



COORDENAÇÃO

LUIS FELIPE **SALOMÃO**

FLÁVIO **TARTUCE**

DIREITO CIVIL
DIÁLOGOS
ENTRE A DOUTRINA
E A JURISPRUDÊNCIA



| atlas

347181)
DS98j

- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

EDITORA ATLAS LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 10.11.2017

- CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência / Anderson Schreiber... [et. al.]; coord. Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce. – 1. ed. – São Paulo : Atlas, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-97-01465-5

1. Processo civil – Brasil. 2. Direito processual civil – Brasil. I. Schreiber, Anderson. II. Salomão, Luis Felipe. III. Tartuce, Flávio.

17-46126

CDU: 347.91/.95(81)

111 2428

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
333 2428	35/02/18

4

EVOLUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO JUDICIÁRIO

502-115895

RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito à privacidade e a proteção de dados pessoais; 3. União Europeia: o apagamento de dados pessoais da internet; 4. Brasil: a remoção da internet de conteúdo ofensivo inserido por terceiros; 5. O direito ao esquecimento na esfera civil; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento, ou o direito a ser esquecido¹, é um desdobramento do direito à privacidade e tem sido entendido em duas acepções: a) como direito ao apagamento de dados pessoais no contexto da internet e b) como direito à não veiculação, pela mídia, de informação desprovida de atualidade e relevância para o público, mas ofensiva ao interessado.

Em sua primeira acepção, o direito ao esquecimento é reconhecido no direito europeu de proteção de dados pessoais, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, diferentemente do que ocorre

¹ A seguir, a denominação usada nos idiomas inglês e alemão: *right to be forgotten* e *Recht auf Vergessenwerden*, respectivamente, ou, ainda, o nome empregado no art. 17 do novo regulamento geral de proteção dados da União Europeia – Regulamento EU 2016/679.

nos Estados Unidos e em alguns outros países. No Brasil, conquanto ainda não tenha sido editada legislação compreensiva sobre a proteção de dados pessoais, o chamado Marco Civil da Internet, em linha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já disciplina a remoção da rede de conteúdo inserido por terceiros.

Na segunda acepção, há no direito comparado um interessante e por vezes contraditório acervo jurisprudencial que admite o esquecimento em certas situações para as quais, embora não exista previsão legal específica, seja manifesta a violação de direitos fundamentais. Em 2013, o STJ julgou dois casos, com resultados diametralmente opostos, nos quais se discutia se a divulgação televisiva de matérias jornalísticas sobre crimes de grande repercussão, ocorridos há muito tempo, poderia comprometer o direito ao esquecimento dos interessados. Em um desses casos, houve também a interposição de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que levou o Supremo Tribunal Federal a realizar, no dia 12.06.2017, audiência pública para discussão do direito ao esquecimento na esfera civil.

No presente artigo, discutem-se, inicialmente, o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais. Em seguida, examina-se o direito ao apagamento de dados pessoais tal como tem evoluído na legislação e na jurisprudência da União Europeia, em contraposição ao direito à remoção de conteúdo inserido por terceiros na rede mundial de computadores, assim como disciplinada no marco civil da internet e na jurisprudência do STJ. Por fim, analisa-se o direito ao esquecimento enquanto proibição de veicular na mídia – não na internet – conteúdo considerado ofensivo em razão de sua irrelevância e falta de atualidade.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito à privacidade foi definido em artigo publicado em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis, na *Harvard Law Review*, no qual se identificou o direito a ser deixado só (*right to be let alone*), em vista das crescentes ameaças à personalidade humana derivadas da então incipiente massificação da mídia e do abuso da imagem e de informações pessoais.² Tal direito foi integrado paulatinamente à maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais e reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 12).

² WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis, “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, dezembro de 1890, p. 193 e ss.

