humano, impossibilitando que a lembrança indesejada seja revivida fora do contexto na qual esteve inserida, com isso, visa proteger direitos inerentes a personalidade dos cidadãos. Ressalta-se, ainda, que tal garantia não deverá ser aplicada quando restar comprovado que a informação é de interesse social.

Nesse sentido, a possibilidade de esquecimento na sociedade digital depende da análise dos aspectos coletivos e individuais da memória, portanto, quando ficar constatada a relevância da informação para a proteção da história social, o direito à informação será resguardado. Por outro lado, quando preponderar o interesse privado do esquecimento na rede, a memória individual será protegida. De igual modo aponta Martinez (2014, p. 71):

Embora exista evidente correlação entre memória social e o esquecimento, as perspectivas públicas e privadas são completamente distintas e não se excluem. O aspecto público pretende a valorização de eventos históricos, com o enfrentamento de arquivos secretos e punição de atividades ilícitas. Já o aspecto privado do direito ao esquecimento, baseado na dignidade humana, busca proteger o indivíduo em face da divulgação de informações privadas que, fora de contexto, sem utilidade pública, sem contemporaneidade, mesmo verídicas, ferem ou podem ferir um indivíduo.

Tais concepções não se excluem, pois ambas são indispensáveis para população, uma servindo como base para proteção do direito à intimidade e a outra encontrando fundamento no direito à informação, através da conservação da memória coletiva. Importante destacar que nessa última, em algumas situações, a aplicação do direito ao esquecimento alcançará algumas resistências, pois se estiver de acordo com o interesse público o dado não poderá ser apagado da internet.

Ademais, a preservação das lembranças coletivas é importante, pois através dela a população conhece a história de seus precedentes e dos acontecimentos significativos para a existência em comunidade, logo o conhecimento do passado ajuda as pessoas a entenderem o presente e desejarem um futuro melhor.

Diante do exposto, o direito ao esquecimento é utilizado como um mecanismo de defesa da memória individual na sociedade digital para impedir que a coletividade explore os acontecimentos particulares do passado de alguém. Assim, protege o aspecto privado da lembrança exposta na internet, desde que ela não seja essencial para a conservação da história do povo.

Assim, a proteção desse direito na sociedade digital deve ser realizada para garantir a aplicação do esquecimento na rede mundial de computadores com base nos direitos fundamentais, considerando-se como um direito de personalidade autônomo e inerente ao indivíduo que deve ser amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 A autonomia do direito ao esquecimento na sociedade digital.

Como já foi mencionado, o direito ao esquecimento passou a obter maior preponderância na sociedade digital graças ao desenvolvimento das relações interpessoais mediante o uso contínuo dos equipamentos modernos de comunicação em ambiente virtual. A sua proteção foi inicialmente observada pelo sistema europeu, através de um caso em que um cidadão espanhol solicitou aos provedores de pesquisas e de conteúdos a remoção de um fato antigo de sua privacidade da internet.

A partir de então, o direito ao oblívio ganhou destaque mundial, sendo tratado como um direito inerente a qualidade pessoal de um sujeito e que tem como objetivo o resguardo da memória individual na web. Portanto, identifica-se como um direito de personalidade autônomo, devendo ser conservado pela sua fundamentalidade para a existência humana.

Os direitos de personalidade são adquiridos pelos indivíduos mediante o nascimento com vida, de acordo com a teoria natalista. A garantia do esquecimento na sociedade digital é classificada pelo aspecto moral desses direitos, onde também se constata outros já conhecidos pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, como a privacidade, o nome, a honra, entre outros.

Diante disso, a autonomia desse direito é concedida de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está inserido no art. 1º, inciso III, da CF/88 e serve de apoio para garantia de todos os direitos coletivos e individuais de uma comunidade. No entanto, essa independência se limita apenas ao aspecto moral dos direitos de personalidade, posto que sofre limitação quando confrontada com outros privilégios com mesmo status legal.

Em razão de apresentar caracterizadores próprios, dentre os mais marcantes o da efetiva utilidade da informação e sua atualidade, o direito ao esquecimento, para uma linha de pensamento, retiraria seu fundamento da proteção diretamente do princípio geral da dignidade humana. Nesse esteio, seu âmbito de proteção estaria diretamente ligado à proteção da memória individual, da paz espiritual, configurando-se como um novo direito da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 82).

A necessidade de proteção da memória individual na rede tem mais relevância, pois ela é configurada para lembrar todos os conteúdos arquivados na web pelos internautas, bastando apenas a inserção de algumas palavras-chaves nos motores de buscas para se chegar a informação pretendida hospedada no provedor de conteúdo em questão de segundos.

Hodiernamente, a identificação virtual de uma pessoa, muitas vezes, não tem representado a sua realidade. Por conta disso, tem possibilitado que fatos pretéritos sejam compreendidos da maneira equivocada pelos outros cidadãos, posto que o conhecimento do episódio divulgado é exibido de maneira descontextualizada, provocando uma rememoração dispensável das ocorrências remotas.

A autonomia desse direito se destaca, também, pela consequência que traz seu desempenho para a sociedade digital, uma vez que o direito ao esquecimento tem o intuito de resguardar as lembranças particulares em contraponto ao acesso indiscriminado trazido pela internet. Isto posto, pretende assegurar os direitos intrínsecos aos seres humanos, além dos já dispostos pelos artigos 11º e seguintes do código civil e pelos direitos fundamentais presentes no art. 5º da CF/88, em rol meramente exemplificativo.

Ressalta-se, novamente, que o direito ao esquecimento é utilizado para proteção dos dados pretéritos dos indivíduos, por isso tutela a memória individual da invasão social no agrupamento moderno, demonstrando, portanto, a sua independência perante os outros direitos de personalidade. Já o direito à privacidade, de modo diferente, intenta preservar a intimidade do cidadão na disposição de conteúdos atuais colocados na rede. Nesse sentido, aduz Martinez (2014, p. 83):

[...] O direito ao esquecimento e a privacidade têm objetos jurídicos de proteção distintos. Enquanto a privacidade visa a proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos, o direito ao esquecimento objetiva a proteção de dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade (interesse público) ou atualidade.

Não obstante, a autonomia desse direito encontra resistências através de alguns posicionamentos opostos, os quais consideram que a sua aplicação na sociedade digital é decorrente do direito à privacidade, o qual é assegurado pelo aspecto moral dos direitos de personalidade para proteger a vida íntima dos cidadãos das violações ocorridas no presente.

Acontece que, o direito de ser esquecido deve ser entendido como um direito de personalidade, também classificado pela proteção da integridade moral, mas que tenciona o resguardo da memória individual para impedir a perpetuação na web de um conteúdo desatualizado e ofensivo a vida de um particular, justificando-se, assim, a sua autonomia.

Ante o exposto, a fundamentação legal brasileira para conservação desse direito na sociedade da informação é sustentada pelas garantias inerentes a existência pessoal, as quais estão exemplificadas no 2º capítulo do CC/02. De igual modo, as lembranças pessoais evidenciadas na sociedade digital deverão ser resguardadas com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL BRASILEIRA E A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Na sociedade contemporânea brasileira, o direito ao esquecimento tem ganhado maior enfoque nos últimos anos, pois uma grande parte da população tem utilizado, continuamente, equipamentos tecnológicos para comunicação social, desfrutando dessa ferramenta, também, para obter os dados necessários a garantia do direito à informação nesse ambiente.

