



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

BERNARDINO JERX NIMO DE ALMEIDA JÚNIOR

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL: CONCEITO E
DESAFIOS DE APLICABILIDADE

SOUSA-PB
2021

BERNARDINO JERX NIMO DE ALMEIDA JÚNIOR

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DIGITAL: CONCEITO E
DESAFIOS DE APLICABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito para obtenção do título
de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Eligio Gadelha de Lima

SOUSA-PB
2021



A447d Almeida Júnior, Bernardino Jerônimo de.
Direito ao esquecimento na sociedade digital: conceito e desafios de aplicabilidade. / Bernardino Jerônimo de Almeida Júnior. – Sousa, 2021.

45 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientador: Prof. Eligidério Gadelha de Lima.

1. Direito ao esquecimento. 2. Sociedade digital. 3. Direito da personalidade e sua proteção. 4. Fluxo de informação. 5. Inviolabilidade da intimidade. 6. Privacidade da pessoa humana. I. Lima, Eligidério Gadelha de. II. Título.

CDU: 347(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Marly Felix da Silva
Bibliotecária-Documentalista
CRB-15/855

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela d@diva da existēncia.

A minha m@e, Josefa Leite de Almeida, pelo apoio incondicional e por me mostrar o que é ser forte. A minha cunhada Maria Jos@ e as minhas sobrinhas Maria Évila e Ana Cec@lia por estarem sempre comigo. Aos meus irm@os, Micherlandio Kilvir e Michelino Riquelse (in memoriam), por sempre acreditarem em mim.

Aos amigos que fiz na faculdade, em especial a Cinthia Miranda, Rafaela F@lix, Neiara Alencar, Vin@cius V@ras, Gustavo Cardoso, Jade Matias e Yorrana Pires, voc@s s@o centelhas na escurid@o, obrigado por iluminarem meus dias na universidade e fora dela, e por me mostrarem que um amigo é quem fica junto, mesmo depois do fim. Todos os momentos vividos juntos estar@o gravados eternamente em meu cora@o.

Ao 301 do edif@cio Vernier, representado por Samuel Lopes e Harlan Jefferson, foi maravilhoso dividir a moradia e amizade com voc@s.

A todos os membros do N.A grupo, pelas boas risadas proporcionadas.

Aos membros do R.U e agregados, pelos almo@os e sorrisos compartilhados.

Ao professor Eligid@rio Gadelha, pela generosidade e precisas orienta@es.

E a todos que n@o foram citados, mas que de alguma forma contribu@ram e torceram por mim nessa jornada.

RESUMO

Em uma sociedade caracterizada pelo fortalecimento dos fluxos de informação, a eficácia das normas emanadas do Estado passa a ser frequentemente desafiada pelos aspectos técnicos que delineiam a arquitetura jurídica dos ambientes virtuais, onde o comportamento humano encontra-se condicionado por tecnologias que podem tanto proteger a utilização de direitos quanto arruiná-los por completo. Ademais, o ambiente virtual apresenta desafios para os direitos da personalidade no que concerne ao reconhecimento de um limite temporal para se considerar ilícita a conservação de informações, notícias e imagens desprovidos de importância histórica ou atualidade capazes de ferir a privacidade, a honra, o nome e outros direitos, através da vinculação contínua e indesejada de um fato passado a determinada pessoa. É nesse contexto que surge o direito ao esquecimento, que consiste na prerrogativa que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verdadeiro, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital. Para isso, o estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando como método de abordagem o dedutivo. No decorrer da pesquisa, percebeu-se todos os desafios para a aplicação do direito de ser esquecido na sociedade digital, tendo em vista que, mesmo embora sendo um direito decorrente da dignidade da pessoa humana, a aplicação de tal prerrogativa envolve um conflito entre a liberdade de expressão e informação e qualidades individuais da pessoa humana, tais como a intimidade, a privacidade e a honra.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Sociedade digital. Colisão de princípios

ABSTRACT

In a society characterized by the strengthening of information flows, the effectiveness of the rules emanating from the State is often challenged by the technical aspects that outline the legal architecture of virtual environments, where human behavior is conditioned by technologies that can both protect the use of rights as well as ruin them altogether. In addition, the virtual environment presents challenges for the rights of personality with regards to the recognition of a time limit to consider lawful the conservation of information, news and images devoid of historical or current importance capable of injuring privacy, honor, the name and other rights, through the continuous and unwanted connection of a fact passed on to a certain person. It is in this context that the right to be forgotten arises, which consists in the prerogative that a person has of not allowing a fact, even if true, that occurred at a certain moment in his life, to be exposed to the general public, causing him any suffering or disorder. The present work aims to analyze the possibility of applying the right to oblivion in the digital society. For this, the study was carried out by means of a bibliographic research, using the deductive method of approach. In the course of the research, all the challenges for the application of the right to be forgotten in the digital society were perceived, considering that, even though it is a right resulting from the dignity of the human person, the application of such a prerogative involves a conflict between the freedom of speech and information and individual qualities of the human person, such as intimacy, privacy and honor.