A rápida evolução da informática e as crescentes ameaças à intimidade e à vida privada conduzem, a partir da década de 1970, a normas de proteção de dados pessoais de primeira geração, como a lei de dados da Suécia (1973) e a lei federal de proteção de dados da Alemanha (1977). Nos EUA, foi editado, em 1970, o *Fair Credit Reporting Act* e, em 1974, o *Privacy Act*. Em 1976, Portugal foi o primeiro país a prever em sua constituição o direito à proteção de dados pessoais (art. 35). Em 1983, a Corte Constitucional da República Federal da Alemanha, em julgamento de reclamação acerca da inconstitucionalidade da lei do recenseamento (*Volkszählungsgesetz*), reconheceu a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa a partir dos direitos fundamentais à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, definiu, em seu art. 8.º, que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”. Antes disso, a tutela dos dados pessoais no âmbito europeu foi consolidada com a Diretiva 95/46, revogada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados, publicado em 04.05.2016, para aplicação a partir de 25.05.2018, que unifica o direito europeu sobre a matéria, aplicando-se diretamente a todos os Estados-membros. Entre várias inovações, o regulamento impõe multas que podem chegar a 4% do faturamento das empresas ou a 20 milhões de euros, e introduz o dever de *accountability*, a realização de análises de impacto sobre a privacidade e a notificação obrigatória às autoridades de proteção de dados em caso de vazamento. O diploma define, ainda, novos direitos, como a portabilidade de dados, o direito ao esquecimento e o direito de se opor à criação de perfil informacional.

Também são relevantes as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que definem como princípios básicos da proteção de dados pessoais: a) o princípio da limitação da coleta; b) o princípio da qualidade dos dados; c) o princípio da finalidade; d) o princípio da limitação do uso; e) o princípio da segurança; f) o princípio da transparência; g) o princípio da participação individual, que confere ao indivíduo o direito de ser informado sobre a existência de dados a seu respeito, bem como de contestá-los perante o controlador do banco de dados e, sendo tal pretensão acolhida, eliminá-los, retificá-los, completá-los ou emendá-los; e h) o princípio da responsabilidade do controlador do banco de dados pelo respeito aos princípios precedentes.³

³ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

Para Canotilho, o direito ao conhecimento dos dados pessoais informatizados desdobra-se em vários direitos:

- (a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados);
- (b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito aos esclarecimentos sobre a finalidade dos dados;
- (c) o direito de contestação, ou seja, direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável;
- (d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correcção do conteúdo dos dados em caso de desactualização);
- (e) finalmente, o direito à eliminação dos dados cujo registo é interdito.⁴

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 tutela a intimidade e a vida privada, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5.º, X e XII) e assegura a concessão de *habeas data* (art. 5.º, LXIX e LXXII). Além disso, o Código de Defesa do Consumidor contém regras específicas a respeito de bancos de dados e cadastros de consumidores, a Lei 12.414/2011 disciplina o cadastro positivo e a Lei 12.527/2011 regula o acesso a informações públicas. Há, portanto, alguma proteção aos dados pessoais, mas em grau insuficiente. A ausência de legislação específica sobre o tema, contudo, não tem impedido a consolidação de parâmetros estritos para a remoção da internet de conteúdo ofensivo inserido por terceiros.

3. UNIÃO EUROPEIA: O APAGAMENTO DE DADOS PESSOAIS DA INTERNET

Um marco importante para a definição do direito a ser esquecido (ou do direito ao apagamento de dados pessoais) na União Europeia foi o julgamento, em maio de 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, do caso *Google Spain SL, Google inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. O caso teve origem na publicação, em 1998, pelo jornal espanhol *La Vanguardia* de dois editais de leilão de propriedade de Mario Costeja González para pagamento de dívida com a seguridade social. Em 2009, o cidadão espanhol requereu ao jornal a supressão dessa

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 550 e ss.

informação, ao argumento de que a dívida já havia sido quitada. Em vista da negativa do periódico, fundada no fato de que se tratava de publicação oficial, o interessado solicitou, em 2010, à empresa Google espanhola que excluísse a informação, tendo o pedido sido encaminhado à matriz norte-americana, que negou pedido. Em seguida, a agência espanhola de proteção de dados acolheu o pedido relativamente à Google, embora tenha afastado a responsabilidade do jornal. Em vista de recurso da empresa espanhola e da matriz norte-americana, que sustentaram, em resumo, que o processamento da informação ocorre fora da União Europeia, a Suprema Corte espanhola remeteu o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu expressamente o direito ao esquecimento.