Como já mencionado anteriormente, a sociedade digital favoreceu a aplicação do direito ao esquecimento, tendo em vista que por ela um fato pessoal do passado de alguém pode ser disponibilizado na rede, com sua permissão ou não. Com isso, o conteúdo submetido nesse local se prolonga no tempo, ou seja, é mantido na web indefinidamente, podendo ser conhecido e aproveitado por qualquer pessoa do mundo.

Aos poucos o ordenamento jurídico começou a ser exigido pelos indivíduos, os quais começaram a solicitar à proteção de sua memória individual na internet, uma vez que nela o armazenamento infundável de dados tem proporcionado que os acontecimentos privados vividos em uma época retrógrada sejam lembrados a todo momento, mesmo que estejam fora do contexto em que foram inseridos originalmente.

Diante disso, o direito ao esquecimento começou a ser utilizado na sociedade digital pelos indivíduos para proteção das lembranças particulares, impedindo que outras pessoas possam dispor de qualquer fato passado da intimidade de alguém na internet. No entanto, até o presente momento, no ordenamento civil brasileiro não há lei expressa que regule o assunto na sociedade da informação, por isso sua aplicação e fundamentação jurídica tem sido objeto de grandes discussões.

4.1 A aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital brasileira e sua fundamentação jurídica.

O direito de ser esquecido não é um tema atual na sociedade, posto que já vem sendo tutelado há um tempo pelo mundo, inclusive no Brasil. No entanto, só adquiriu maior destaque nos últimos anos, em razão da constituição da sociedade digital, a qual tem influenciado os indivíduos a introduzirem nas suas atividades diárias básicas a utilização de equipamentos tecnológicos, uma vez que por eles a população tem vivido em comunidade com bastante facilidade.

Antes do surgimento da internet, esse direito já era tutelado pelo ordenamento jurídico nacional em variadas ocasiões, visto que a sua aplicação não é limitada ao ambiente virtual. Com isso, o privilégio do esquecimento já era obtido para serventia de outras garantias individuais, sem que necessariamente fosse designado como tal. Nesse ponto observa Martinez (2014, p. 95), “[...] todos aqueles mecanismos de proteção e defesa do indivíduo baseados no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização da informação são, genericamente, formas de aplicar o direito ao esquecimento”.

Esses mecanismos de defesa que fala Martinez são os conhecidos institutos da prescrição, decadência, da irretroatividade da lei, anistia, entre outros que podem ser considerados uma forma de esquecer o passado, não permitindo a rememoração de um fato após um certo lapso temporal. Sendo assim, podem ser evidenciados em diversas áreas do saber jurídico, como ocorre nas relações consumeristas, através do art. 43º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), relativo a prescrição da cobrança de débitos, por exemplo.

De igual modo, alcança relevância, também, na esfera criminal, através das regras de extinção da punibilidade disposta no art. 107 do Código Penal (CP), no qual podem ser utilizados a anistia, graça ou indulto para retirar o direito de punição do Estado, afastando com isso os efeitos de alguns crimes, favorecendo, assim, o esquecimento. Ademais, no âmbito penal ainda podemos reconhecer outros institutos que favorecem essa garantia, como o privilégio da reabilitação que é localizada no art. 743 Código de Processo Penal (CPP), vejamos:

A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo (DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

Dessa forma, após esse período, o acusado pode requerer o direito da reabilitação ao Juiz da condenação, o qual após analisar o caso poderá conceder o benefício através de sentença declaratória de regeneração, onde também será enviada a cópia de sua decisão ao Instituto de Identificação e Estatística para que os dados do condenado sejam eliminados de sua ficha, assim dispõe os arts. 747 e 748 do CPP.

No entanto, em 1984 o Código Penal sofreu uma reforma pela Lei de nº 7.209, onde ficou estipulado em seu art. 94º que: “A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação [...]”.

Isto posto, passou a utilizar o novo prazo de 2 anos para reconhecer a reabilitação do condenado a qualquer pena aplicada em sentença definitiva. No mesmo período dessa alteração, entrou vigor também a Lei de Execução Penal (LEP), de nº 7.210/84, a qual pretende em seu art. 202 garantir o segredo dos registros criminais quando cumprida ou extinta a pena, assim vejamos:

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.

Ante o exposto, é possível identificar a existência do direito ao esquecimento em inúmeras abordagens jurídicas no sistema brasileiro, por meio de outras designações. No entanto, a sua aplicação civil na sociedade digital merece uma regulamentação expressa na lei, tendo em vista que as características desse ambiente favorecem a regressão de alguns direitos primordiais a todos indivíduos.

Ademais, o judiciário brasileiro tem recebido diversas ações versando sobre o tema principalmente depois que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela primeira vez sobre a matéria, através dos recursos de números: 1.334.097 e 1.335.153, ambos do Rio de Janeiro, onde tratam da chacina da candelária e do caso Aída Curi, respectivamente. Tais processos fazem referência ao enunciado de número 531, emitido na VI Jornada de direito Civil do Conselho da Justiça Federal, utilizando-o como fundamentação para aplicação do direito de ser esquecido.

As ações foram ingressadas contra a Rede Globo de Televisão, devido a rememoração fática dos crimes supramencionados pelo programa Linha Direta Justiça. No caso da chacina da candelária, o Sr. Jurandir Gomes de França, Autor da ação, solicitou reparação pelos danos morais suportados à sua imagem, por causa da exposição de seu nome na reconstituição dos fatos realizado pelo programa, tendo em vista que a época do julgamento o acusado foi absolvido do crime em questão, por isso a sua rememoração causaria danos a sua ressocialização junto a sociedade.

Diante disso, o processo chegou a conhecimento do STJ, através do Recurso Especial de número 1.334.097 oposto pela emissora de televisão, o qual em 2013 proferiu decisão favorável ao Recorrido, reconhecendo o direito ao esquecimento e condenando a Rede Globo de Televisão a indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sob a fundamentação de que para a reconstituição dos fatos não era necessária a divulgação do nome do sr. Jurandir, uma vez que a referência não era importante para o entendimento do

caso, posto que este poderia ser lembrado sem dificuldade com a omissão do nome do Autor (STJ. REsp 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. em 28.05.2013).

Já no Recurso Especial 1.335.153, os familiares da vítima Aída Curi, opuseram recurso contra o mesmo programa televisivo, o Linha Direta Justiça, em razão da divulgação do crime ocorrido em 1958, no qual a jovem foi estuprada e assassinada, afirmando que a exploração da imagem de sua irmã após tantos anos pela emissora de televisão foi abusiva, pleiteando, por causa disso, uma indenização moral por ter revivido a dor do passado ao lembrar o acontecimento, bem como ressarcimento pelos danos materiais decorrentes da exploração comercial da imagem da vítima.

