



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito ao Esquecimento – Análise crítica diante do conflito entre direitos fundamentais e os meios de efetividade das medidas judiciais

Mateus Reis Queiroz

Rio de Janeiro
2015

MATEUS REIS QUEIROZ

O Direito ao Esquecimento – Análise crítica diante do conflito entre direitos fundamentais e os meios de efetividade das medidas judiciais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

O DIREITO AO ESQUECIMENTO – ANÁLISE CRÍTICA DIANTE DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MEIOS DE EFETIVIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS

Mateus Reis Queiroz

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo: A revolução dos meios de comunicação social trouxe novas situações fáticas, e, conseqüentemente, novos conflitos sociais. Diante do amplo acesso e da velocidade de propagação das informações, conteúdos pessoais são frequentemente violados em nome do direito à informação e à liberdade de expressão, sendo imprescindível a intervenção estatal. Com o objetivo de dirimir esses conflitos, o direito ao esquecimento ganha, neste momento, um novo conceito e uma responsabilidade muito maior. Esse é o cenário que deu azo a este artigo científico, que tem por escopo abordar qual direito fundamental constitucionalmente assegurado há de predominar em cada caso concreto, analisando ainda as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e como a jurisprudência tem se manifestado acerca do tema, beneficiando-se, brevemente, do direito comparado. O trabalho também analisa a efetividade das decisões judiciais que tutelam o direito de ser esquecido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito ao esquecimento. Privacidade x Informação. Direito Comparado. Medidas de efetividade.

Sumário: Introdução. 1. Fontes do Direito do Esquecimento. 2. A Aplicação do Direito ao Esquecimento. 3. A efetividade das medidas judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento não é uma novidade no mundo jurídico. A vida em sociedade já fez com que muitas pessoas se socorressem a ele. Criado na Europa e com incidência, especialmente, no âmbito do direito penal, almejava-se uma proteção à intimidade e à privacidade contra a curiosidade alheia, impedindo, assim, que a mídia social explorasse a pessoa e a vida privada do criminoso por tempo ilimitado.

Com o surgimento da internet, e, principalmente, impulsionado por uma de suas características mais peculiar, qual seja, a perpetuidade, esse direito ganhou uma nova dimensão social e jurídica. Com efeito, fatos e informações pessoais veiculados na rede se eternizam e se propagam de uma maneira vertiginosa, em sentido diametralmente oposto ao

que ocorria com os meios de comunicação de outrora, cujas informações eram submetidas a um filtro mais rigoroso e depois acabavam por se perder no tempo.

Diante desse novo cenário, o conflito entre direitos constitucionais é fatal. Se de um lado as pessoas têm o direito de obter informações sobre os acontecimentos a sua volta, por outro, a pessoa a qual tais fatos dizem respeito também é merecedora de tutela.

Desse modo, tais conflitos se deságuam no Poder Judiciário, que além de proferir decisões capazes de proteger o direito ao esquecimento, sem suprimir o direito à informação, deverá enfrentar um desafio ainda maior, proferir decisões que sejam capazes de serem cumpridas.

Nesse sentido, este trabalho tem por objetivo principal abordar o direito ao esquecimento no cenário da sociedade da informação, ou seja, busca-se discutir como dirimir os conflitos entre direitos fundamentais, cada vez mais comuns na atualidade e, mais importante, busca-se debater um dos maiores desafios enfrentados pelos aplicadores do direito, qual seja, como conseguir efetivá-los.

Assim, diante desse novo cenário conflituoso, e, ainda, diante da ausência de leis especiais, tendo a nova lei do marco civil da internet regulado de forma tímida o tema, reservando ao Poder Judiciário a solução da questão, deverá este se socorrer aos princípios constitucionais, inspirando-se no direito comparado, para assim criar precedentes e alcançar a almejada e importantíssima segurança jurídica.

Em razão dessa competência atribuída pelo Marco Civil, a atuação do Poder Judiciário deverá ser pautada no método de ponderação de valores, harmonizando o interesse público e o interesse privado, preservando-se, assim, a harmonia do sistema constitucional, atento aos direitos individuais, sem suprimir, contudo, os direitos à história, e à liberdade de expressão e imprensa.

