



MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E CONTEÚDO NA INTERNET*

MEMORY, OBLIVION AND CONTENT ON THE INTERNET

Luis Felipe Salomão

RESUMO

Aborda a premente questão da necessidade de contínua adaptação às mudanças de comportamento na sociedade à luz da evolução dos direitos da personalidade – considerada como um direito absoluto, indisponível, imprescritível e extrapatrimonial. São invocados ainda o direito ao esquecimento e a divulgação de conteúdo na internet, segundo a jurisprudência brasileira.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1949); direito – privacidade, esquecimento.

ABSTRACT

The author addresses the pressing issue of the need for ongoing adaptation to behavior changes in society in the light of the evolution of personality rights – considered as absolute, unavailable, imprescriptible and non-proprietary rights. The right to oblivion is mentioned, as is the dissemination of content on the internet, according to the Brazilian case law.

KEYWORDS

Constitutional Law; Universal Declaration of the Rights of Man and Citizen (1949); privacy, oblivion – right to.

* Transcrição da palestra “Memória, Esquecimento e Conteúdo na Internet”, realizada no XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

1 UM POUCO DE HISTÓRIA – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na evolução dos direitos da personalidade, o primeiro marco a ser considerado é a história de Antígona, simbolizando um dos direitos fundamentais da personalidade e a força que encarna a determinação de realizá-lo. Na peça de Sófocles, a tensão existente entre a lei posta e a o direito natural é exposta por Antígona, que demonstra tanto a força da mulher, como o respeito a um de seus direitos. Na Grécia antiga, ficar o corpo insepulto era uma pena para além da eternidade, pois se acreditava que, assim, a alma do morto vagaria pelo resto dos tempos. Seu irmão, Polínice, fora morto e deixado à margem do rio, por isso, ela quis enterrá-lo, apesar de haver um decreto que a proibia. Acredita-se que, mesmo com essa proibição, ela teria cavado a sepultura com as próprias mãos e o enterrado. Por uma das versões da peça de Sófocles, teria sido ela presa e enterrada viva.

Mais adiante, outro marco histórico na evolução desses direitos é o da invenção da prensa de Gutenberg, em 1440. A primeira publicação de Gutenberg foi a Bíblia, que, por rapidamente multiplicar a informação, pode simbolizar a ideia da velocidade do conhecimento. Além de ser considerada um marco, há quem diga ser ela uma das maiores invenções da Idade Moderna.

Em meio a idas e vindas no direito à dignidade da pessoa humana, pode-se referir que a Idade Média, centrada na ideia da propriedade privada, não cuidou propriamente de um direito da personalidade. O Renascimento, por seu turno, no século XVI, faz o homem voltar a ser o centro de seu próprio pensamento.

A Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) refletem a ideia central dos direitos da personalidade como um dos fundamentos do Estado.

As guerras mundiais de 1914/18 e 1939/45, com suas mutilações e barbáries, por seu turno, fazem eclodir a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1949, sendo considerada o primeiro tratamento legal dos direitos da personalidade.

Voltando um pouco na marcha do tempo, o primeiro artigo que versa sistematicamente sobre o direito à privacidade, escrito por Brandeis e Warren, em 1890, usa o termo *right to privacy* e contrapõe este direito ao progresso tecnológico existente na época, causando grande repercussão no tema. Acredita-se que esse artigo nasceu a partir de uma invasão da privacidade do casamento da filha de um dos autores e, por meio de um telégrafo, informações foram rapidamente transmitidas e publicadas em um jornal, o que o incomodou em demasia. Ainda hoje esse artigo é bastante citado como o primeiro texto que avalia o direito à privacidade.

A Corte Constitucional Alemã, quando criada, trata do tema e produz forte jurisprudência, elevando a dignidade da pessoa humana a um patamar de *bem absoluto*. A razão para se ter uma Corte Constitucional afirmativa na questão dos Direitos Humanos justifica-se pelo período pós-guerra (2ª Guerra Mundial) bastante dramático em que a Alemanha se encontrava, estando pratica-

mente isolada e devastada. O livro *Mefisto*, de Klaus Mann, e o romance *Esra*, sobre biografias não autorizadas, foram os primeiros e mais importantes casos da Suprema Corte Alemã.

Na década de 70, nos Estados Unidos, ocorreu o caso *Watergate*, que fomentou a pesquisa sobre a invasão de privacidade e o papel da imprensa livre. Esse caso decorreu de gravação clandestina realizada dentro do Comitê do Partido Democrata, a qual resultou na derrubada do Presidente da República americano. Considera-se o ocorrido um marco no exame do papel da imprensa quanto à extensão de seu limite na questão da privacidade.