O STJ reconheceu a possibilidade do direito ao esquecimento do fato ocorrido, contudo, não concedeu aos familiares o privilégio requerido, pois entendeu que o caso retratado no programa tinha conteúdo histórico e por isso deveria ser protegido pelo direito à informação. Ademais, concluiu que a imagem da vítima tinha sido utilizada apenas para demonstração dos acontecimentos, tendo em vista que a sua exposição era necessária para a reprodução dos fatos. Sendo assim, não foi evidenciada qualquer lesão a imagem dela que ensejasse a indenização moral e material (STJ. REsp 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. em 28.05.2013).

Inconformados com a decisão, os irmãos de Aída Curi recorreram ao Supremo Tribunal Federal (STF) através do Recurso Extraordinário de nº 1.010.606 RJ, onde a repercussão geral do assunto foi reconhecida e registrada pelo nº 786. O tema discute a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, além disso recentemente foi convocada uma audiência pública sobre o assunto, pelo Ministro Dias Toffoli, Relator do RE, para o dia 12 de junho de 2017, no qual serão ouvidos depoimentos de autoridades e expertes sobre a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil.

Outro julgado do STJ que merece destaque, pois pode ser considerado como uma solicitação do direito de ser esquecido na sociedade digital é o caso da apresentadora e atriz Xuxa Meneghel, a qual requereu a Google Brasil que retirasse do seu campo de buscas qualquer ligação de seu nome com o crime de pedofilia. No processo de primeiro grau foi emitida decisão interlocutória favorável a Autora para determinar que a Empresa Ré se abstivesse de oferecer resultados para pesquisa do assunto, sob pena de multa.

No entanto, inconformada com a decisão a Ré interpôs agravo de instrumento, que foi provido parcialmente, restringindo a decisão liminar apenas as imagens vinculadas aos termos supracitados nos servidores de pesquisas. Em razão disso o processo chegou a instância superior, por intermédio do Recurso Especial de nº 1.316.921-RJ interposto pela

Google Brasil, o qual foi provido, posto que a Relatora do caso entendeu ser incabível a imposição de restrições aos provedores de buscas, protegendo assim o direito da sociedade à informação (STJ. REsp 1.316.921/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. j. em 26.06.2012).

Sendo assim, pode-se observar que o direito ao esquecimento vem sendo utilizado no âmbito jurídico há certo tempo, tendo como finalidade a proteção da memória pessoal dos indivíduos, garantindo por consequência o resguardo de acontecimentos passados da vida privada. Contudo, no ambiente virtual não existe ainda regramento específico sobre o assunto, por isso em 2013 a Doutrina se reuniu na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e aprovou o Enunciado de nº 531, o qual reconhece o direito ao esquecimento na sociedade de informação, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana para impedir que a internet seja usada para penalizar eternamente as pessoas por eventos privados ocorridos no passado.

Devido as particularidades da sociedade digital, o direito ao esquecimento tem se tornado fundamental, pois é identificado como um direito de personalidade, caracterizando-se pela sua inerência a todos os cidadãos, logo a sua tutela é conseguida de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Importante frisar que a sua aplicação em meio virtual, não é destinada para apagar os fatos históricos que são protegidos pela memória coletiva, mas visam a possibilidade dos usuários de analisar a utilização de seus dados pessoais na internet, nesse sentido foi estabelecida a justificativa para aprovação do Enunciado 531:

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.

Outrossim, a garantia do esquecimento na rede mundial de computadores tem sido alvo de diversos Projetos de Leis em Trâmite na Câmara dos Deputados, como exemplo temos O PL de nº 7881 de 2014, proposto pelo Deputado Eduardo Cunha, onde se defende a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, através da remoção de dados passados e insignificantes dos campos de buscas, quando requerido pela pessoa vinculada à informação.

Após a formulação desse projeto, sucederam outros como o PL de nº 1589 de 2015, proposto pela Deputada Soraya Santos, em que se objetiva tornar mais rigorosa a

punição imposta pelos crimes cometidos na internet contra honra pessoal, alegando que as vítimas desses crimes podem solicitar o direito ao esquecimento quando a informação disponibilizada na internet causar danos a sua privacidade.

Já o PL de nº 1676 de 2015, sugerido pelo Deputado Veneziano Vital Rêgo defende, em resumo, a tipificação de um novo crime para a divulgação sem autorização da imagem de alguém, bem como o direito ao oblívio como proteção dos aspectos essenciais a personalidade, com base na dignidade da pessoa humana. Além do Projeto de nº 2712 de 2015, de autoria do Deputado Jefferson Campos, que tem como objetivo a modificação da Lei nº 12.965 de 2014, intitulada como Marco Civil da Internet, para obrigar os provedores de pesquisas a removerem os dados pessoais disponibilizados na internet, quando solicitados pela pessoa associada ao conteúdo.

A lei 12.965 de 2014 também chamada por Marco Civil da Internet foi a primeira regulamentação legislativa específica para o uso da rede no Brasil, criada para reger as relações entre particulares e provedores de acesso, garantindo direitos na internet como o da liberdade de expressão, privacidade na web, neutralidade da rede, entre outros. Dessa forma, determina Martinez (2014, p. 134): “O MCI apresenta três pontos que podem ser considerados a sua espinha dorsal: a proteção à privacidade, a garantida de liberdade do internauta e a neutralidade da rede”.

Essa última foi determinada para que as empresas provedoras de acesso não tratassem com distinção os usuários da rede através da criação de pacotes específicos, garantindo com isso o acesso ilimitado na internet. Quanto a garantia da liberdade expressão, o MCI (2014) apresenta em seu art. 2º, caput que: “A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”. Ademais, o inciso II do mesmo art., demonstra que o uso da web também é fundamentado nos direitos humanos e de personalidade, bem como na cidadania em ambiente virtual.

Insta ressaltar, que o MCI (2014) é disciplinado por diversos princípios que auxiliam o uso da Internet no Brasil e são determinados em seu art. 3º, como a garantia à liberdade de expressão, à privacidade, a proteção de dados pessoais, entre outros. Por isso, essa lei busca preservar as relações privadas obtidas por intermédio da rede mundial, bem como garantir que nesse ambiente seja preservado os direitos fundamentais a existência digna dos indivíduos. Nesse sentido demonstra o art. 8º do mesmo instituto legal: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

Apesar de instituir em seus artigos os preceitos básicos para o uso da internet no Brasil, a legislação não aborda especificamente o tema do presente estudo. Dispondo, apenas, de uma definição parecida em seu art. 7º, inciso X, o qual assegura a: “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

O art. supramencionado é identificado por alguns autores como uma confirmação do direito de ser esquecido na internet, assim é o entendimento de Consalter (2017, p. 284): “Este dispositivo estabelece, de forma clara e inequívoca, a aplicação do direito ao esquecimento, em termos bastante semelhantes à Legislação espanhola e a francesa [...]”. Diante disso, percebe-se que o próprio MCI reforça a necessidade de aplicação do direito de ser esquecido na sociedade digital, no entanto não faz previsão expressa sobre o assunto o que acaba trazendo certa insegurança jurídica ao ordenamento quanto a sua aplicação.

Ademais, essa legislação faz previsão em sua terceira seção sobre a responsabilidade dos provedores de conexões e de aplicações quanto ao dano decorrente de conteúdos gerados por terceiros. Para os primeiros a lei determina que eles não têm responsabilidade pelas irregularidades produzidas por outras pessoas na internet, no entanto para os segundos, a responsabilidade varia a depender do caso.