Keywords: Right to Oblivion. Digital society. Collision of principles.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA PROTEÇÃO	9
2.1	Histórico dos direitos da personalidade e sua evolução	9
2.2	Os direitos da personalidade no ordenamento jurídico.....	11
2.3	Os direitos fundamentais e a inviolabilidade da intimidade e privacidade da pessoa humana	13
3.	O DIREITO DE SER ESQUECIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
3.1	O direito ao esquecimento: conceito e presença em legislações.....	18
3.2	O direito ao esquecimento: evolução e tratamento jurisprudencial.....	21
3.3	O direito ao esquecimento na sociedade digital	25
4.	A TENSÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	29
4.1	A liberdade de informação e o direito ao esquecimento: a inexistência de direitos absolutos e a teoria da ponderação.....	31
4.2	A resposta à violação do direito ao esquecimento	35
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A internet tem se mostrado, nos últimos tempos, meio de comunicação de uso cada vez mais frequente e enraizado na sociedade. Alteram-se, constantemente, o modo como as pessoas recebem e emitem informações, como obtêm informações de pessoas próximas ou distantes, e com isso, forma-se um novo tipo de comunidade, a comunidade digital.

Com o progresso da tecnologia e ampliação da internet como consequência da rapidez que as informações chegam ao receptor final de uma mensagem, ou, em alguns casos, a todos os usuários da rede mundial de computadores, a sociedade tem substituído os seus relacionamentos cotidianos para o âmbito digital, comunicando com maior frequência por meio da internet, assim como procurando informações de seus interesses através dela.

Com efeito, podemos destacar a existência de um novo meio social na contemporaneidade denominada de sociedade digital, haja vista que uma sociedade tem como atributo ser uma forma de reunir pessoas ou grupos, e, com o advento e expansão da internet, esse contato acontece de forma mais prática e eficiente.

Desse modo, dado que esse instrumento se tornou popular nas diversas camadas da sociedade, surge a preocupação com a proteção de alguns direitos pertinentes aos indivíduos, uma vez que, na rede, é possível encontrar informações pessoais das pessoas de forma rápida, irrestrita, e passíveis de serem lembradas fora do contexto devido, podendo haver violações de direitos.

Nesse contexto, constata-se o surgimento de um novo direito da personalidade, o Direito ao Esquecimento. Com fulcro na proteção à dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, que ganhou novos contornos graças à sociedade digital. Em um lugar onde as informações pessoais dos indivíduos possuem caráter permanente e podem ser trazidas à tona em qualquer tempo e contexto, o direito de ser esquecido surge como forma de proteger a memória individual, estabelecendo ao indivíduo um controle aos dados retratados que ferem sua privacidade na atualidade.

O propósito geral desse trabalho é analisar, por meio da metodologia empregada, que é a pesquisa bibliográfica, em que, numa primeira ocasião, far-se-á o levantamento e análises de bibliografias sobre o tema abordado, como, por exemplo, artigos, livros e dissertações sobre ele. Utilizando como método de abordagem o

método dedutivo, em que se parte de uma premissa geral e vai para particular, de forma decrescente, chegando-se a uma conclusão, a possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento, sobretudo na sociedade digital. Já os objetivos específicos concentram-se em examinar a proteção dos direitos da personalidade e seus elementos essenciais, reconhecer o direito ao esquecimento na sociedade da informação e analisar a aplicação do direito de ser esquecido e seus fundamentos jurídicos frente à sociedade digital brasileira.

O presente estudo elabora-se em três capítulos, onde o primeiro é examinado os direitos da personalidade e sua proteção, conceituando-os, mostrando a sua evolução ao longo da história e a sua classificação com base no Código Civil e na Constituição Federal.

Já no segundo capítulo, efetua-se a análise do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando sua evolução e o tratamento jurisprudencial dado ao tema, assim como a maneira que tal direito pode ser aplicado na sociedade digital.

Por fim, o terceiro capítulo cuida de tratar do conflito que há entre o direito de ser esquecido e o direito à liberdade de informação e de como a teoria da ponderação, de Robert Alexy pode ajudar na solução desse embate.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA PROTEÇÃO

Os direitos de personalidade são prerrogativas inerentes e intrínsecas do próprio conceito de personalidade humana. No ordenamento jurídico brasileiro há a contribuição para proteger e tutelar o valor, a autonomia e o fim individual do ser humano, este que é o sujeito principal e destinatário de todas as relações jurídicas. Neste primeiro capítulo, será abordado o histórico e evolução dos direitos da personalidade, imprescindível para o entendimento do tema, assim como a sua disposição no ordenamento jurídico. Ademais, a característica de serem direitos fundamentais também há de ser elencada.

2.1 Histórico dos direitos da personalidade e sua evolução

A personalidade é a reunião de atributos pessoais que definem o homem como pessoa, representando, assim, a sua singularidade. A priori, é importante mostrar a evolução do reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico, dos chamados direitos da personalidade, assim como demonstrar em que momento ela começa.

A origem dos direitos da personalidade tem como base o reconhecimento de direitos além daqueles economicamente apreciáveis, como, por exemplo, os direitos de propriedade, mas não menos importantes e valiosos quanto estes. Assegurado pelo direito natural, os direitos da personalidade fundamentam-se na ideia de que há prerrogativas contínuas e duradouras intrínsecas a todas as pessoas que são dignos de proteção legal.