Como exposto, uma das questões mais tormentosas dessa temática diz respeito à possibilidade, na prática, de se assegurar a efetividade da decisão judicial. Para alcançá-la, deverá o aplicador do direito atentar para o fato de que os provedores de pesquisa apenas direcionam para outros sites, não tendo força para realizar prévia filtragem do conteúdo de acordo com a busca realizada, devendo, desse modo, a decisão se voltar diretamente contra o provedor de conteúdo.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. Fontes do Direito ao Esquecimento.

O direito ao esquecimento não foi previsto de forma expressa pelo legislador constituinte e nem pelo legislador ordinário. Essa omissão normativa constitui um dos obstáculos a ser enfrentado nessa temática, que poderá ser equacionada pela aplicação de princípios e postulados, sendo imprescindível para essa análise uma abordagem aos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade surgiram com a finalidade de limitar poderes e conter abusos. Antes da Revolução Francesa, a sociedade era marcada por abusos e arbitrariedades praticadas pela nobreza e pelo Estado, que se confundia com a pessoa do Clero. Irresignados com tal postura, os particulares franceses se voltaram contra o seu próprio Estado e obtiveram sucesso em limitar a atuação estatal.

Entretanto, essa conquista de liberdade pelos particulares, que ficaram livres da interferência do Estado, especialmente após a revolução industrial, resultou em novos

excessos, porém, não mais pelo Estado, mas pelas classes econômicas dominantes, e o que se viu foi o surgimento de novos abusos e arbitrariedades¹.

Nesse cenário, com o objetivo de conter essas injustiças surgem os primeiros contornos acerca dos direitos da personalidade, concebidos como certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado².

Por ir de encontro à ideologia liberal, os direitos fundamentais enfrentaram forte resistência, somente ganhando força na segunda metade do século XX, quando a sociedade mundial ficou sensibilizada pela ocorrência de duas guerras mundiais, ocasião em que se almejou uma nova ordem jurídica, com novos valores³.

Inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que reconheceu expressamente a dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferiu posição de destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴, que realizou uma mudança na interpretação do direito, trazendo uma investida mais humanista.

A concepção da dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, que tem por objetivo proteger a condição humana, a pessoa deve ser tratada como pessoa e não como coisa. Pode-se citar como um dos efetivos conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da privacidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil.

Este princípio guarda em seu seio o direito ao esquecimento, entendimento este estampado no enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que elenca tal direito no rol dos direitos da personalidade.

¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4.

² Roberto de Ruggiero *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

³ Umberto Eco *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.

O direito à privacidade, hoje, vai além do campo doméstico, ele tem por finalidade não só proteger à vida íntima, pessoal e familiar de cada indivíduo, mas também à informação acerca de dados pessoais. Consoante pontua Anderson Schreiber⁵, [...] “se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável”.

No Brasil, o marco civil da internet – Lei 12.965/14 – apesar de ter regulado de forma tímida essa polêmica matéria, verifica-se que este contribuiu com a tutela de direitos fundamentais dos usuários e preencheu lacunas legais. Com efeito, determina este a observância aos direitos humanos no uso da internet, e até reconhece a privacidade como um princípio a ser observado nas relações on-line, porém, concentra no Poder Judiciário a possibilidade de remoção de dados postados ilegalmente por terceiros, retirando do provedor de serviços de busca a responsabilidade e o poder de decisão acerca da remoção do conteúdo de seu domínio.

Nos EUA, por sua vez, o direito ao esquecimento é conhecido como, *right to be forgotten*, e a legislação americana ganhou um reforço na tutela desse tema. O estado da Califórnia vai adotar a “lei delete”, que entrará em vigor em janeiro de 2015, e tem por finalidade apagar as informações fornecidas a sites da internet por jovens, evitando-se, assim, que os atos praticados na euforia da juventude interfiram em seu futuro pessoal e profissional⁶.

Na jurisprudência, tanto nacional quanto internacional, as decisões também são dispares.