O art. 19º do MCI dispõe que os provedores de aplicações na internet só terão responsabilidade sobre os dados irregulares dispostos por terceiros, quando forem acionados judicialmente e não cumprirem a ordem judicial dentro do prazo arbitrado pela autoridade legal. Entretanto, o art. 21º da mesma legislação faz previsão diversa quanto aos conteúdos divulgados que envolverem imagens íntimas dos usuários, nesse caso, os provedores de aplicações terão responsabilidade subsidiária se quando for solicitado a retirada do conteúdo pela pessoa exposta nada o fizer.

Ante o exposto, percebe-se que o MCI faz algumas disposições para proteger a privacidade dos usuários na internet em razão dos conteúdos disponibilizados por terceiros, no entanto, a legislação não foi clara quanto a responsabilidade específica sobre os outros provedores existentes na internet, como o de pesquisas, por exemplo. Além disso, define o provedor de aplicações de forma genérica, assim como dispõe o art. 15º dessa lei, vejamos.

O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Dessa forma, o art. supracitado não deixa claro se o conceito de provedores de aplicações engloba também os provedores de pesquisas, em razão disso a interpretação ficaria a cargo do judiciário causando insegurança jurídica a população a respeito de seu entendimento. Além disso, a responsabilidade dos provedores de aplicações tratada nos arts. anteriores apenas se referem aos conteúdos disponibilizados por terceiros em seus servidores de hospedagem que causem danos a outrem, portanto, nota-se que a previsão tem maior pertinência em relação aos dados dispostos no presente, não abarcando a possibilidade de uma pessoa que foi exposta sobre acontecimentos de sua vida passada na internet solicitar a retirada do conteúdo pregresso vinculado a proteção de sua personalidade que estejam destoando do seu modo de viver na atualidade, independentemente da informação ter sido publicada por ela mesma ou por outra pessoa.

Diante disso, esta legislação pode até confirmar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital brasileira, no entanto a sua proteção recai apenas sobre a privacidade dos usuários na web em relação a fatos atuais que infrinjam de alguma maneira direitos essenciais a existência do indivíduo, não sendo explícita quanto aos dados passados incluídos na internet pela própria pessoa vinculada a informação ou por outrem.

Dessa maneira, a lei não possui previsão específica quanto a possibilidade de aplicação do direito de ser esquecido na sociedade digital, sendo necessária sua reforma para garantir esse privilégio ou a aprovação de um dos projetos de lei, já mencionados anteriormente, para que exista uma regulamentação do assunto de forma expressa e específica pelo ordenamento jurídico, tratando inclusive da responsabilidade dos motores de pesquisas, em razão do seu procedimento de indexação dos conteúdos depositados na rede.

Por conseguinte, o direito de ser esquecido tem sido mais requerido aos tribunais no cenário atual, em virtude da popularização da internet e da mídia, as quais possibilitam uma exposição contínua de fatos retrógrados. Desse modo, esse privilégio é considerado um direito de personalidade, merecendo anteparo jurídico, uma vez que sua regulamentação é necessária para que os dados passados de uma pessoa não sejam revisitados a todo momento por outros usuários da rede, impedindo a recordação e exploração de conteúdos antigos na web que sejam dispensáveis a salvaguarda da memória social.

Observa-se, que o tema tem sido bastante debatido no Brasil, com o intuito de garantir uma melhor qualidade de vida aos usuários dessa rede, sendo objeto de propostas legislativas, bem como de interesse doutrinário, através da aprovação de enunciados sobre assunto, os quais são aprovados de acordo com os posicionamentos de grande parte dos

civilistas nacionais. Sem falar das decisões pendentes de análise do STF sobre a sua aplicabilidade e interpretações da Lei 12.965 de 2014.

Importante frisar, ainda, que o direito de ser esquecido voltou a ser abordado pela doutrina por intermédio do Enunciado de nº 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF ocorrida em 2015, onde foi estabelecido que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”. Com isso, a aplicação do art. 21 do Código Civil é dilatada para incluir a garantia do esquecimento e preservação da memória individual na comunidade digital.

Como já visto o MCI faz disposição em seus arts. 18º a 21º sobre as responsabilidades dos provedores de conexão e de aplicações, no entanto não abordam as obrigações pertinentes aos provedores de pesquisas, que atuam por intermédio da indexação dos campos de buscas, os quais têm conexão direta com a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, uma vez que são instrumentos importantes para o armazenamento de informações pessoais, conseqüentemente para a remoção desses conteúdos encontrados na internet, assegurando esse privilégio desde que seja observado o interesse coletivo existente sobre um dado.

Sendo assim, a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital tem sido discutida pelo judiciário, o qual reconheceu a repercussão geral da matéria, estando ela pendente de análise pelo STF. De igual modo, o poder legislativo tem discutido com frequência o assunto, por intermédio de alguns projetos de leis que estão em trâmite na câmara legislativa. A principal resistência para aplicação desse direito, reside no seu conflito com o direito à liberdade de informação, ou seja, a sua execução deve ser analisada caso a caso, para que outro privilégio fundamental aos indivíduos não seja excessivamente prejudicado.

4.2 O conflito entre a liberdade de informação e o direito de ser esquecido

Como foi demonstrado anteriormente, é possível aplicar o direito ao esquecimento na sociedade digital, fundamentando-se na dignidade humana e no reconhecimento de sua inerência a personalidade, apesar do ordenamento jurídico nacional não fazer menção expressa sobre sua garantia. No entanto, esse privilégio enfrenta algumas resistências na doutrinação jurídica devido a situação de conflito existente com o direito à informação, o qual também é fundamental para a comunidade social.

Os principais argumentos contrários a tutela do direito de ser esquecido no ambiente virtual se resumem a violação da liberdade de expressão e de informação, devido a possibilidade de o privilégio do esquecimento atuar como um objeto de censura na internet, ou como um meio de remoção de dados históricos importantes para a preservação da memória coletiva. Em razão disso se constitui um conflito de garantias constitucionais de mesmo status legal, sendo representadas de um lado pelos interesses sociais e de outro pelos individuais.

O embate entre o direito à informação e a garantia do esquecimento na sociedade digital é atribuído através do aspecto público ou privado do dado disposto na internet, onde se protege a memória social e a individual, respectivamente. Ademais, tanto o primeiro quanto o segundo são assegurados pelo aspecto moral dos direitos de personalidade, no qual a garantia da informação é decorrente da liberdade civil e o esquecimento tem autonomia semelhante ao direito de privacidade, devido a tutela da memória pessoal. Destaca-se, também, o traço fundamental desses direitos, os quais são encontrados nos incisos do art. 5º da CF/88 e se configuram como cláusulas pétreas, nesse sentido expõe Andrade e Damásio (2016, p. 87):

[...] A Constituição Federal de 1988 reserva seu artigo 5º para tratar dos direitos e garantias de caráter fundamental. Em seu inciso IV, defende a liberdade de manifestação, o inciso XIV assegura, por outro lado, o acesso à informação. Ainda em atenção a este artigo, o inciso IX dispõe que as expressões de atividades intelectuais e de comunicação estarão livres de censura ou licença, já o inciso subsequente descreve a inviolabilidade da honra, intimidade, vida privada e imagem das pessoas.