As guerras mundiais de 1914/18 e 1939/45, com suas mutilações e barbáries, por seu turno, fazem eclodir a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1949, sendo considerada o primeiro tratamento legal dos direitos da personalidade.

No Brasil, as Cartas Constitucionais sempre versaram sobre os direitos da personalidade, muito embora o tema do direito ao dano moral só tenha sido tratado na Constituição de 1988.

O pensador desse século que melhor discute o tema, elevando-o a um patamar diferenciado, é Zygmunt Bauman, que utiliza a expressão “modernidade líquida” para tratar da matéria das redes sociais. Bauman fala da eliminação progressiva da divisão entre o público e o privado, afirmando que eles se interpenetram com a existência da internet, como no caso do *Facebook*, por exemplo. Ele cita as amizades líquidas que são acumuladas virtualmente.

O direito da personalidade é gênero do qual são espécies a honra, a intimidade, a imagem, o direito de expressão e informação, dentre outros. É considerado um direito absoluto, indisponível, imprescritível e extrapatrimonial.

De acordo com a Constituição, o Código Civil e diversos diplomas, o direito à vida digna é tido como cláusula geral. Atualmente, muitos temas correlacionados aos direitos da personalidade, ainda que indiretamente, como o transplante, a “barriga de aluguel”, a reprodução *in vitro*, a bioética, a eutanásia, o registro civil de transexual, a adoção por casal homoafetivo (registro civil) e a esterilização humana, são discutidos no Superior Tribunal de Justiça – STJ, o último intérprete da legislação federal.

O STJ autorizou, em se tratando do registro civil de transexual, mesmo sem cirurgia de mudança de sexo, a alteração do registro (REsp 1.626.739/RS). Em relação ao casamento por casal homoafetivo, vale lembrar que o STJ foi a primeira Corte a deferir a união e também a adoção de criança por casal do mesmo sexo (REsp 889.852/RS).

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

De outra parte, o direito de propriedade intelectual, mencionado desde a era da faca manufaturada até o surgimento do computador, pode ser classificado como direito real, absoluto e oponível *erga omnes*, bem incorpóreo ou imaterial. Englobam o direito do autor, visto como uma criação estética, o *software*, os cultivares e a propriedade industrial, tida como uma invenção técnica. Tornou-se ativo econômico importante atualmente.

O primeiro caso mais interessante, tratando-se de violação do direito à privacidade *versus* direito autoral, ocorreu em 1984, nos Estados Unidos, conhecido como caso Betamax. A discussão entre a Sony e a Universal Studios visava a esclarecer se a gravação de programas e filmes em fitas videocassetes representava violação aos direitos do estúdio e do autor. A decisão nesse questionamento foi a de que não houve violação ao direito autoral, mas uso legítimo da tecnologia ou *fair use*.

Já no caso Napster, no ano 2000, houve decisão em sentido oposto. Esse programa de compartilhamento de músicas em computador foi proibido por ter sido considerado uma atividade lucrativa (responsabilidade vicária). Ocorre que, com a tecnologia P2P, usada para transmissão de arquivos pelo computador na internet, foram compartilhadas, em larga escala, milhares de músicas entre usuários.

No Brasil, a propriedade intelectual ganha mais relevância na Constituição de 1988, por trazer expressamente em seu texto o reconhecimento do dano moral (art. 5º, incs. V e X).

Vale destacar que já foi julgada no STJ a relação jurídica entre o fornecedor do serviço de mídia (televisão, rádio ou internet) e o usuário, aplicando-se, nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor (REsp 946.851/PR).

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE VALORES EM CONFLITO

No que diz respeito à colisão de direitos fundamentais e à ponderação de valores em conflito, existem doutrinadores que defendem a preponderância de um dos princípios em relação a outro e há teses afirmando haver equilíbrio entre eles.

No entanto, essa questão é mesmo resolvida apenas com o exame do caso concreto. Isso porque não há propriamente antinomias insolúveis na Constituição (princípio da unidade). Defende-se, dessa forma, a inexistência de hierarquia entre direitos e princípios da mesma natureza constitucional, a predominância do interesse público e, fundamentalmente, a razoabilidade. De acordo com Couture, o *intérprete é o intermediário entre o texto e a realidade*.

Essas regras de interpretação são bem analisadas no livro de autoria do Ministro Roberto Barroso e também por Alexis. Ainda nesse tema, o americano Dworkin criou a ideia do Juiz Hércules, aquele que resolve os *hard cases*.