⁵ SCHREIBER. op. cit. p. 170.

⁶ "Lei Delete" da Califórnia permitirá apagar passado digital. disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/lei-delete-da-california-permitira-apagar-passado-digital,c88beb4109151410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no final de maio de 2014, determinou a retirada de um link no sistema de buscas do Google (mas não aceitou o pedido quanto à eliminação do mesmo conteúdo de um jornal – isentando os meios de comunicação dessa decisão. Entendeu a Corte que o direito ao esquecimento não pode apagar a história).

O site encaminhava para uma matéria de um jornal que tratava sobre um leilão que incidira em um imóvel do requerente por conta de uma dívida antiga já resolvida. Porém, mais importante que o reconhecimento do direito ao esquecimento, essa decisão reconheceu a responsabilidade dos sites de busca pelo processamento que é feito em seu domínio, obrigando-os a respeitar a privacidade dos usuários em qualquer caso.

A referida decisão apontou ainda para o cuidado que se deve ter ao excluir de imediato o conteúdo de um site uma vez que, a depender da natureza da informação objeto da questão, bem como do interesse público que a norteia, aquelas informações não merecem ser tuteladas pelo direito ao esquecimento.

No âmbito nacional, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de entender pela impossibilidade de os provedores de buscas retirarem de seus sistemas os links que encaminham para as informações e dados de seus usuários, defendendo que não compreende em seus serviços a prévia filtragem do conteúdo buscado pelo usuário.

Portanto, o direito ao esquecimento encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, sendo um dos atributos da personalidade da pessoa humana, de modo que não há dúvidas de que temos o direito de exercê-lo, porém, não de forma absoluta.

Por isso, o julgamento dos casos que envolvem o direito ao esquecimento não é fácil uma vez que envolve a colisão entre direitos e garantias fundamentais, o que faz necessário o

uso de alguns critérios de aplicação dos princípios, dentre eles, o método de ponderação de interesses⁷.

2. A Aplicação do Direito ao Esquecimento

Os direitos fundamentais ostentam no Direito Contemporâneo uma natureza principiológica. Conseqüentemente, esses direitos não são absolutos⁸, e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados na CRFB/88⁹.

Diante da variedade de direitos fundamentais prevista na Carta Magna de 1988, é comum aos aplicadores do direito ter que decidir sobre qual direito deva prevalecer¹⁰, apesar de não ser uma tarefa simples.

Com efeito, em se tratando de direitos fundamentais, os critérios de interpretação tradicionais, como o critério hierárquico, o cronológico, ou a da especialidade não são capazes de resolver essa antinomia de valores¹¹.

Portanto, havendo uma colisão de direitos, o primeiro passo é identificá-los e isolá-los. O passo seguinte consiste na verificação acerca da existência da reserva legal, dito de outro modo, é saber se nesse caso a Constituição Federal já teria, de modo antecipado, dado a solução do conflito.

Em caso de não haver reserva legal, torna-se imprescindível a aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização¹², na qual o interprete deverá buscar a conciliação ou a harmonização dos direitos objetos do conflito.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

⁸ SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 368.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

¹⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

¹¹ *ibid.*, p. 386.

¹² LENZA. *op. cit.* p. 677.

Nesse sentido, é a lição de Alexandre de Moraes¹³ que observa que o interprete deve “coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.

Somente após passar por essa etapa e não sendo obtida a composição, é que o interprete deverá se voltar para o método da ponderação propriamente dita.

O operador do direito deverá realizar um balanceamento, uma equalização entre os direitos, ou seja, colocado na balança, busca-se dar uma solução mais justa, mais próxima do real. Para o jurista Marmelstein, a ponderação é uma atividade intelectual que, diante de interesses colidentes, elegerá a que deve prevalecer e a que deve ceder, o que, inevitavelmente, acarretará no descumprimento de alguma norma, em favor de outra¹⁴.