Dessa forma, apesar da autonomia adquirida pelo direito de ser esquecido dentro do aspecto moral dos direitos de personalidade, ele não pode ser considerado um direito absoluto quando observado diante de outras garantias constitucionais. Com isso, a sua aplicação não será irrestrita, podendo sofrer limitações em razão de direitos contrários à sua proteção, mas que possuam mesmo status constitucional.

Como já mencionado, as garantias à liberdade de manifestação e de informação são privilegiadas pelo art. 220 da CF/88, onde a primeira se caracteriza pela expressão artística, científica ou dos pensamentos dos indivíduos dentro de uma sociedade e a segunda pelo direito de informar ou de ser informado. Dessa maneira, a liberdade de expressão é compreendida pela manifestação do pensamento em sociedade, pela exteriorização de opiniões ou ideias e a sua atuação ocorre em oposição a censura, a qual é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já a liberdade de informação, corresponde ao privilégio individual de receber dados ou de disponibilizá-los a outrem, podendo ser considerada como uma espécie do gênero liberdade de expressão. Por esse motivo, tem natureza pública, sendo tutelado pelo direito

coletivo à informação, o qual integra tanto os dados privados de uma pessoa quanto as informações públicas de uma comunidade e que alcança maior execução na sociedade digital, através da utilização de equipamentos tecnológicos. Sobre o assunto alega Almeida (2010):

Modernamente, em decorrência de todos os avanços tecnológicos, econômicos e sociais, a liberdade de informação adquiriu um papel coletivo, no sentido de que toda a sociedade requer o acesso à informação, base de um real Estado Democrático de Direito, compreendendo tanto a aquisição como a comunicação de conhecimentos.

Assim, a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital entra em conflito com a garantia da informação nesse ambiente, uma vez que sua utilização tenciona a proteção da memória individual na internet em detrimento de outro direito fundamental à sociedade, o qual também tem guarita constitucional e assume um aspecto essencial no âmbito virtual para assegurar a livre expressão dos indivíduos na web como preceito de um Estado democrático de direito.

Como ambos os direitos possuem mesmo prestígio social, a predominância de um direito privado sobre a garantia da informação pública é considerada por muitos doutrinadores como um ato de censura, vinculando-se aos regimes autoritários de outrora, onde os indivíduos não conseguiam exprimir seus pensamentos e ideais. No entanto, esse entendimento deve ser afastado, pois a democracia além de favorecer o direito de expressão também assegura outras prerrogativas individuais não menos importantes para participação ativa dos cidadãos em comunidade.

Diante disso, nenhum direito fundamental deve ser avaliado de forma absoluta, uma vez que todos eles são protegidos pelo ordenamento de forma igual, como preceitos essenciais a qualquer indivíduo para garantia do mínimo existencial. Portanto, o uso desses privilégios de forma soberana impediria a responsabilização dos excessos que causassem dano ou violassem outras prerrogativas particulares amparadas pela dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, a formação de um novo tipo social valorizado pela predominância das relações interpessoais em ambiente virtual tem sido palco para diversos conflitos constitucionais, uma vez que um conteúdo divulgado na internet de forma abusiva pode infringir um direito privado e em outros momentos um interesse coletivo, quando for necessária a proteção de uma garantia individual em detrimento do direito de informação, por exemplo.

O maior desafio da sociedade moderna no presente é escolher o direito fundamental que deverá se sobrepôr em determinado confronto legal sem causar grandes transtornos ao privilégio inaplicado. É o que ocorre na oposição da liberdade de informação

com o direito ao esquecimento na sociedade digital, visto que apesar de serem direitos autônomos, não são absolutos. Nessa sequência aponta Pimentel e Cardoso (2015 p. 50):

Ao confrontarmos os direitos anteriormente referidos, é possível vislumbrar situações em que um deles prevalecerá sobre o outro. Assim, os meios de comunicação de massa, ao divulgarem as notícias, críticas ou opiniões, podem invadir a esfera privada das pessoas. Ou seja, pode-se dizer que há a colisão entre esses direitos, quando determinadas opiniões ou fatos relacionados ao âmbito de proteção constitucional de categorias como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, não podem ser divulgados de forma indiscriminada em nome do direito à informação.

Por conseguinte, as colisões entre essas prerrogativas serão analisadas de acordo com a situação conflituosa, de modo que prevaleça o direito mais pertinente de proteção no caso prático, reconhecido por meio de uma técnica de ponderação. Esta, porém, não declara a invalidade da garantia cedida, apenas decreta a precedência de um direito em relação a outro, em determinadas situações.

A apreciação dessa técnica é objeto de estudo de diversos pensadores, como Robert Alexy, filósofo do direito alemão que desenvolveu um modelo de sopesamento de normas e princípios diante de um conflito jurídico. Essa técnica vem sendo aplicada nas principais decisões jurídicas brasileiras que tratam do choque de princípios ou garantias jurídicas, sendo de extrema serventia para o embate legal entre direito ao esquecimento e a liberdade de informação na sociedade digital.

4.3 A teoria da ponderação de Robert Alexy como solução para a colisão dos direitos fundamentais na sociedade digital.

Neste tópico será abordada a teoria da ponderação lecionada por Robert Alexy, através de sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais de 2006, a qual foi traduzida por Vírgilio Afonso da Silva em 2015, motivo pelo qual dispensa-se o uso continuado da referência a fonte.

Alexy é um pensador jurídico que formalizou uma teoria sobre os direitos fundamentais na constituição da Alemanha, a qual foi baseada nos princípios e posicionamentos jurídicos essenciais para garantia desses privilégios. Portanto, dedicou-se a positivação dos direitos fundamentais e das normas no ordenamento jurídico, onde o seu entendimento é de que para analisar a estrutura dos direitos fundamentais deve ser feita uma distinção entre regras e princípios, apontando alguns critérios tradicionais para essa diferenciação como o da classificação deles como espécies do gênero norma, que determinam o dever ser.

Um dos requisitos utilizados por ele para diferenciar esses institutos é declarado pela generalidade, a qual tem sido utilizada com maior regularidade, uma vez que os princípios diferentemente das regras tratam de normas mais amplas, com maior grau de generalidade e são considerados como mandamentos de otimização, que incluem proibições e permissões. Ademais, a contribuição de Alexy para o presente estudo pode ser evidenciada através de seu entendimento sobre os conflitos de regras e as colisões de princípios.

Para Alexy, o choque entre regras de um mesmo ordenamento jurídico impõe invalidade de uma das normas, assim “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. De modo diverso é seu entendimento para a colisão de princípios devido a generalidade dessa norma, posto que no embate de princípios não há invalidade de umas das normas, mas sim preponderância de uma sobre a outra.

Dessa forma, o conflito de princípios é solucionado pelo sopesamento dos interesses envolvidos no caso concreto, com isso em determinadas ocasiões um direito irá prevalecer em relação a outro. Logo, um direito que foi aplicado em uma determinada situação, pode não ser protegido em situação diversa, como exemplo, destaca-se o conflito entre a liberdade de informação e o direito de ser esquecido, onde a depender da situação prática uma das normas será precedida em razão da outra.