Para Silva (2016), começa-se a se pensar em direitos da personalidade durante a Grécia Antiga, mais precisamente na época de Aristóteles, século III e IV A.C. Nesse período o homem era tido como o centro do universo. Tinha como bases três ideias principais. A primeira delas é o menosprezo às injustiças, seguida da proibição de atos excessivos de um indivíduo contra outro e, finalmente, vedação a práticas de condutas abusivas contra outros. Vale salientar que nessa época os direitos da personalidade tinham apenas natureza penal.

Ainda segundo o autor supracitado, embora tenha começado na Grécia, foi em Roma que tais direitos ganharam uma teoria jurídica. Já havia, em Roma, a tutela dos direitos de personalidade de maneira isolada. Contudo, apesar dos avanços, é mister dizer que era considerado apto a receber tal proteção apenas os indivíduos que

reunissem os três status: o status libertatis, o status civitatis e o status familiae.

Nesse sentido, Leciona Ferment²o (2006, p.8):

Para os romanos, tinham personalidade os indivíduos que reunissem os três status: o status libertatis (uma das condições da cidadania, identificador da pessoa livre); o status civitatis (identificador da classe dos cidadãos, negado aos estrangeiros e aos escravos, e arduamente alcançado pelos plebeus); e o status familiae (do qual derivaria a qualidade de pater familias).

Após a queda do Império Romano, Leciona Ferment²o (2006), surgiram vários reinos, cada qual com a sua independência política, mas a maioria seguia os mesmos princípios, quais sejam, o da igreja católica. Leciona o mesmo autor que:

A emergência do direito canônico, formulado pela Igreja Católica, ganhou também de direito subsidiário privilegiado, com prioridade sobre o ordenamento romano, sempre que este conduzisse ao pecado, e isso era de extremo significado nas relações de personalidade. De forma condensada, poder-se-ia dizer que dois foram os institutos máximos legados pela Igreja Católica para a constituição do direito ocidental moderno: a dogmática e o inquirito. (FERMENT²O, 2006, p.9).

Desse modo, nessa época houve uma imensa contribuição para o aprimoramento de um direito da personalidade, em que o homem era tido como substância individual estabelecida de certa dignidade.

Posteriormente, nos ensinamentos de Silva (2006) no século XVI e XVII, com o enfraquecimento do feudalismo e com a mudança dos sistemas políticos desses reinos, teve espaço para crescer o direito europeu continental, em meio à época do Renascimento. Tal época contribuiu bastante para a evolução do conceito de direitos da personalidade, em especial com o advento da corrente humanista, que ensejou na definição e encaminhamento mais preciso acerca do direito geral de personalidade, surgindo concomitantemente as ideias de que existe um direito subjetivo inerente a todo ser humano denominado de direito da personalidade.

Ainda segundo Silva (2016), acontecimento que foi deveras relevante foi o fracionamento que o tema recebeu no final do século XIX, com os embates das doutrinas divergentes do iluminismo e jus racionalismo. A primeira concebia o direito geral de personalidade como o direito que a pessoa possuía sobre ela mesma. Por sua vez, a segunda, pautada no Positivismo Jurídico, afirmava que o toda a ciência do direito deveria ser objetiva, ou seja, buscava-se encontrar, na jurisprudência, todas as disposições relacionadas aos juízos de valor e noções metafísicas da ciência jurídica. A contribuição desse embate de ideias foi a subdivisão do que viria a ser a tutela do homem e da sua personalidade, divididas em duas ordens diversas, um estipulado como ramo do direito público e o outro como direito privado de

personalidade. Para condensar bem tal contribuição, veja-se o que diz, sobre o tema, Fermentação (2006, p.9):

Com o Renascimento e Humanismo do século XVI, surge o lançamento de um direito geral de personalidade, não mais deixando de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana. O Renascimento, com ideias humanistas, assume a condição humana e questiona o destino do homem, como se nele coexistisse a ideia e a imperiosidade da ordenação divina. Foi com o Renascimento que a afirmação da incolumidade da pessoa humana e de seus prolongamentos naturais encontrou espaço para se desenvolver por meio da doutrina do *potestas in se ipsum* ou *jus in corpus*, e da consequente dogmática dos direitos naturais ou originários, também considerados essenciais e fundamentais.

Posteriormente, e após duas grandes guerras mundiais, ocorreram muitas mudanças nos Estados, fazendo com que surgisse uma nova ordem econômica e social, onde a Constituição servia de fundamento de validade de todo o sistema jurídico, de modo a orientar a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas, inclusive as lacunas deixadas pelo Código Civil, e a normatizar as instituições jurídicas fundamentais.

Desse modo, também, e depois dos períodos de guerra, as Constituições, ao lado do estabelecimento de um catálogo de direitos fundamentais limitadores da atuação estatal, também visavam estabelecer a organização fundamental do Estado, através da organização, estrutura e funcionamento dos órgãos estatais, do modo de aquisição e exercício do poder e dos limites de atuação. Avançando mais na linha do tempo e agora em se tratando de Brasil, tem-se que a proteção dos direitos da personalidade adquiriram proteção a nível constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988. Ademais, encontra-se o direito da personalidade em diversos ramos do nosso ordenamento jurídico. Além da Constituição, diploma normativo em que se encontram os fundamentos constitucionais desses direitos, o nosso atual Código Civil de 2002 contém um capítulo destinado aos direitos da personalidade.