4 ALGUNS PONTOS RELEVANTES

Surgem alguns pontos relevantes da jurisprudência brasileira na análise do direito da informação *versus* direito à intimidade – direito à privacidade.

O primeiro deles é a diferença entre notícia e crítica; o segundo é a vedação ao aproveitamento econômico da imagem da pessoa sem o seu consentimento, e o terceiro é a possibili-

dade de utilização da imagem, sobretudo, de pessoas públicas sem que haja aproveitamento econômico.

Nesses casos, no exame de situações concretas, a ideia é criar um padrão (*standards*), com regras de experiência objetivas (afastando o subjetivismo) e, a partir daí, verificar, naquela situação de fato, quais princípios devem prevalecer. Vale frisar ser possível a divulgação de imagem de pessoas em eventos públicos, sessões de julgamento ou eventos com interesse público.

A expressão de Baleeiro (RMS 18.534/STF), *consciência do homem médio de seu tempo*, justifica a mudança de comportamento em diferentes épocas, como, por exemplo, o fato de usar biquíni na praia não mais ferir o decoro. Então, é o homem médio naquele determinado tempo em que ele vive que servirá como padrão, *standard*.

Um tópico importante nessa discussão é o chamado *“actual malice”*, criado nos Estados Unidos, com o caso do *New York Times*, sob a indagação de ser preciso provar a má-fé do jornalista para caracterizar a invasão da privacidade quando são ultrapassados os limites da mera informação. No Direito brasileiro, existem vários precedentes que afastam a necessidade de prova da má-fé. A contemporaneidade da informação reflete diretamente no direito ao esquecimento.

Quanto à questão das liminares (ou antecipação de tutelas em ações judiciais), houve grandes mudanças com o surgimento do marco civil da internet, certo de que é vedada a censura prévia.

5 MARCO CIVIL DA INTERNET – O QUE MUDOU?

No caso da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de internet, a Lei n. 12.965/2014, que até hoje não sofreu contestação no Supremo Tribunal Federal – STF, no art. 19, exige ordem judicial específica para tornar indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direito. Vale destacar que, no caso de inércia, a responsabilidade civil pode ser invocada.

De acordo com o art. 21 da citada Lei, a exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a norma se contenta com a notificação que aponte o material ilícito. Além disso, está expressamente excepcionada de seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros (art. 19, § 2º, e art. 31).

Os precedentes que existem no Brasil, até hoje, a tratar sobre direito ao esquecimento, especialmente no STJ (REsp 1.335.153/RJ e 1.334.097/RJ), examinaram programas de televisão, não tendo sido ainda discutido o tema sob o prisma do marco legal da internet e, especialmente, o direito ao esquecimento na internet, como já acontece hoje nos tribunais europeus.

6 JURISPRUDÊNCIA (ESTUDO DE CASOS)

Inicia-se o exame dos precedentes com o REsp 1.512.647/MG, que tratou sobre a responsabilidade civil de provedor de internet, no caso, o *Orkut*, a envolver um curso preparatório para concursos públicos que comercializava suas aulas virtualmente. Essas aulas foram divulgadas em certas comunidades desse administrador a um custo menor ou de maneira gratuita. Dessa forma, o curso preparatório e o professor moveram ação contra o provedor de internet, sob a justificativa de o administrador estar estimulando a pirataria na rede. A dúvida sus-

citada no processo analisado pelo STJ foi se, pela responsabilidade contributiva, o provedor participou de alguma maneira do ilícito, se obteve vantagem econômica ou financeira ou, ainda, se a posição de utilizar a rede social para divulgar a pirataria foi um *fair use* do direito autoral. A conclusão da 2ª Seção do STJ foi a exclusão da responsabilidade civil da rede social, por ela não disponibilizar de nenhuma ferramenta que facilitasse a pirataria, tampouco utilizar ou obter benefício, ainda que indiretamente. Evidentemente, esse julgado aplica-se a qualquer provedor de internet. Cabe ressaltar que esse foi o primeiro precedente em que, mesmo indiretamente, tenha sido aplicado o marco civil da internet.

Outro caso julgado no STF tratou sobre a constitucionalidade da lei criada pelo Estado do Rio Grande do Sul, que estabelecia a preferência na aquisição de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias no âmbito da administração pública regional, na modalidade de licitação pública da concorrência. Em liminar, o Ministro Ayres Britto decidiu contrariamente em relação ao *software* livre. No julgamento do mérito, no entanto, na relatoria do Ministro Luiz Fux, a Suprema Corte estabeleceu que a legislação estadual é compatível com os princípios constitucionais da separação dos poderes e manteve hígida essa norma, que deu preferência à aquisição de *software* livre (ADI n. 3.059).