Para melhor compreensão dessa ponderação de princípios na resolução de conflitos, Alexy em sua obra faz referência a um caso prático que por coincidência tem afinidade com o objeto de análise da presente investigação, trata-se do caso Lebach, local onde ocorreu o assassinato de quatro soldados da guarda alemã que vigiavam um depósito de munições em 1969, deixando também um soldado gravemente ferido.

O crime foi considerado um latrocínio, pois todas as armas do exército alemão foram roubadas e teve três condenados, em que dois foram penalizados com a pena perpétua e o terceiro foi condenado a reclusão por 6 meses, tendo em vista que participou apenas dos atos preparatórios do crime. Acontece que, dias antes da soltura do terceiro condenado uma emissora televisiva visando garantir o direito à informação dos indivíduos efetuou um documentário sobre o caso em análise, por causa disso aquele solicitou em juízo que o conteúdo não fosse transmitido, argumentando que a exposição novamente do assunto pela mídia dificultaria seu processo de ressocialização e afrontaria direitos inerentes a sua personalidade.

Assim, o tribunal em primeira instância negou o pedido, mas na segunda concedeu o direito utilizando como argumento principal o controle temporal de dados, dessa

maneira estabeleceu que o princípio individual deveria ser favorecido em razão da liberdade de informação para que o cidadão pudesse ter o direito de ressocialização. Na percepção de Alexy, a preponderância de uma norma sobre outra nesse conflito não invalida o direito de informação, apenas garante outro privilégio que assume maior evidência no caso concreto.

O caso supramencionado tem estrita correlação com o direito ao esquecimento, uma vez que este permite que os indivíduos protejam suas memórias individuais, tendo o poder de controlar dados disponibilizados a seu respeito através da mídia, ou da internet, para garantir um direito fundamental a toda a comunidade moderna. Sendo assim, pode-se constatar a presença de dois princípios conflitantes, de um lado protegido pela garantia ao direito de informação e do outro pela preservação da personalidade individual.

Essas colisões de direitos fundamentais têm chegado aos tribunais brasileiros com bastante frequência, principalmente depois que a sociedade passou a se comunicar com maior facilidade através da utilização de equipamentos tecnológicos. Um caso semelhante ao ocorrido em Lebach foi tratado recentemente pelo STJ, o qual concedeu uma indenização ao senhor Jurandir Gomes de França, por causa da vinculação de seu nome em um programa televisivo chamado Linha Direta Justiça, em que foram rememorados os fatos do crime que ficou conhecido no Brasil como a chacina da candelária, no qual o réu tinha sido inocentado.

A indenização foi arbitrada pelo tribunal, pois este entendeu que na colisão entre a liberdade de informação e o direito de personalidade, em que se encontra o direito ao esquecimento através da proteção da memória individual, esse último prevaleceria, pois o dano causado ao particular seria muito maior que o obtido pela não aplicação do direito fundamental à informação, visto que a divulgação da notícia pela mídia impedira o direito de ressocialização do absolvido, dessa forma, o STJ solucionou o caso através da teoria de Alexy sobre a ponderação.

Além do mais, Alexy considera que a teoria da ponderação dos princípios está ligada a noção da proporcionalidade, a qual possui três máximas que são expostas através das ideias de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação é analisado qual o meio mais adequado para se chegar ao fim pretendido de forma que não prejudique de maneira excessiva outro princípio. Já na necessidade é averiguado se o meio em questão é o único possível para se chegar a finalidade pretendida, pois caso exista outro artifício menos restritivo a colisão será resolvida em favor dele.

Já a proporcionalidade em sentido estrito é obtida através da técnica de ponderação utilizada na colisão de princípios quando nenhuma das máximas anteriores tenha sido suficiente para elucidação do conflito, assim conforme a lei de sopesamento, a

ponderação será realizada com base nos graus de importância da satisfação ou não satisfação de um princípio em relação a outro. Dessa maneira, o grau de afetação ou de não-satisfação de um princípio depende da importância da satisfação do princípio colidente.

À vista disso, essa teoria conclui que a solução para as colisões de princípios deve ser realizada através da definição de precedências condicionadas, colocando um peso nas consequências jurídicas de cada princípio colisivo para que seja possível identificar qual garantia será mais importante num caso prático. Com isso, Alexy (2006, p. 594) aponta três critérios para a ponderação de princípios colidentes:

[...] No primeiro 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.

Ademais, apresenta um entendimento sobre a impossibilidade da existência de princípios absolutos, considerando que eles não podem ter precedência em relação a todos outros casos de colisões, assim, ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana, que está disposto no art. 1º da Constituição Alemã, trata-se de um direito absoluto, devido ao tratamento da norma em parte como regra e outra como princípio. Com isso, ao ser tratada como regra a norma da dignidade será relevante caso exista sua violação, ou seja, ela prevalecerá contra outros princípios quando verificada sua violação no nível das regras.

Dessa forma, pressupõe a existência de duas normas da dignidade, ora atuando como princípio, ora como regra, desse jeito, quando essa garantia for preferida a outros princípios, a norma estará atuando como regra através de seu aspecto absoluto, diferentemente do que ocorre na sua operação como princípio. Assim, a dignidade poderá preceder outro princípio quando houver razões jurídicas-constitucionais favoráveis para isso no caso específico.

Ante o exposto, a teoria da ponderação ou sopesamento do filósofo jurídico supramencionado tem sido bastante utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, para os casos de colisões dos direitos fundamentais, os quais estão dispostos no art. 5º da CF/88. Isso ocorre, pois segundo a determinação dele, os direitos fundamentais são considerados princípios e estes são apontados como normas compostas de generalidade.

Destarte, os princípios geralmente não possuem aspecto absoluto, entretanto, em alguns casos específicos uma norma fundamental pode se configurar tanto como uma regra, quanto como princípio, um exemplo disso ocorre com o direito da dignidade da pessoa humana, o qual está presente nos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão. Dessa maneira,

na visão de Alexy quando a dignidade, por exemplo, for privilegiada em face de outros princípios com maior grau de certeza, ela terá natureza de regra.

Percebe-se, que hodiernamente o judiciário ao receber normas colidentes tem solucionado a maioria dos litígios por meio da técnica da ponderação determinada por Alexy, para que o caso seja solucionado de acordo a sua noção de proporcionalidade. Sobre essa técnica, Tartuce (2016, p. 102-103, grifos do autor) compreende que:

Pela técnica de ponderação, em casos de difícil solução (hard cases) os princípios e os direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a solução. Há assim um juízo de razoabilidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A técnica exige dos aplicadores uma ampla formação, inclusive interdisciplinar, para que não conduza a situações absurdas [...].

Assim, o método da ponderação tem sido utilizado pela doutrina e pelo judiciário há um certo tempo para tentar adotar a solução mais razoável no caso concreto, por intermédio de uma análise civil-constitucional da norma, baseando-se nos ensinamentos de Robert Alexy sobre a sistematização da ideia de pesagem dos princípios. Nesse sentido, verifica-se que esse método tem sido utilizado pelo judiciário e doutrina para solucionar as colisões de direitos na sociedade digital, onde de um lado se configura a liberdade de informação, protegida pela memória social e de outro lado o direito de ser esquecido, o qual visa a proteção individual da memória, concedendo aos cidadãos o controle de seus dados pessoais, do passado, depositados na internet.