2.2 Os direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Em seu artigo 1º, o Código Civil começa afirmando que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Posteriormente, no seu artigo 2º, determina que "A personalidade civil da pessoa jurídica começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Depreende-se dos

artigos citados que todo ser humano adquire personalidade jurídica ao nascer, tornando-se sujeito de direitos e obrigações perante o ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade são direitos privados e provenientes de uma conexão íntima e pessoal de um sujeito com a sua própria existência, caso em que a própria pessoa tem a prerrogativa de defender os direitos de seu corpo e de sua mente frente a outros indivíduos. Por causa disso, são tidos como direitos subjetivos, propondo-se a proteção da integridade física, moral e intelectual da pessoa humana.

Prevalece o entendimento que os direitos da personalidade são direitos inatos da pessoa, em razão de sua própria composição física, mental e moral. Por causa disso possuem determinadas singularidades, que lhes garantem colocação única em se tratando dos direitos privados, que são: a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. A primeira serve, inclusive, como barreira própria à do indivíduo, tendo em vista não poder descartar por ato de própria vontade, contudo, é importante ressaltar que pode dispor, em determinadas hipóteses, como a licença para o uso de imagem.

Uma outra característica que deve ser ressaltada é em relação aos efeitos que possuem os direitos da personalidade, que são oponíveis erga omnes, isto é, são direitos absolutos. Do mesmo modo que acontece com os direitos reais, os direitos da personalidade são direitos absolutos, que podem ser postos contra todos de forma indeterminada. Por conta dessa característica, todas as pessoas físicas e jurídicas possuem o dever de não praticar qualquer conduta que possa vir a prejudicar os direitos da personalidade, nos contornos estabelecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade residem num lugar de destaque e diversa na relação dos direitos privados. Sob a égida da doutrina tradicional, o instrumento desses direitos encontra-se nos bens constituídos por certos atributos ou qualidades físicas ou morais da pessoa humana, especificadas pelo ordenamento jurídico e que são objeto de especial atenção e proteção. Nesse sentido, Venosa (2013, p. 179), leciona que:

Há direitos denominados personalíssimos porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. As Escolas do Direito Natural proclamam a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São, fundamentalmente, os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. A Constituição brasileira enumera longa série desses direitos e garantias individuais (art. 5º). São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos. Muitos veem nesse aspecto direitos inatos,

que são direitos da pessoa, cabendo ao Estado reconhecê-los. É fato que nem sempre, no curso da História e dos regimes políticos, esses direitos são reconhecidos, pois isto apenas se torna possível nos Estados liberais e democráticos, temas de conteúdo sempre e cada vez mais controversos.

Ademais, por serem direitos estudados sob a ótica dos direitos privados e considerados como garantia mínima do cidadão para o desempenho de suas atividades internas, bem como para exercer influência para a sociedade como um todo, compele ao corpo social que adote uma postura negativa, com o intuito de evitar obstáculos ao exercício de tais direitos.

Um outro ponto que merece destaque é quanto às diferentes concepções, ou perspectivas as quais os direitos da personalidade são analisados. Considerados do ponto de vista estatal, tais direitos são denominados de liberdades públicas. Não se trata, portanto, de direitos diversos, tendo em vista que são os mesmos direitos, a diferença reside na relação entre sujeitos.

As liberdades públicas são atitudes, prerrogativas individuais ou coletivas, que são postas em prática devido à permissão conferida pelo Estado, podendo esta ser implícita ou ser dada de forma expressa. Em razão disso, nota-se que as denominadas liberdades públicas nascem a partir do momento que o Estado reconhece e ratifica os direitos fundamentais do homem, tirando do meio de simples direitos naturais para uma positivação estatal.

Neste sentido, ensina Gama que:

As liberdades públicas constituem, na verdade, o núcleo dos direitos fundamentais. Dessa forma, na ordem constitucional brasileira cõbe-se qualquer discriminação ou atentado dos direitos e liberdades fundamentais, conforme preleciona o art. 5º, XLI, da Constituição Federal de 1988. (2006, p.28)

Dessa forma, chega-se à conclusão que, se por um lado os direitos da personalidade asseguram a proteção da pessoa humana, ao constituírem condutas de não fazer, isto é, proibir que a sociedade e o Estado violem a personalidade de outros indivíduos, por outro, as liberdades públicas possuem a prerrogativa de decretar condutas positivas ao Estado, devido às garantias constitucionais, a fim de providenciar a proteção e segurança dos direitos da personalidade.

2.3 Os direitos fundamentais e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da pessoa humana

Antes de falar sobre o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é mister que se discorra, primeiramente, sobre os direitos fundamentais. Estes nasceram devido à urgência de preservar o homem do poder do Estado, tendo como estopim e marco inicial os ideais provindos do Iluminismo, dos séculos XVII e XVIII, e se desenvolveram a partir de uma amalgama de concepções, uma vez que a teoria dos direitos fundamentais, conforme a conhecemos nos dias atuais, é o produto de uma vagarosa e intensa transformação das instituições políticas e das idealizações jurídicas.