Em resumo, com fundamento na Diretiva 95/46/CE, a corte europeia asseverou que os provedores de busca na internet praticam atividade que se qualifica como de tratamento de dados e, portanto, são responsáveis por esse tratamento no âmbito de um Estado-membro, sempre que criem, nesse território, uma filial ou sucursal que promova e venda espaços publicitários, incumbindo-lhes, em consequência, de suprimir os *links* que remetam ao interessado, ainda que a divulgação da informação seja em si lícita. O direito ao apagamento da informação deve prevalecer em face de interesses econômicos do provedor e do interesse do público em ter acesso à informação, salvo em situações especiais, como quando se trate de pessoa pública e o interesse preponderante do público seja o acesso a tal informação.

Em consequência desse julgamento, a Google imediatamente pôs à disposição dos consumidores na União Europeia uma ferramenta para que formulassem seus pedidos de apagamento ou remoção de dados. Segundo Peter Fleischer, que advoga para a Google, decorridos três anos desde a decisão da corte europeia, a empresa avaliou 720 mil pedidos e removeu 43% dos mais de 2 milhões de *links* que lhe foram submetidos.⁵

Pouco tempo depois, no entanto, algumas decisões de tribunais franceses obrigaram tanto a Google francesa quanto a matriz norte-americana a desindexar os termos de busca referentes àqueles processos em todos os países de atuação das empresas, mesmo que não integrantes da União Europeia. Como a Google opôs resistência aos efeitos extraterritoriais das decisões judiciais, a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* estabeleceu um prazo de quinze dias para que fossem cumpridas, ao fundamento de que o serviço oferecido pela empresa por meio do motor de busca “Google search” é

⁵ Disponível em: <<https://www.blog.google/topics/google-europe/three-years-right-to-be-forgotten-balance/>>.

processado de modo unificado e que os diferentes nomes de domínio nacional que a empresa começou a disponibilizar depois do lançamento do serviço no sítio www.google.com são apenas meios de acesso ao mesmo processamento que se destinam a facilitar o uso local do serviço.⁶

De todo modo, espera-se que até o final de 2017 o Tribunal de Justiça da União Europeia novamente venha a se manifestar sobre o direito ao esquecimento, no caso C-136/2017. Trata-se de pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Conseil d'État* (França) em 15.03.2017 no caso G. C., A. F., B. H., E. D. contra *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), que se destina a responder questões atinentes ao conteúdo e ao alcance da norma europeia.

A propósito, como se viu, na União Europeia, o Regulamento UE 2016/679 revogou a Diretiva 95/46/CE. A nova norma disciplina especificamente, em seu art. 17, o direito ao apagamento de dados ou o direito a ser esquecido.

Veja-se o preâmbulo do regulamento:

Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o “direito a serem esquecidos” quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento. Esse direito assume particular importância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do facto de já ser adulto. No entanto, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita quando tal

⁶ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século Editora, 2017. p. 110.

se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (item 65).

E continua:

Para reforçar o direito a ser esquecido no ambiente por via eletrónica, o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar os responsáveis que estejam a tratar esses dados pessoais de que os titulares dos dados solicitaram a supressão de quaisquer ligações para esses dados pessoais ou de cópias ou reproduções dos mesmos. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deverá adotar as medidas que se afigurarem razoáveis, tendo em conta a tecnologia disponível e os meios ao seu dispor, incluindo medidas técnicas, para informar do pedido do titular dos dados pessoais os responsáveis que estejam a tratar os dados (item 66).