O interprete deverá atentar ainda para a atribuição de pesos no caso concreto. Sarmento ensina que o julgador deve procurar o peso genérico que a norma constitucional confere a certos princípios e ao peso específico imputado no caso, de modo que a restrição de cada interesse deverá ser opostamente proporcional ao peso que ostentar¹⁵.

Entretanto, essas operações precisam ser ratificadas. Assim, para refinar o resultado, devem ser aplicadas mais duas operações complementares.

Nesse sentido, deverá o interprete verificar se está havendo a abolição de algum direito em questão ou não. Com efeito, o resultado nunca poderá ser a abolição, poderá ser a restrição, inclusive, a de um ou até a dos dois direitos, mas nunca a abolição de algum deles, devendo-se, sempre, buscar preservar o núcleo dos direitos fundamentais.

¹³ MORAES. op. cit. p. 30.

¹⁴ MARMELSTEIN. op. cit. p. 394.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 104.

Para evitar-se essa abolição, torna-se indispensável nessa etapa a aplicação do princípio da proporcionalidade que terá também por objetivo a preservação dos direitos fundamentais¹⁶, de modo que deverá ser avaliado se a própria decisão judicial que determinou a aplicação da norma que restringiu o direito fundamental foi válida ou não¹⁷.

Esse princípio deve ser analisado sob três aspectos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, deve o juiz verificar se o meio empregado foi o adequado para se atingir o fim pretendido. Pela necessidade, deve-se atentar para o fato de que a medida deve ser estritamente necessária, em outras palavras, a medida não pode ser nem excessiva e nem insuficiente. Por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito, deve a medida ser, em um aspecto geral e amplo, positiva, ou seja, ela não pode violar direitos mais importantes do que aquele que se busca preservar¹⁸.

Ultrapassada essa etapa, deverá haver a averiguação se a solução encontrada atende minimamente a dignidade das pessoas envolvidas no caso, ou seja, se a conclusão encontrada atende minimamente a dignidade da pessoa humana. Ainda que o resultado não seja o melhor, ter-se-á um resultado constitucional, e, abraçado pela segurança jurídica.

Esse, inclusive, é o entendimento do ilustre doutrinador Edilsom Farias¹⁹, que pontua que a dignidade da pessoa humana é um princípio norteador em caso de colisão entre direitos fundamentais, e que, inclusive, dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos.

Assim, a solução do conflito deve ser aquela que melhor promove a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito*. Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

¹⁷ MARMELSTEIN. op. cit. p. 372.

¹⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 7.

¹⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 87.

Desse modo, a ponderação entre princípios constitucionais é uma técnica de extrema importância para a preservação da ordem constitucional, sendo de grande ajuda ao Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Portanto, cada caso terá uma solução única. O melhor equacionamento é aquele que observa as peculiaridades do caso concreto, de modo que a dignidade da pessoa humana deve estar sempre presente como parâmetro para uma decisão justa. Em certos casos há de prevalecer o direito a intimidade e a privacidade, homenageando o direito ao esquecimento, e em outros casos deve prevalecer o direito a informação, privilegiando o interesse público.

E é justamente neste sentido que tem caminhado a jurisprudência. De fato, no informativo nº. 527 do STJ, a Corte Superior, pela primeira vez, julgou o tema, e proferiu duas decisões e duas visões acerca do direito ao esquecimento, tendo em vista que, a despeito de ter reconhecido este direito em ambas, em uma entendeu pela inexistência de dano a ensejar a reparação civil.

Com efeito, o primeiro acórdão²⁰ tratou sobre um acusado de ter participado da “chacina da candelária”, mas que havia sido absolvido, e muitos anos depois, foi retratado no programa “Linha Direta” da emissora Rede Globo. O homem alegou que a notícia veiculada em rede nacional reacendeu na sua vizinha a imagem de “chacinador” e ódio social, o que teria lhe tirado o sossego e a privacidade, eis que teve, inclusive, de se mudar para preservar a sua segurança e a de seus familiares. A emissora, por sua vez, alegou que os fatos já eram públicos, e que teria, apenas, se limitado a relatá-los, sem qualquer ofensa pessoal.