Assim, o confronto estabelecido pela garantia da informação versus a proteção da memória individual na sociedade virtual será elucidado através da razoabilidade e da proporcionalidade no sentido estrito observado no caso concreto, conforme determinou Alexy em seu estudo. Com isso, o direito de ser esquecido não se aplicará nesse ambiente de forma absoluta, posto que deve ser sopesada a sua aplicação em relação ao direito contrário à sua proteção. Nesse seguimento discorreu Schreiber (2013, p. 468).

É certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida. Não há direito a reescrever a história ou apagar o registro de dados pretéritos, mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

Diante do exposto, o direito ao esquecimento na sociedade digital tem sido aplicado pelos tribunais quando no caso concreto ficar demonstrada a sua precedência em relação a liberdade informação, uma vez que o objeto de preservação desta colide diretamente

com o resguardo da memória individual na sociedade digital, tendo em vista que essa norma tem como objetivo impedir a censura dos cidadãos, garantido por consequência a liberdade em seu aspecto moral, onde se encontram o direito de informar e de ser informado.

Quando sopesado os direitos colidentes e o grau de importância de uma garantia se mostrar mais proeminente de satisfação em relação ao outro princípio, aquela será aplicada. Assim, se no caso prático se verificar que a aplicação do direito ao esquecimento é essencial e que seu grau de satisfação é mais elevado que o direito de informação, a memória individual será protegida. No entanto, caso a satisfação do direito de informação seja maior que a proteção do direito de personalidade, não será possível a sua aplicação em razão da tutela da memória social. Nesse sentido tem decidido o tribunal (STJ, REsp 1.297.787/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.03.2015, grifos acrescidos):

[...] Para Alexy, os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo. Não há relação de exclusão e, em caso de choque, devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum (In. Teoria de los derechos fundamentales . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). **Dessarte, no tocante ao antagonismo entre os direitos fundamentais, dever-se-á, numa ponderação de valores, buscar a máxima observância, somada à mínima restrição dos direitos relacionados. [...]** Nesse campo, o Judiciário vem sendo instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional. Em razão disso, não havendo falar em direitos fundamentais absolutos, vêm a doutrina e a jurisprudência buscando alguns parâmetros para nortear o julgador, notadamente no que tange à liberdade de informar através dos meios de comunicação. Esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como por exemplo: "(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 (animus injuriandi vel diffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012). **Também esta Corte, realizando juízo de ponderação, acrescentou o traço da ausência de contemporaneidade como possível limitação da atividade informativa da imprensa, quando a notícia trouxer à tona fatos passados, em detrimento da dignidade humana e privacidade; reconheceu-se, assim, o direito ao esquecimento** (REsp 1.335.153/RJ e Resp 1.334.097, ambos de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013) [...].

Dessa maneira, percebe-se que a aplicabilidade do direito ao esquecimento na sociedade digital é possível em razão desse privilégio ser inerente a personalidade dos indivíduos, do mesmo jeito que são os outros direitos privados, destacando-se pela sua fundamentalidade na vida dos internautas, amparando-se na CF/88 e no CC/02 e sendo executada através da sistemática da ponderação demonstrada por Alexy, sopesando-se os princípios colidentes para garantir a execução da norma mais razoável no caso analisado.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico ocorrido nos últimos anos apresentou para sociedade um novo meio de interação onde as informações chegam com mais velocidade aos usuários das ferramentas digitais. Esse local tem ganhando destaque principalmente pela sua simplicidade no tratamento de dados e pela possibilidade proporcionada aos seus usuários na máxima obtenção de conhecimento sobre variados assuntos do cotidiano de uma população.

A internet é a principal responsável pela mudança na convivência social, pois através dela os indivíduos podem exercer sua liberdade, no sentindo mais amplo, ou seja, se expressar, informar ou adquirir informações, praticando suas principais atividades do dia-a-dia, independentemente de seu interesse, seja ele profissional ou de entretenimento. Em razão disso, constituiu-se a sociedade digital, local onde as pessoas têm convivido predominantemente e que se caracteriza pela sua alta capacidade de armazenamento de dados.

Devido a essa capacidade ilimitada de armazenamento, a internet viabiliza que alguns conteúdos pregressos da vida particular de alguém que se encontrem na rede possam ser revisitados pelos usuários dela a qualquer momento, dessa maneira, algumas situações já consolidadas na vida de uma pessoa podem ser lembradas pelos internautas, impedindo, portanto, o esquecimento natural dos acontecimentos.

Através do presente trabalho, buscou-se analisar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, uma vez que esse local tem proporcionado aos indivíduos uma constante rememoração do passado, e por consequência, tem deixado de proteger alguns direitos fundamentais aos seres humanos, como a proteção da memória particular dos indivíduos.

Sendo assim, haveria possibilidade de aplicar o direito ao esquecimento, tendo em vista que sua proteção é reconhecida pelo aspecto fundamental da personalidade, adquirida a partir do nascimento do indivíduo, por isso esse direito deve ser aplicado por meio da fundamentação da dignidade da pessoa humana, de modo igual ao disposto no enunciado 531 do CJF e por intermédio da utilização da técnica da ponderação demonstrada por Robert Alexy para resolução das colisões normativas nos casos concretos.

Para garantir a aplicação desse direito na sociedade digital, demonstrou-se que os direitos de personalidade foram previstos no CC/02 de maneira exemplificativa, de forma que o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito de personalidade é identificado em razão do seu caráter fundamental para a existência digna dos indivíduos, assim, a sua essencialidade é obtida a partir do nascimento com vida, momento em que o sujeito passa a

ter direitos e deveres perante o ordenamento jurídico. Ressalvando-se, apenas, os direitos concedidos ao nascituro, conforme a teoria concepcionista adotada pelo STJ.

Por conseguinte, observou-se as características essenciais dos direitos de personalidade, bem como sua classificação jurídica que se divide em três aspectos, o físico, psíquico e o moral. Nesse último, o direito ao esquecimento foi apontado de modo igual ao direito de privacidade e da liberdade civil, correlacionando-os com os direitos fundamentais expressos na CF/88, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, fora identificado o direito ao esquecimento na sociedade digital como o direito que protege a memória individual dos indivíduos, para impedir que fatos privados e retrógrados voltem a serem explorados pelos usuários da internet. Demonstrou-se que esse direito foi inicialmente tratado na legislação Europeia, onde ficou conhecido como o privilégio da desindexação dos motores de buscas e para sua melhor compreensão foi observado o aspecto público e privado do esquecimento pela memória coletiva e individual, respectivamente.

Dessa maneira, percebeu-se que o direito ao esquecimento tutela a proteção da memória individual na sociedade digital, mas que a sua aplicação não é absoluta pois a depender da situação prática, a sua execução sofrerá restrição para garantir a proteção da memória coletiva, a qual busca resguardar a história de uma população, assegurando o direito à informação para que os indivíduos possam conhecer o passado.