Desse modo, o novo regulamento europeu ao mesmo tempo delimita e reforça o direito ao apagamento de dados pessoais. As hipóteses de remoção de dados pessoais da internet passam a ser fundamentalmente as seguintes: a) cessação da finalidade que motivou a coleta ou o tratamento dos dados; b) retirada do consentimento, se não houver outro fundamento para o tratamento dos dados pessoais; c) oposição ao tratamento de dados, ressalvada a existência de interesses legítimos prevalentes; e d) que os dados sejam tratados ilicitamente. Tais hipóteses não são aplicadas se o tratamento dos dados for necessário: (i) ao exercício da liberdade de expressão e informação; (ii) ao cumprimento de obrigação legal; (iii) por motivos de interesse público na área da saúde pública; (iv) a arquivo de interesse público, a investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; e (v) para efeitos de declaração, exercício ou defesa num processo judicial.

4. BRASIL: A REMOÇÃO DA INTERNET DE CONTEÚDO OFENSIVO INSERIDO POR TERCEIROS

No Brasil, no que tange à remoção de dados pessoais, o chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) estabelece, como regra geral, que o provedor de conexão à internet não pode ser civilmente responsabilizado por conteúdo gerado por terceiros (art. 18). Para garantir a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações na internet só poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, em descumprimento da ordem judicial específica, deixar de tornar indisponível o conteúdo apontado como ofensivo (art. 19). Em se tratando-se de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o provedor pode ser responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade se deixar de atender a notificação que contenha indicação precisa do conteúdo a ser removido (art. 21).

Quanto à possibilidade de remoção do conteúdo da internet, o STJ já havia decidido que os provedores de pesquisa não respondem pelo conteúdo inserido por terceiros e não podem ser obrigados a exercer controle prévio das buscas efetuadas por usuários. No REsp 1.407.271, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ficou assentado que:

[...] não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1.º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Mais recentemente, no REsp 1.342.640/SP, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07.02.2017, a Terceira Turma assentou que:

(i) não respondem objetivamente pela inserção no *site*, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no *site* por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no *site*, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESFERA CIVIL

No direito comparado, doutrina e jurisprudência reconhecem o direito ao esquecimento em situações excepcionais. François Ost, por exemplo, acentua que o direito ao esquecimento é uma das formas de proteção da vida privada, ao desligar o passado e permitir que em certas circunstâncias o perdão se sobreponha ao dever de memória, citando a propósito decisão do tribunal de última instância de Paris, de 20.04.1983, no sentido de que

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e o papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.⁷

Sempre lembrados são também os casos Irniger e Lebach, julgados por volta da mesma época na Suíça e na Alemanha, respectivamente. No primeiro,

[...] o filho do famoso criminoso suíço Paul Irniger ajuizou ação perante a Corte Federal contra a Rádio Suíça e SRG Corporação de Televisões, na qual se discutiu a divulgação jornalística, em 1980, de fatos envolvendo a sua vida de crimes (havia cometido homicídios e outro delitos na década de 1930) que culminou na sua execução, por guilhotina. Ele teria sido o penúltimo homem a ser executado naquele país.

Em 1981, a Corte Distrital proibiu a divulgação do documentário, tendo a decisão sido mantida pelo Supremo Tribunal do Cantão de Zúrique, em 1982, e, em seguida, pelo Tribunal Federal.⁸

⁷ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. p. 161, que remete à decisão TGI Paris, 20.04.1983.

⁸ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 196.

Já o caso Lebach diz respeito ao latrocínio de quatro soldados alemães que guardavam arsenal na cidadezinha homônima, em 1969. Dois dos participantes foram apenados com prisão perpétua, enquanto o terceiro, às vésperas de sua soltura, soube que uma emissora de televisão, ZDF, transmitiria documentário sobre o crime e propôs ação inibitória, ao argumento de que o programa violaria direitos de personalidade e dificultaria sua ressocialização. O Tribunal Constitucional alemão, revertendo decisões de tribunais locais, proibiu a transmissão do programa se a pessoa do requerente fosse mostrada ou nominalmente mencionada.⁹