Conforme dispõe Alexandre de Moraes sobre o surgimento dos direitos fundamentais:

[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural (1999, p.178)

Por causa das mudanças ocorridas no mundo jurídico, bem como da atuação que tiveram as questões sociais, ocorreu a expansão da teoria dos direitos fundamentais, mais especificamente dos direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensões, tidos como um conjunto criado com o escopo de resguardar os direitos à dignidade, liberdade, propriedade, e à igualdade de todos os indivíduos e de proteger os cidadãos. Ademais, tem a função de não só preservar a pessoa humana de excessos por parte do poder estatal, assim como obrigar o Poder Público a adotar propostas que signifiquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Para Araújo (2005, p.109-110):

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)

No Brasil, os direitos fundamentais são elencados na Constituição Federal, para ser mais preciso, em seu Título II, mas também podem ser observados em dispositivos diversos. É no artigo 5º, caput, na Carta magna que se tem como devem ser garantidos tais direitos fundamentais no país.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (BRASIL, 1988)

Ainda sobre a questão dos direitos fundamentais, não se pode falar sobre sem fazer referência às dimensões ou gerações dos mesmos. Segundo Jourconville (2017), possuindo três gerações, sendo a primeira delas consequência do pensamento liberal burguês, surgindo como elemento limitador da atuação do Estado e recorrente em todas as constituições de sociedades que prezam pela democracia.

Incorporados pelos direitos civis e políticos, como, por exemplo, o direito à vida, à intimidade, à igualdade perante a lei, entre outros, os direitos fundamentais de primeira geração ostentam a característica de status negativus, respaldado numa delimitação em face ao Estado e à sociedade civil. Isto quer simbolizam uma atividade negativa por parte do Estado, ao impor o seu afastamento das relações individuais e sociais.

De acordo com Araújo (2005), os direitos fundamentais de primeira dimensão dizem respeito a direitos que retratam uma política de afastamento do Estado das relações individuais e sociais, devendo este ter como função primordial garantir a liberdade dos indivíduos.

Diante do que foi exposto acima, observa-se que tais direitos são considerados como direitos de oposição, e atinentes a direitos negativos, frente ao poder estatal, ao exigir do mesmo um comportamento negativo, de abstenção.

Em contrapartida aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão têm como característica primordial seu aspecto positivo, tendo em vista que aqui não se trata mais em evitar que o Estado intervenha na esfera da liberdade do indivíduo, mas sim em proporcionar ao cidadão seu bem-estar social. Logo, os direitos da segunda dimensão referem-se a direitos prestacionais sociais do Estado frente à pessoa humana, como por exemplo, assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, entre outros.

Preleciona Alarcón que:

A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das condições mínimas, imprescindíveis, o que outorgar sentido à sua vida. (2004, p.79)

Isto posto, e em decorrência da solicitação pela participação do poder estatal em intervenções com o objetivo de diminuir os problemas sociais, os direitos de segunda dimensão são chamados de direitos positivos.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, e tendo como cenários principais o surgimento de entidades como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), manifestam-se direitos guiados para a essência do ser humano como gênero, raça, e não o mais ligado unicamente ao indivíduo ou a uma determinada coletividade. Surge, portanto, um novo desígnio que vem a acrescentar aos direitos do homem com os historicamente sabidos direitos de liberdade e igualdade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão têm como foco o ser humano relacional, conectado com o próximo, sem limites físicos ou econômicos. Ou seja, tais direitos são os direitos coletivos em um sentido amplo, denominados também de interesses transindividuais, onde estão inseridos os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Sobre os direitos fundamentais de terceira dimensão, Bonavides (2006) explica que tais direitos tendem a se concretizar enquanto direitos que não se dispõem especificamente em proteção dos direitos dos indivíduos ou de um grupo específico e sim ao gênero humano no instante de consolidação de sua existencialidade efetiva.

Exaurido o tema geral sobre os direitos fundamentais, é mister salientar, agora especificamente, sobre o direito a defesa da intimidade no nosso ordenamento jurídico. Primeiramente, o direito a intimidade, como bom direito fundamental que é, é resguardado na nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, no inciso X, que dispõe:

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

Depreende-se de tal inciso que o objetivo do mesmo é a proteção a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas e, não obstante, a garantia do direito à indenização por eventuais danos infligidos em decorrência da violação desses direitos.

Sobre a conceitualização dos conceitos apresentados no trecho de lei acima, Alves e Morais (2019) discorrem sobre o tema, elencando que, embora conectados de certa maneira, a "intimidade" refere-se ao ambiente de relações mais próximas de uma pessoa, como, por exemplo, as que possui com os membros de sua família; o termo "vida privada" diz respeito ao convívio de determinado sujeito com a sociedade de uma forma ampla, como a relação de uma pessoa com seus colegas de trabalho. O

que se conclui de ambos os conceitos que o direito à privacidade mais dilatado e engloba a própria esfera da intimidade, e tem como objetivo impossibilitar a interferência de estranhos na vida privada e familiar de cada indivíduo, obstando a distribuição de informações pessoais e íntimas das pessoas sem o seu devido consentimento.