Nesse caso, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento e, mais importante, fez prevalecer o direito à privacidade sem suprimir o direito à informação, apenas restringindo-o. Consignou, acertadamente, que o programa poderia ter sido exibido relatando esse caso

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

emblemático, sem, contudo, exibir o nome e a imagem do indivíduo que já havia sido absolvido. O Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, aplicou, por analogia, a norma que garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes criminais e à exclusão dos registros de condenação no instituto de identificação, nos termos do art. 748 do CPP, e, assim, com melhor e mais razão, os indivíduos que foram absolvidos não poderiam permanecer com esse estigma, merecendo a tutela do direito ao esquecimento.

No segundo acórdão²¹, a Corte Superior tratou sobre o caso “Aída Curi” e, de modo diverso, entendeu pelo não acolhimento do direito ao esquecimento com a consequente indenização. Este caso trata da jovem Aída, de 18 anos, que foi abusada sexualmente por três homens e jogada do terraço de um edifício na orla de Copacabana, para tentar simular um suicídio, vindo a falecer em decorrência da queda, na década de 50, no Rio de Janeiro.

Este caso é um dos mais conhecidos da história do noticiário policial nacional, tendo sido também relatado no programa “Linha Direta”, que divulgou nomes e fotos reais do crime, o que, reativou lembranças dolorosas aos irmãos da vítima, que pleitearam indenização por danos materiais, morais e à imagem.

Neste julgado, o STJ entendeu que a indenização não seria cabível uma vez que se tratava de um caso que havia entrado para o domínio público, no qual seria impossível contá-lo sem mencionar o nome da vítima, e, assim, se tornaria impraticável a atividade da imprensa. Ressalte-se que, para não suprimir a o direito a atividade e liberdade de imprensa, privilegiou-se, nesse caso, o direito a informação em detrimento do direito a imagem e ao esquecimento.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Esse mesmo caso será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo objeto do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248²² e que, inclusive, teve a repercussão geral reconhecida pela Corte.

Essas duas decisões fomentaram a discussão em torno da aplicação do direito ao esquecimento e começam a delinear o caminho a ser traçado pela jurisprudência. Assim, constata-se que o direito ao esquecimento não é absoluto, de modo que por ostentarem natureza principiológica, a sua aplicação depende diretamente do caso concreto.

3. A efetividade das medidas judiciais

Além do complexo procedimento a ser enfrentado pelos juristas para saber se o direito a ser esquecido será merecedor da tutela jurisdicional, os aplicadores do direito devem enfrentar ainda outro grande problema, que é a forma como se deve efetivar esse direito.

Em se tratando da mídia televisiva, em que não há uma perpetuidade, uma disponibilidade em tempo integral no acesso às informações, tendo em vista que as notícias a serem passadas são decididas previamente pela emissora, uma das formas de efetividade da medida judicial é a reparação civil do dano *a posteriori*, que foi justamente a adotada pelo STJ, no julgamento do caso já citado “chacina da candelária”²³.

Nesse julgado, a Corte Superior acolheu o pedido autoral e adotou uma sanção posterior ao fato ensejador do dano, tendo sido o causador da lesão condenado a indenizar à vítima em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

²² STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²³ STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez. Disponível em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

Nem a jurisprudência e nem a doutrina debatem a respeito da possibilidade de um pedido preventivo, ou seja, há dúvidas se o lesado poderia requerer preventivamente a não exibição da matéria.

Apesar dessa omissão, em se tratando de matérias jornalísticas, em atenção ao direito e garantia da liberdade de imprensa e buscando-se combater qualquer tipo de censura, o ideal é evitar essa vedação prévia, devendo ser adotada, nas hipóteses em que houver abusos, essa penalidade *a posteriori*.

Ademais, o reconhecimento do direito ao esquecimento não necessariamente importa em um dever de reparação de danos civis. Com efeito, ainda que haja a violação de um direito, o dever de indenizar exige ainda outros requisitos, como a efetiva ocorrência de um dano a outrem, e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano experimentado.