Como todos esses casos, de um modo ou de outro, remetem aos efeitos civis de processos penais, é preciso deixar claro que o direito ao esquecimento é reconhecido na área penal. Assim a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito ao esquecimento relativamente àqueles que foram absolvidos ou àqueles que já cumpriram pena, nos termos dos arts. 93 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal. No mesmo sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal. No HC 128.080/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, decidiu a Primeira Turma que não há falar “em direito ao esquecimento para fins de avaliação do pleito de progressão de regime quando em análise a ocorrência de faltas disciplinares praticadas há mais de cinco anos”, pois tal demandaria revolvimento do quadro fático-probatório, inadmissível em sede de *habeas corpus*. Já no HC 126.315/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu a Segunda Turma que o direito ao esquecimento

[...] também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Anteriormente, no RHC 118.977/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma já havia reconhecido o direito ao esquecimento, diante da impossibilidade de perdurarem “indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já extinta”.

Na área civil, a discussão acerca do direito ao esquecimento tampouco é estranha entre nós. Da VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013 no

⁹ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 194. V. também BVerfGE 35,202 no sítio <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>.

Conselho da Justiça Federal, resultou o Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A justificativa então apresentada ressalta que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

No STJ, o direito ao esquecimento foi objeto de dois importantes julgados, ambos relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, na Quarta Turma, em 2013. No REsp 1.334.097/RJ, cuidou-se da sequência de homicídios ocorridos no Rio de Janeiro, em 1993, conhecidos com Chacina da Candelária, bem como do direito de um dos acusados de ter sua privacidade respeitada. O acusado, apesar de absolvido, foi apontado, muitos anos depois, como um dos envolvidos na chacina em programa de televisão que expôs sua imagem e seu nome. Entendendo ilícita tal divulgação, requereu à emissora indenização pelo abalo moral sofrido. A demanda foi inicialmente julgada improcedente, mas a apelação foi provida para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50 mil a título de indenização. O tribunal de origem entendeu constituir “abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento”. O recurso especial não foi provido, pois

[...] permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.

Já o REsp 1.335.153/RJ focou o célebre caso Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, cujos irmãos sentiram-se ofendidos por programa televisivo veiculado muitos anos depois do crime, que teria feito reviverem a dor do passado. A ação indenizatória foi julgada improcedente, tendo sido a sentença mantida em segundo grau. Como se lê na ementa do acórdão recorrido,

[...] os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido

caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos da conduta do presente.

Ao negar provimento ao recurso especial, o relator concluiu que, tendo sido a reportagem veiculada cinquenta anos após a morte da vítima, não houve abalo moral apto a gerar responsabilidade civil, tendo em vista que, em juízo de ponderação, “o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança”.

Nos dois recursos especiais, julgados em conjunto, reconheceu-se, em tese, o direito ao esquecimento, aplicado com as nuances necessárias aos casos concretos. De um lado, reconheceu-se o direito a manter no esquecimento acusação de que o interessado fora absolvido, como proteção à sua dignidade. De outro, não se entendeu por ilícita a divulgação de fato histórico, ainda que isso possa ter causado algum sofrimento aos irmãos da vítima de crime, levados a reviver a dor do passado, já que a liberdade de imprensa revelou-se o valor preponderante, em face da clara prevalência, no caso, do interesse público sobre o particular. Para isso, em ambos os recursos, foi de início analisada a possibilidade de jurisdição constitucional no âmbito do STJ, sobretudo em questões que reclamam “soluções apoiadas transversalmente em diversos setores do direito”. O relator foi muito claro quanto ao objeto dos dois recursos, centrado na análise da

[...] possível adequação (ou inadequação) do mencionado direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para a internet, que desafia soluções de índole técnica.

Do mesmo modo, foi transparente ao reconhecer a existência de ponderáveis objeções ao direito ao esquecimento.