No STJ, no que concerne à proteção ao direito autoral de *software*, concluiu-se que a comprovação da regularidade do programa não ocorre apenas pela nota fiscal, mas também por outros meios de prova que demonstrem a autenticidade do programa utilizado (REsp 913.008/RJ).

Outros precedentes a serem citados são: REsp 844.736/DF, que analisou se o *spam* gera dano moral; REsp 1.168.547/RJ, que tratou sobre a possibilidade de ajuizamento de ação no caso de a pessoa sentir-se violada pela utilização de imagem na internet ainda que o *site* esteja hospedado no exterior, sendo a decisão do STJ afirmativa nesse caso; REsp 1.258.389/PB, em ação indenizatória movida por município contra particular por dano moral praticado em rádio, questiona-se a possibilidade de pessoa

jurídica de direito público obter indenização; e REsp 997.993/MG, no qual se discutiu se o fornecedor do serviço, quem hospeda o *site* de classificados no caso, tem também responsabilidade por publicar falso anúncio erótico solicitado por uma pessoa para prejudicar outra. Esse longo apanhado é uma linha evolutiva que retrata um pouco os temas deste mundo novo da internet. Inicia-se agora, então, propriamente a análise do direito ao esquecimento, a fim de que seja concluída essa trajetória.

O STJ, em conjunto com o Conselho da Justiça Federal – CJF, tem realizado jornadas que servem como tanque de ideias ou como sementeira sobre o Direito Civil, o Direito Comercial, dentre outros temas. Na VI Jornada, criou-se a ideia da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, incluindo o direito ao esquecimento.

Posteriormente, foram julgados na 4ª Turma do STJ dois casos com temas diferentes (REsp 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ), escolhidos com cuidado para serem analisados no mesmo dia. Embora relacionados ao direito ao esquecimento e utilizando-se técnica de distinção, em um caso, a Turma concedeu a indenização (REsp 1.334.097/RJ) e, no outro, negou (REsp 1.335.153/RJ).

No que diz respeito à colisão de direitos fundamentais e à ponderação de valores em conflito, existem doutrinadores que defendem a preponderância de um dos princípios em relação a outro e há teses afirmando haver equilíbrio entre eles.

A justificativa para diferentes posicionamentos ocorreu de modo a afirmar que o resultado do julgamento vai depender de cada caso. Não é para toda situação que vai ser aplicável o direito ao esquecimento. A Corte utilizou técnica bastante didática para dizer em quais situações será cabível a tese e em quais hipóteses não pode ser invocada. Muito embora, em um deles, o julgamento não tenha sido unânime, o que importa é o precedente. Esses dois casos foram impugnados via recurso extraordinário e estão em julgamento no STF. O processo em que não foi concedida a indenização está com repercussão geral.

O REsp 1.334.097/RJ disse respeito a um cidadão indiciado na “Chacina

da Candelária” e, posteriormente, absolvido pelo júri. O próprio Ministério Público pediu a absolvição dele, por entender que não tinha conexão com aquele caso rumoroso, de muita repercussão, dramático, quando foram assassinados vários garotos em frente à Candelária no Rio de Janeiro. Nesse caso, o indivíduo, para recomeçar a vida, precisou mudar de nome e entrar no programa do Poder Executivo para buscar residência em outra cidade e candidatar-se a novo emprego, além de ter sido perseguido em sua comunidade. Quando ele se estabilizou, o programa de uma emissora de televisão, que fazia reconstituições de crimes, procurou-o e pediu para entrevistá-lo. Ele se negou a participar e disse que já havia sido absolvido. Mesmo assim, o programa foi exibido, o que ensejou a ação indenizatória, invocando-se, como um dos fundamentos, mas não o único, o direito de ser esquecido, já que houve absolvição. Nesse caso, foi concedida a indenização.

O outro recurso julgado na mesma data foi o REsp 1.335.153/RJ, sobre o caso Aida Curi, também no Rio de Janeiro. Na década de 50, uma moça atirou-se ou foi empurrada de um apartamento na praia de Copacabana, o que causou grande ru-

mor na época, a envolver toda a sociedade carioca, por participar ou ter participado do caso pessoas da alta sociedade levadas a júri. Esse caso é considerado como referência e é retratado em vários livros de Direito Penal como um dos casos criminais célebres, assim como o do Tenente Bandeira.

Houve também outro programa, da mesma emissora, que se propôs a reconstituir esse crime, mas, ao procurar a família, esta suscitou o direito de preservar a memória, não consentindo com a notícia do crime. No entanto, a veiculação também aconteceu, sendo então ajuizada posteriormente a ação indenizatória. Nesse caso, foi negada a indenização, por ser impossível retratar o caso ou crime

Aida Curi sem falar da memória e do passado de Aida Curi, sem falar da vítima.