Com efeito, essa foi a linha de raciocínio adotada pelo STJ no julgamento do caso “Aída Curi”, no qual, a Corte Superior entendeu que as vítimas e seus familiares faziam jus ao direito ao esquecimento, porém, não faziam jus a indenização diante do lapso temporal transcorrido. Consignou no acórdão que “na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”²⁴.

Noutro giro, a Corte Europeia de Justiça criou outra medida para a efetivação do direito ao esquecimento.

Como já estudado na página 6, a referida Corte teve a oportunidade de julgar um caso envolvendo a divulgação de dados pessoais na internet. Nesse julgado, a Corte entendeu que

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

toda vez que existirem informações irrelevantes, imprecisas, inadequadas ou excessivas sobre uma pessoa, o próprio site (no caso, o condenado foi o Google) é o responsável por retirá-las.

Essa decisão fez com que o Google criasse um conselho privado para analisar caso a caso a relevância de interesse público. Ressalte-se, porém, que quem deveria estar realizando essa atividade é o Poder Judiciário, sob o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Considerando que se trata de direitos fundamentais em conflito, o juiz é a autoridade competente para o julgamento desses casos²⁵.

No Brasil, diante da criação do Marco Civil da Internet, que traz o devido processo legal como um de seus vetores, determinou-se que cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a retirada ou não de um conteúdo ou link da rede mundial de computadores, de modo que os sites e provedores da internet somente estariam responsabilizados caso descumprissem uma ordem judicial²⁶.

Há de se ter cautela também para se evitar o efeito inverso do direito de ser esquecido, qual seja, tornar o fato ainda mais conhecido por ter ingressado em juízo com o objetivo justamente oposto.

No que concerne à internet, há ainda um desafio maior, que diz respeito a sua efetividade ser ainda mais difícil de ser obtida. Com efeito, em se tratando de casos ocorridos na internet, há de considerar que nem todos os fatos poderão ser apagados. A uma pela impossibilidade técnica de controle²⁷, especialmente, pela dificuldade em coletar todos os materiais, tendo em vista ser a internet um campo fértil para a promulgação e divulgação de dados. A duas pelo princípio da territorialidade, pois o alcance das decisões judiciais está

²⁵ LEMOS, Ronaldo. *Esquecer o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YtJAD3j10G4J:www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2014/11/1552821-esquecer-o-direito-ao-esquecimento.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

²⁶ Direito ao Esquecimento em Debate na UNESCO. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

²⁷ A polêmica sobre o direito ao esquecimento na internet. Disponível em: <<http://www.assisemendes.com.br/a-polemica-sobre-o-direito-ao-esquecimento-na-internet/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

adstrito ao território em que elas são proferidas. É dizer, os links são removidos apenas naquela região, de modo que se o indivíduo definir o site de buscas para a região de outro país, a obtenção daquele conteúdo será bem sucedida.

Segundo os especialistas, uma solução para esse problema seria simples, sendo solucionado pelo site de buscas ao levar o direito a ser esquecido para a versão global (.com)²⁸.

Diante do desenvolvimento tecnológico e social, pôs-se em risco o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a privacidade que havia no passado. Desse modo, devem os operadores do direito se comprometer a resgatar esse equilíbrio perdido há 20 anos.

Portanto, apesar dos desafios apontados, não há dúvidas de que o reconhecimento desse direito representa um grande passo para o Estado Democrático de Direito. E esses desafios devem ser um combustível para os juristas na dedicação ao tema, buscando-se cada vez mais o seu desenvolvimento e a sua qualificação.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento, longe de se tratar de uma novidade na doutrina jurídica, ganhou relevância, recentemente, no mundo do direito.

Nacionalmente, após a edição, em 2013, do enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), bem como após o STJ reconhecer, em 2014, pela primeira vez, esse direito; e, internacionalmente, também no ano de 2014, quando a Corte da União Europeia o consagrou.

²⁸ Europa quer expandir 'direito ao esquecimento' na web para o mundo todo. Disponível em <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to-do/45410>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

O reconhecimento desse direito assegura às pessoas a possibilidade de serem esquecidas por fatos praticados durante a sua vida, de modo que a não observância desse direito resultaria em uma verdadeira punição *ad aeternum*, eis que o indivíduo estaria condenado a conviver para sempre com o seu erro.