É importante ressaltar que poder ocorrer de o direito à imagem e o direito à informação entrarem em conflito, nos casos em que a veiculação da imagem do indivíduo se dê no contexto de uma matéria jornalística, por exemplo, para espalhar informações relevantes para os demais membros da sociedade. Para estabelecer qual deles deve se sobressair, é necessário analisar o caso concreto e utilizar-se a técnica da ponderação, que será abordada detalhadamente mais adiante.

A privacidade dos indivíduos pode ser violada de diversas maneiras nos dias atuais. A tecnologia e o crescente acesso das pessoas às redes sociais facilitaram demasiadamente a divulgação de informações com rapidez e agilidade, podendo ser artifício de pessoas mal intencionadas fazer o uso dessa tecnologia para violar os direitos de outrem.

Em tais casos, em que um indivíduo tem a sua intimidade, privacidade, honra ou imagem violados, é possível instaurar um processo judicial e reclamar indenização pelos danos materiais e morais causados.

Tendo em vista todo o exposto acima acerca dos direitos fundamentais, bem como especificamente da inviolabilidade da vida privada, surge o Direito ao Esquecimento, decorrência direta dos direitos acima citados e que se trata do direito que uma pessoa tem de não ser lembrada por situações constrangedoras ou embaraçosas ocorridas em seu passado, mesmo que verdadeiras, não buscando excluir o fato em si, mas somente tendo como objetivo impedir que tais episódios sejam resgatados sem critério algum.

3.0 DIREITO DE SER ESQUECIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme foi tratado no capítulo anterior, inúmeras são as situações em que se podem invocar a proteção dos direitos da personalidade, tendo em vista que o rol de tais prerrogativas não é exaustivo. Partindo dessa premissa, o direito de ser esquecido, cujo conceito breve já fora apresentado, mas ser visto de forma mais detalhada adiante, surge como uma extensão dos direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à intimidade, à imagem, à honra, entre outros.

Torna-se imprescindível tecer comentários sobre uma conceitualização, mais detalhada sobre o tema, bem como de que forma ela aparece nos demais ordenamentos jurídicos, principalmente na legislação pátria. Assim como também é de suma importância a abordagem de tal direito no contexto de uma sociedade globalizada, com fácil acesso à informação, graças à internet.

3.1 O direito ao esquecimento: conceitualização e presença em legislações

O direito ao esquecimento, ou como inicialmente foi chamado, em inglês, de *right to be alone*, isto é, direito de ser deixado em paz, é uma repercussão da dignidade da pessoa humana e traduz-se no direito que o sujeito possui de não consentir que um acontecimento, mesmo que este seja verdadeiro, ocorrido em um determinado momento da vida, seja alvo de exposição ao público em geral, evitando-lhe, assim, sofrimento ou transtornos.

Tal direito tem como objetivo evitar que informações de outrora sejam lembrados na atualidade de maneira descontextualizada, sendo uma prerrogativa que tem como escopo garantir que a pessoa possa revelar-se tal como se identifica na contemporaneidade, em sua realidade existencial e coexistencial.

Segundo Dotti (1980), o fundamento principal para a existência de um direito ao esquecimento ou da restrição temporal de ações que de alguma forma agride direitos morais da personalidade, vem do conhecimento e da progressiva afinação do delineamento e da matéria de um direito à privacidade.

Ademais, para Canotilho (2007), a evolução da personalidade, garantido no decorrer do tempo de existência do indivíduo estende sua área de proteção em dois aspectos principais. O primeiro deles é o que diz respeito à livre formação da personalidade, adversa ao excessivo controle estatal. O segundo tem como objetivo

garantir a proteção da liberdade de escolha, levando em consideração o propósito de vida escolhido por determinadas pessoas.

Portanto, ancorando-se nas lições de Bezerra Junior (2018), há no livre desenvolvimento da personalidade que se reconhece um dos critérios para se alegar o direito ao esquecimento, de modo que se tenha assegurado o direito de liberdade de escolha e de preservação da dignidade, ao permitir a instauração de limites temporais e o controle dos meios de utilização de dados e informações pessoais.

O direito de ser esquecido, de fazer novas escolhas para sua vida ou de simplesmente ser deixado em paz, sem o perigo de ser perpetuamente aterrorizado pelo seu passado, não é algo que surgiu recentemente na história. Ao decorrer da história humana, em inúmeras oportunidades, já houvera a proteção da intimidade, do nome, e da reputação de indivíduos, em situações que episódios do passado teriam sido lembrados em prejuízo aos direitos supracitados.

Observa-se muitos exemplos da afirmativa acima dentro do nosso próprio ordenamento jurídico. Na nossa legislação penal, por exemplo, incumbido de apenar as mais graves violações aos bens jurídicos, emprega uma manifestação do direito ao esquecimento ao prever o instituto da reabilitação, previsto no artigo 93 do Código Penal. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (BRASIL, 1940). Também no artigo 202 da Lei de Execução Penal:

Art. 202- Cumprida ou extinta a pena, não constará da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (BRASIL, 1984)

Tais dispositivos legais são encarregados de garantir a reinserção social do autor de um fato delituoso e a preservação dos seus direitos da personalidade.