Para Cíntia Rosa Pereira Lima, o direito ao esquecimento pressupõe que: a) o fato tenha ocorrido em tempo remoto; b) tal fato não tenha mais utilidade pública ou social; c) não se pretenda alterar a verdade factual; e d) não sejam produzidos efeitos em relação às instituições de cunho jornalístico,

literário ou científico. Assim, um jornal não pode ser condenado a suprimir notícia veiculada no passado, mas um provedor de busca na internet pode ser levado a remover conteúdo ofensivo, desde que presentes os pressupostos supraelencados.¹⁰

O direito ao esquecimento não pode ser entendido como um direito absoluto. Algumas das limitações à sua aplicação são o interesse público, o direito e a liberdade de informação, o direito à memória e a vedação da censura e a liberdade de expressão. Tais limites foram discutidos na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 12.07.2017, que teve por objeto o direito ao esquecimento na esfera civil, tema versado no Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida, que impugna o acórdão do TJRJ no caso Aída Curi e já foi debatido pelo STJ no REsp 1.335.153/RJ.

O interesse público deve preponderar sempre que se trate de fato genuinamente histórico, ou seja, que tenha preservado sua atualidade a despeito do decurso do tempo. Como ressaltado no voto condutor do aludido REsp 1.334.097/RJ, a historicidade deve ser analisada em concreto e o interesse público e social dever ter sobrevivido à passagem do tempo. Em outras palavras,

[...] se não houver atualidade no interesse pela notícia, fato ou ato pretérito, o interessado poderá exercer o seu direito ao esquecimento, pleiteando que seja impedida veiculação de notícias sobre aqueles, que deverão ser mantidos no passado e não ser retomados sem uma justificativa plausível. Parte-se da premissa que o decurso do tempo dilui, ou pode diluir, o interesse público.¹¹

Na audiência pública, a professora Cíntia Rosa Pereira de Lima, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, alertou para o risco de uma decisão vaga com repercussão geral, pois o direito ao esquecimento deve ser apreciado caso a caso, não podendo ser trivializado, sob pena de se “reescrever a história ou alterar a verdade dos fatos”. O direito ao esquecimento deve ser reconhecido apenas para “não ter a identidade de

¹⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 77-109 (p. 106), ago. 2014.

¹¹ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 297.

um determinado indivíduo estigmatizada por fatos ocorridos no passado e que deixaram de ter uma relevância pública”.¹² De igual modo, o representante do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), Anderson Schreiber, lembrou que o direito ao esquecimento é um desdobramento do direito fundamental à privacidade e corresponde ao direito de não ser atormentado por fatos preteritos que não mais refletem a identidade atual da pessoa, impedindo-a de ser reconhecida pelo que é. Para que não se confunda com um inadmissível direito a apagar os fatos e reescrever a história, o direito ao esquecimento deve ser aplicado de forma criteriosa, tendo em vista não a vontade do sujeito retratado, mas sua situação objetiva.¹³

Interesse público, por outro lado, não se confunde com interesse do público. Este pode ser entendido como a soma de preferências subjetivas dos destinatários da informação, ao passo que aquele reflete valores que transcendem interesses individuais. A alegação de existência de interesse do público pode muitas vezes mascarar interesses meramente econômicos na divulgação de fatos desprovidos de atualidade ou relevância. Assim, é importante averiguar em cada caso se o direito à privacidade se contrapõe efetivamente a interesse público.¹⁴

O direito de informação contém vários elementos incidíveis, abrangendo os atos de buscar, receber e difundir informações, que correspondem aos direitos de se informar, de ser informado e de informar. Tais direitos são assegurados na Constituição Federal (arts. 5.º, IV, IX e XIV, e 220) na forma das liberdades públicas de pensamento, de expressão e de informação. Daí por que o ônus argumentativo para sua relativização é muito alto, impondo a verificação, no caso concreto, de várias circunstâncias, tais como “a ausência de contemporaneidade/atualidade e exatidão da informação, a sua veracidade, a manutenção presente do interesse público na divulgação da mesma, a pertinência na divulgação e a completa ausência de abuso no seu uso”.¹⁵

Para o representante da Google Brasil, Marcel Leonardi, ouvido na mencionada audiência pública, o direito ao esquecimento é desnecessário,

¹² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=346385>>.

¹³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=346401>>.

¹⁴ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 301.