Além disso, ficou demonstrado que o direito ao esquecimento deve ser analisado com autonomia em relação ao aspecto moral dos direitos de personalidade, tendo em vista que possui proteção específica, através da preservação da memória individual para impedir que os dados passados de alguém voltem a perturbá-los na atualidade. Dessa maneira, evidenciou-se sua distinção em relação aos outros direitos incluídos pela integridade moral, como o direito de privacidade que defende a vida privada perante outros indivíduos quanto aos fatos atuais.

Destarte, verificou-se a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital brasileira, onde foi demonstrado que esse ordenamento jurídico prevê em algumas situações específicas uma tutela parecida com a do direito ao esquecimento por meio de outros institutos, quando impõe a validade de um ato a determinado lapso temporal, a exemplo disso foi apresentado o Código de Defesa do Consumidor e o Código Penal.

Outrossim, constatou-se a aplicação do direito de ser esquecido através de dois julgados emitidos pelo STJ, no qual foi admitido posteriormente repercussão geral do assunto sob o tema de nº 786 para julgar aplicabilidade do esquecimento na esfera civil. Além do exame dos Enunciados 531 e 576 do CJF, reconhecendo o direito ao esquecimento como uma

extensão da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, bem como o seu resguardo através de tutela judicial inibitória. Nesse sentido, também, notou-se que o MCI apesar de prever forma análoga a aplicação do direito ao esquecimento não foi específico ao tratar da possibilidade do direito ao esquecimento na era digital, uma vez que não fez previsão expressa sobre o assunto, causando, portanto, insegurança jurídica quanto à possibilidade de aplicação.

Além disso, observou-se o conflito existente entre direitos fundamentais, onde de um lado se encontra a liberdade de informação, resguardando a memória social da população e de outro o direito ao esquecimento como proteção da memória individual. Com isso, fora analisado o estudo do pensador jurídico Robert Alexy para solucionar a colisão desses princípios, por intermédio da técnica da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a aplicação do direito ao esquecimento depende do grau de afetação ou não satisfação do direito fundamental à informação no caso concreto.

Assim, apesar da existência de algumas divergências quanto a aplicabilidade do direito ao esquecimento na sociedade digital por causa de sua colisão com o direito à informação, a sua execução no Brasil já vem sendo utilizada pela doutrina, bem como solicitada sua previsão através de projetos de leis na Câmara, tendo em vista que o tema é de extrema relevância para a proteção de direitos privados na internet. Ademais, o próprio STF reconheceu repercussão geral do assunto, a qual está para ser analisada, inclusive, com audiência pública marcada para o dia 12/06/2017 para discussão do assunto.

Sendo assim, concluiu-se ser possível a aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital para proteger a memória individual das pessoas, considerando-se um direito de personalidade amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme a previsão do Enunciado 531 do CJF e sendo executado em consonância ao estudo desenvolvido por Alexy sobre o sopesamento de direitos fundamentais, no qual prevalecerá a garantia que tiver maior grau de satisfação na análise do caso concreto.

Por este motivo, o presente trabalho tem grande importância para a sociedade e para a Faculdade Damas, devido a evolução tecnológica trazida pela internet na vida das pessoas, as quais tem vivido predominantemente em ambiente virtual, o qual é utilizado na atualidade como o principal meio de comunicação para troca de informações, portanto, faz-se necessário o esclarecimento do tema para que os indivíduos possam tomar as medidas cabíveis quando tiverem dados passados de sua vida particular reexpostos na web de forma que sua memória individual seja resguardada do conhecimento de outrem. Dessa maneira,

serve de base teórica para que outros pesquisadores venham abordar o tema, uma vez que esse direito ainda não possui previsão específica no ordenamento brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhCCgAH/robert-alexey-teoria-dos-direitos-fundamentais-2015-completo>>. Acesso em: 16 maio 2017.
- ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, n. 80, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMÁZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 2, p. 79-92, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/2391/1630>>. Acesso em: 15 maio 2017.
- ASFOR, Ana Paula. Do início da personalidade civil. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 3629, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24650>>. Acesso em: 8 abr. 2017.
- BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**: enunciado nº 531, Brasília, 180 p. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- _____. _____. _____. **VII Jornada de Direito Civil**: enunciado nº 576, Brasília, 109 p. 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- _____. _____. _____. **IV Jornada de Direito Civil**: enunciado nº 274, Brasília, 2006. Disponível em: <<file:///C:/Users/gabri/Downloads/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- _____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7881 de 2014**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>>. Acesso em: 24 maio 2017.
- _____. _____. _____. **Projeto de Lei nº 1589 de 2015**. Torna mais rigorosa a punição dos crimes contra a honra cometidos mediante disponibilização de conteúdo na internet ou que ensejarem a prática de atos que causem a morte da vítima. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1279451>>. Acesso em: 24 maio 2017.
- _____. _____. _____. **Projeto de Lei nº 1676 de 2015**. Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome,

imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>>.

Acesso em: 24 maio 2017.

_____. _____. _____. **Projeto de Lei nº 2712 de 2015**. Modifica a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, obrigando os provedores de aplicações de internet a remover, por solicitação do interessado, referências a registros sobre sua pessoa na internet, nas condições que especifica. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1672348>>.

Acesso em: 24 maio 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:

25 maio 2017.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro 2002. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro,

1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

[lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de

Janeiro, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)

[lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 27 abr.

2017.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e

deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 01

maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.316.921/RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy**

Andrighi, j. em 26.06.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>.

Acesso em: 25 maio 2017.

_____. _____. **REsp 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão**, j. em

28.05.2013. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea)

[201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 25

maio 2017.

_____. _____. **REsp 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão**, j. em

28.05.2013. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo>

=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. _____. **REsp 1.297.787/RJ, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão**, j. em 17.03.2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182318372/recurso-especial-resp-1297787-rj-2011-0291307-1/relatorio-e-voto-182318379>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento**: Proteção da Intimidade e Ambiente Virtual. Curitiba: Juruá, 2017. 410 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

DUMAS, Véronique. A origem da Internet: A história da rede de computadores criada na Guerra Fria que deu início à Terceira Revolução Industrial. **História Viva**. São Paulo, abr. 2016. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/o_nascimento_da_internet.html>. Acesso em: 11 mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

_____. _____. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1**: esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2017. 1 v.

_____. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: A proteção da memória individual na sociedade de informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 233 p.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: SOUZA et al. **Direito privado e internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-28.

MOTA, André et al. **Prática Civil**. Recife: Armador, 2015. 888 p.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v.

NICOLODI, Márcia. Os direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 134, 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4493>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **Ajuris**, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 137, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>>. Acesso em: 05 maio 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRIBERAM (Org.). **Dicionário da língua portuguesa**. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Porto: Lello, 2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/sociedade>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

RODRIGUES, Telma. **Sociedade Digital**. 2010. Disponível em: <<https://digartmedia.wordpress.com/2010/03/02/sociedade-digital/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulos: Atlas, 2013.

SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Cesumar**, Maringá, v. 8, n. 2, p.369-382, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/issue/view/49>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

TAIT, Tania Fatima Calvi. **A evolução da internet: do início secreto à explosão mundial**. 2007. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~tait/evolucao-internet.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016; São Paulos: Método, 2016.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 200, 61-80, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 abr. 2017.