Encontra-se, ainda, uma aspiração de um direito ao esquecimento no nosso Código de Defesa do Consumidor, no inciso I do artigo 43:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
 § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. (BRASIL, 1990)

Este dispositivo constitui outro exemplo de manifesta^{ção} de que a limita^{ção} imposta a um direito de personalidade deve estar submetida aos limites da razoabilidade temporal frente aos incontestáveis efeitos corrosivos do tempo sobre a utiliza^{ção} de informa^{ções} gravosas e desatualizadas.

Também no Marco Civil da Internet (2014), objetivou-se regular a prote^{ção} de dados na rede mundial de computadores no âmbito do território brasileiro, trazendo em seu inciso X, do artigo 7º, a prerrogativa de se obter a exclus^{ção}, em definitivo, dos dados pessoais fornecidos para o uso de determinada a^{ção} realizada pela internet:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X - Exclus^{ção} definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplica^{ção} de internet, a seu requerimento, ao término da rela^{ção} entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (BRASIL, 2014)

De uma nova perspectiva e mais atualizada, também não há de deixar de mencionar a Lei Geral de Prote^{ção} de Dados Pessoais (LGPD). Publicada em 14 de agosto de 2018, a lei 13.709 trouxe novos contornos à prote^{ção} de dados no nosso país. Segundo Macedo (2020), no que concerne aos princípios basilares da referida lei, estes estão elencados no artigo 3º, dentre os quais encontram-se, sem qualquer ordem de hierarquia, a garantia da liberdade de express^{ção}, comunica^{ção} e liberdade de pensamento, bem como a prote^{ção} da privacidade e a prote^{ção} dos dados pessoais, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua prote^{ção} e indeniza^{ção} pelo dano material e moral decorrentes de sua viola^{ção}.

Tendo em vista todo o exposto acima, surge o questionamento se o direito de ser esquecido seria um direito autônomo, ou, se, uma vez invocado tal direito, este não seria apenas uma manifesta^{ção} de um dos direitos da personalidade já existentes.

É mister que o direito ao esquecimento se trata de um direito subjetivo, com caráter negativo, isto é, atua numa área de um dever geral de absten^{ção}, utilizado quando se pretende opor-se a uma viola^{ção}, inexistindo fundamento de interesse público, dos direitos de personalidade, tais como honra, privacidade, livre desenvolvimento pessoal, entre outros, por meio da conserva^{ção}, por tempo ilimitado, de informa^{ções} que possam causar constrangimento e aborrecimento ao indivíduo.

Para aqueles que defendem ser tal direito autônomo e desmembrado das demais figuras parcelares, tais como Martinez (2014), que sustenta seu pensamento na ideia do aparecimento de um direito inédito, em defesa da autonomia, que preserva

o objeto jurídico específico denominado de 'memória individual'. Nesse modo de pensar, o direito ao esquecimento seria um direito fundamental intrínseco ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhecendo a um determinado particular 'o direito de se resguardar daquilo que não deseja recordar' (MARTINEZ, 2014, p. 80), e dessa forma impedir que tenha a sua memória individual lembrada a todo instante.

Em contrapartida a esse modo de pensar, Bezerra Junior (2018) defende a possibilidade de ser invocado o direito de ser esquecido, mas não o considera um direito autônomo, e sim uma representação dos direitos saídos já historicamente concretizados, evitando desse modo situações de insegurança e generalidade. Pontua o autor que:

Com efeito, ainda que se reafirme a dispensa de um necessário enquadramento do bem jurídico da personalidade em figuras típicas previamente elencadas, de forma exaustiva, na legislação especial, admitir a simples alegação de ofensa a um direito geral ao esquecimento, como direito autônomo e de proporções imensuráveis, acarretaria o surgimento de um direito-surpresa, invocável em face de terceiros que sequer conseguiriam identificar, com suficiente clareza, a forma de ofensa pessoal intangível a eles imputada no caso concreto, o que sacrifica, sobremaneira, qualquer meio de se contrapor, em defesa, aos argumentos do suposto lesado. (BEZERRA, 2018, p.95)

Nesse diapasão, o direito ao esquecimento pode ser entendido como um direito multifacetado, ao abranger outros direitos conhecidos (nome, honra, privacidade, entre outros) para a concretização e fixação da tutela. O transcurso do tempo tem papel fundamental nessa discussão sobre o que diferencia a ofensa a um direito da personalidade propriamente dito de uma violação ao direito de ser esquecido.

A resposta estaria, sobretudo, na constatação de que a ilicitude da ofensa que se objetiva combater com o direito ao esquecimento vem do caráter irrelevante, desnecessário, de rememoração de fatos indesejados na vida pessoal de alguém.

3.2 Direito ao esquecimento: evolução e tratamento jurisprudencial

Foi na área jurisprudencial que se constatou de modo mais elucidativo e notório a evolução do direito ao esquecimento como uma prerrogativa para enfrentar a injustificada utilização de ações passadas desprovidas de interesse público relevante ou social, ferindo uma série de direitos da personalidade.

Um dos acontecimentos, bem narrados na doutrina de Bezerra Junior (2018) e que determina bem o marco inicial do direito de ser esquecido, ao tratar da honra subjetiva da pessoa em disputa com fatos pretéritos verdadeiros, mas não mais condizentes com a pessoa na atualidade, aconteceu em 1931, na Corte de Apelações da Califórnia, o caso conhecido como Melvin versus Reid. A apelante Gabrielle Darley teve uma vida deveras agitada e chegou a praticar a atividade de prostituição. Também chegou a ser acusada da prática do crime de homicídio, este do qual foi absolvida. Posteriormente decidiu abandonar esse estilo de vida e construir uma família.