¹⁵ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 303.

uma vez que o ordenamento já contém os parâmetros para que o Judiciário proceda, caso a caso, ao sopesamento dos direitos à privacidade e à informação sempre que a colisão entre eles o imponha. Não se pode aceitar uma preponderância presumida do direito à privacidade, de modo genérico. Segundo ele, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia em 2014, no contexto da internet, alargou indevidamente a interpretação do direito europeu de proteção de dados pessoais e não pode servir de paradigma ao direito brasileiro.¹⁶

Vê-se que o direito à memória é difuso e envolve a preservação da identidade cultural de um povo, nação ou Estado. Tal identidade é plasmada pela tradição, que permite a transmissão de um quadro de referências a interligar fatos que de outro modo seriam desconexos e não permitiriam o reconhecimento de traços comuns de união de coletividades expressivas.¹⁷ É preciso muito cuidado ao sopesar o direito à privacidade e o direito à memória, pois nem sempre é fácil distinguir o essencial do acessório.

Na audiência pública, a representante da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), Taís Gasparian, sustentou inexistir conceito preciso de direito ao esquecimento, que pode se referir tanto à remoção de conteúdo da internet como à proibição de veiculação futura, como no caso. Isso poderia ser comparado à censura e violaria a liberdade de informação, em prejuízo da memória coletiva. Ressaltou, ainda, que “os acervos servem para estabelecer uma identidade coletiva e de prova de fatos que muitas vezes são deliberadamente esquecidos pela versão oficial da história”.¹⁸

Do mesmo modo, o representante da Associação Nacional de Jornais (ANJ) e da Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner), Daniel Sarmento, afirmou que “o reconhecimento do direito ao esquecimento é um limite à liberdade de expressão, de informação e de imprensa”, que não se justifica, pois “o direito ao esquecimento é antônimo da história” e não poderia ser “invocado para impedir divulgação e discussão de fatos verídicos, apenas porque acontecidos no passado”.¹⁹

¹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=346410>>.

¹⁷ CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 310.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=346377>>.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=346380>>.

A proibição da censura é outra importante limitação ao reconhecimento indiscriminado do direito ao esquecimento. A pretexto de se proteger a vida privada, não se admite restrição indevida à liberdade de expressão. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 4815/DF, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, em interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, declarou “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a ser esquecido ou ao apagamento de dados pessoais da internet tem tido significativa evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, a despeito de algumas dificuldades, como a pretensão de extraterritorialidade das legislações de proteção de dados pessoais, problema agudamente verificado na União Europeia em relação a países que não reconhecem o direito a ser esquecido. Além disso, a imposição às provedoras de serviço de busca na internet de que mantenham ferramenta própria para a remoção de conteúdo pode ser questionada em casos difíceis, notadamente quando se trate de dados sensíveis. A ponderação de valores ou princípios colidentes é quase sempre mais bem exercida pelo Judiciário, e não pelo ente privado, que justificadamente teme confundir sua atividade com a censura. Nesse sentido, nossa legislação – o art. 19 da Lei 12.965/2014 – é mais adequada à tutela do direito à privacidade, ao assegurar, em prol da liberdade de expressão, a primazia do Judiciário, inclusive dos juizados especiais, para determinar a remoção do conteúdo apontado como ofensivo.

Por outro lado, o direito ao esquecimento, tal como postulado no recurso extraordinário que foi objeto de audiência pública e será decidido pelo Supremo Tribunal Federal, tem um contorno mais indefinido, visto que se funda em noções vagas, como atualidade e relevância da notícia, e apresenta riscos maiores de lesão a direitos e liberdades individuais. Em nenhuma circunstância pode o direito ao esquecimento ser entendido como direito absoluto, pois ele deve necessariamente ser limitado pela liberdade de expressão e informação, pela proibição à censura e pelo interesse público que, quase sempre, deve preponderar sobre a tutela da privacidade.

REFERÊNCIAS

- BVerfGE 35,202 no sítio <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.
- CONSALTER, Zilda Maria. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 196.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, nº 946, p. 77-109 (p. 106), ago. 2014.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século, 2017.
- OECD Guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 16 fev. 2012.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis, The right to privacy, *Harvard Law Review*, v. IV, nº 5, dez. 1890. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 8 nov. 2017.