Destarte, como o intuito é que não sejam retirados da história de determinado país fatos relevantes e sendo o processo criminal, em sua grande maioria, público, não há porque resguardar o direito ao esquecimento, sendo então negada a indenização. Esse é o caso que está com repercussão geral no STF. Houve parecer do Procurador-Geral de Justiça pela inexistência de direito ao esquecimento naquela hipótese e, nessa situação, a relatoria coube ao Ministro Dias Toffoli. O outro processo também teve recurso extraordinário, que foi denegado e está com agravo da relatoria do Ministro Celso de Mello.

Em matéria penal, podem ser citados alguns precedentes a aplicar o direito ao esquecimento. Em duas hipóteses, uma de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (RMS 49.920/SP) e outra de relatoria do Ministro Rogerio Schiatti (REsp 1.578.033/RJ), foi discutido se registros antigos em folhas de antecedentes caracterizavam reincidência ou não. Aplicado o direito ao esquecimento, ficou decidido ser cabível apenas em um dos casos.

O acórdão de 13 de maio de 2014, do Tribunal de Justiça da União Europeia, amplamente divulgado por todos os meios de comunicação, resultou da reclamação sobre o caso do *Google* Espanha contra a Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González. A pretensão era a retirada do nome de Mario Costeja González do mecanismo de busca. Esse foi o caso precedente da União Europeia que tratou do tema.

No Brasil, com base em dados recolhidos a partir de 2014, obteve-se um total de 1.739.865 URLs avaliadas para remoção e um montante de 571.992 solicitações recebidas, sendo que 56,8% não foram excluídas e 43,2% foram acolhidas e retiradas com pedidos diretamente feitos ao *Google*.

Pode-se dizer que esses são dados muito relevantes para se afirmar que o objetivo não é apagar a história e a memória, sendo argumento raso aquele de afirmar que o direito ao esquecimento fere a liberdade de imprensa.

7 CONCLUSÃO

O mundo está em estado de crescente transformação, o que gera uma premente necessidade de contínua adaptação às mudanças de comportamento da sociedade, constantemente mais globalizada e conectada de um lado, mas, em contrapartida, cada vez mais líquida, instantânea e virtual. É preciso buscar equilíbrio para enfrentar tamanha mudança de paradigma.

A evolução tecnológica não pode se desvincular das bases necessárias à solidificação de qualquer sociedade, em especial, o respeito aos direitos humanos, bem como a preservação da história da nação.

Cabe, assim, em última análise, ao Poder Judiciário enfrentar, com serenidade e sabedoria, as questões que lhe são postas e ponderar sempre os valores em questão, de modo a proporcionar a solução mais adequada a cada caso concreto.

Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha; Relator p/ Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25/8/2009, DJe 19/10/2009.

_____. _____. Recurso Especial 844.736/DF. Proc. 2006/0094695-7. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Relator p/ Acórdão: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). Julgamento: 27/10/2009, DJe 2/9/2010.

_____. _____. Recurso Especial 1.168.547/RJ. Proc. 2007/0252908-3. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 11/5/2010, DJe 7/2/2011.

_____. _____. Recurso Especial 1.258.389/PB. Proc. 2011/0133579-9. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 17/12/2013, DJe 15/4/2014.

_____. _____. Recurso Especial 997.993/MG. Proc. 2007/0247635-6. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 21/6/2012, DJe 6/8/2012.

_____. _____. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Proc. 2012/0144910-7. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28/5/2013, DJe 10/9/2013.

_____. _____. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Proc. 2011/0057428-0. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28/5/2013, DJe 10/9/2013.

_____. _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 49.920/SP. Proc. 2015/0312729-6. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 2/8/2016, DJe 10/8/2016.

_____. _____. Recurso Especial N. 1.578.033/RJ. Proc. 2016/0017360-4. Relator: Ministro Rogerio Schiatti Cruz. Public. 20/4/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.059/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto; Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 9/4/2015, DJe-085, divulg. 7/5/2015, public. 8/5/2015.

Artigo recebido em 31/1/2018.

Artigo aprovado em 8/2/2018.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.512.647/MG. Proc. 2013/0162883-2. Segunda Seção. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 13/5/2015, DJe 5/8/2015.

_____. _____. Recurso Especial 913.008/RJ. Proc. 2007/0005127-7. Quarta

Luis Felipe Salomão é ministro do Superior Tribunal de Justiça.