O direito ao esquecimento constitui um dos atributos da personalidade da pessoa humana, e está calcado nos direitos à privacidade e à intimidade. Ocorre que, frequentemente, tais direitos vão de encontro a outros direitos fundamentais, especialmente, o direito à informação e à liberdade de expressão e de imprensa.

Desse modo, a colisão entre esses direitos fundamentais se mostra inevitável, trazendo uma primeira tarefa a ser enfrentada pelo operador do direito, qual seja, a aplicação ou não da tutela do direito de ser esquecido, ou seja, a prevalência de um direito ou de outro.

Como exposto, essa análise deverá ser realizada em etapas, sendo imprescindível, que ao final, não tenha havido a abolição de nenhum direito, sendo, possível, contudo, a sua restrição, bem como que a solução encontrada atenda a dignidade da pessoa humana, ainda que minimamente.

Assim, tratando-se de princípios, estes deverão ser minuciosamente estudados em cada caso, levando-se em consideração tanto os direitos fundamentais e individuais da pessoa humana, quanto a história da sociedade, que é um direito de todos.

Analisando os meios de efetividade do direito de ser esquecido, pontuou-se que a proteção pode se dar de tanto forma preventiva quanto de forma repressiva. A primeira modalidade se fundamenta na dificuldade de reparar a lesão aos direitos da personalidade, prestigiando os direitos individuais da vítima, evitando-se a ocorrência do dano. A segunda, por sua vez, consiste em uma punição pecuniária e, serve melhor o direito à liberdade de imprensa e de expressão, não deixando margem para a censura.

Apesar de a legislação ainda tratar o tema de forma tímida, verifica-se um movimento legislativo no sentido de melhor regulamentá-lo, e normas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Civil da Internet, e a lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann), trazem uma maior proteção ao tema, e, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica.

Portanto, não há dúvidas de que o direito ao esquecimento é merecedor da tutela estatal, porém, não de forma absoluta e irrestrita, uma vez que um fato que deva ser de conhecimento público não será por ele tutelado, devendo o aplicador do direito ter a sensibilidade de ponderar, em cada caso concreto, qual direito há de prevalecer.

E caso o direito de ser esquecido mereça a tutela no caso concreto, é imprescindível que aquele que cometeu o ato delituoso sofra a sanção prevista na lei, visando-se, assim, coibir a prática reiterada de tal conduta.

Desse modo, mostra-se imperativa a adequação do Direito, que tem o poder de regular a vida em sociedade e proteger os direitos fundamentais, às novas relações fáticas, uma vez que uma das virtudes do direito é justamente a transformação.

REFERÊNCIAS

BARAN, Katna. Os limites do direito de ser esquecido. *Jornal Gazeta do Povo*. Publicado em: 14 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/conteudo.phtml?id=1381368&tit=Os-limites-do-direito-de-ser-esquecido>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.097 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito*. Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEMONS, Ronaldo. *Esquecer o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YtJAD3j10G4J:www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2014/11/1552821-esquecer-o-direito-aoesquecimento.shtml+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Roberto de Ruggiero *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 201.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil - A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Umberto Eco *apud* SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A polêmica sobre o direito ao esquecimento na internet. Disponível em: <<http://www.assisemendes.com.br/a-polemica-sobre-o-direito-ao-esquecimento-na-internet/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Direito ao Esquecimento em Debate na UNESCO. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Europa quer expandir 'direito ao esquecimento' na web para o mundo todo. Disponível em <[http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to do/45410](http://olhardigital.uol.com.br/noticia/europa-quer-expandir-direito-ao-esquecimento-na-web-para-o-mundo-to-do/45410)>. Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. "Lei Delete" da Califórnia permitirá apagar passado digital. disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/lei-delete-da-california-permitira-apagar-passado-digital,cb8beb4109151410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. STF julgará caso que envolve direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282657>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez. Disponível em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 12 abr. 2015.