Aponta Bezerra Junior (2018), que Gabrielle casou-se em 1919 com um sujeito de nome Bernard Melvin, e passou a viver uma vida totalmente diferente daquela que vivera em seu passado, obtendo simpatia e notoriedade de todos aqueles que se relacionavam com o casal. Tudo mudou com o lançamento do filme de nome *The Red Kimono*, produzido por Dorothy Davenport Reid, que narrava, minuciosamente, a vida pretérita de Gabrielle, incluindo o seu julgamento por assassinato.

Narra Bezerra Junior (2018) que o filme mostrava os nomes reais dos personagens e foi exposto em inúmeros estados norte-americanos, de modo que muitas pessoas que conviviam com o casal identificaram a protagonista. Desde então, e devido aos valores rígidos da sociedade da época regado a preconceitos, elas passaram a tratá-la com repulsa, o que ocasionou uma imensa agonia e tristeza, afetando a sua saúde física e mental.

Por isso, Bezerra Junior (2018), recorda que Gabrielle, então, promoveu uma ação indenizatória, alegando ofensas a direitos da propriedade e do direito à intimidade. A Corte de Apelações do Quarto Distrito do Estado da Califórnia, dos Estados Unidos das Américas (1931), então, reconheceu, parcialmente, a natureza indevida da interferência e da publicação de acontecimentos indesejáveis e relacionados ao passado de alguém. Pontuou-se sobre a existência de um direito constitucional de *“busca e achar a felicidade”*, o que segundo Urabayen (1997), seria a constatação judicial de um direito ao esquecimento, mesmo sem denominá-lo de tal modo.

Outro caso, agora que reconhece o direito ao esquecimento propriamente dito, aconteceu na Espanha, e fora sintetizado por Menezes (2014), que conta a história de um cidadão que ganhou a ação contra o Google para que a empresa removesse de suas buscas links de uma matéria desatualizada que o difamava. Com o fundamento

que qualquer pessoa tem a prerrogativa e pode pedir a exclusão de links que considere prejudiciais à sua imagem, mesmo que tenha sido publicado legalmente e correspondam a realidade, o Tribunal europeu decidiu em favor do advogado Mario Costeja.

O espanhol denunciou o jornal *La Vanguardia*, que no ano de 1998, noticiou em sua edição física dois anúncios de um leilão de imóveis associado a um embargo decorrente de dívidas de Seguridade Social, posteriormente digitalizado. A notícia retratava de forma minuciosa e detalhada suas dívidas acumuladas e a venda forçada de sua propriedade. Quando em novembro de 2009, Cortesja entrou em contato com o Google após notar que ao jogar seu nome na barra de pesquisas do site aparecia um link para a notícia preterita do jornal, desprovida de qualquer relevância para os dias atuais.

De acordo com Menezes (2017) o Tribunal de Justiça da União Europeia atendeu o pedido do cidadão espanhol que pedia ao Google que deletasse o link da notícia, pois estava prejudicando a imagem do mesmo. A decisão confirmou que a empresa não é apenas um mero meio de buscas, mas também um impulsor de informações e deve ser responsabilizado pelas que divulga. Desse modo exigiu-se que em determinados casos apagassem os links divulgados preteritamente e já não forem de muita relevância se forem nocivos à dignidade de um cidadão, com a condicionante de que cada caso deva ser analisado de forma separada.

No nosso país, os debates jurídicos e a abrangência concreta de um direito ao esquecimento, principalmente em face das novas tecnologias e da sociedade de informação, recebeu o enfoque da mídia e reacendeu os debates jurídicos em torno do tema, após a aprovação, em março de 2013, do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que afirma que *“A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”* Tal enunciado apresenta a seguinte justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos preteritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Como bem visto na própria justificativa do enunciado supracitado, o direito de ser esquecido esteve conectado, na maioria das vezes, a momentos que preencheram

os noticiários policiais no período em que aconteceram e que, em momentos futuros da vida, voltaram a ser examinados pelas mídias, em nome de um interesse e curiosidade atemporal do grande público. Destarte, a jurisprudência demonstra bem as dificuldades políticas que rodeiam o tema, em que se tem de um lado a liberdade de informação e o interesse público para lembrar detalhes de fatos pretéritos de outrem, e, por outro lado, o direito das pessoas envolvidas de refazer a sua vida, derrotar o seu passado obscuro e livrar-se do preconceito que restringe e condiciona o desenvolvimento da personalidade.

Na contramão das decisões aqui exibidas, assim como contradizendo o próprio enunciado do Conselho Justiça Federal, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por 9 votos a 1, a não aplicabilidade do Direito ao Esquecimento no Brasil. A votação, que ocorreu no dia 11 de fevereiro de 2021, do Recurso Extraordinário 1.010.606, teve como relator o ministro Dias Toffoli. Além dele, votaram contra os ministros Kassio Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

O tema voltou a ser debatido após a família de Aida Curi, vítima de assassinato no Rio de Janeiro em 1958, no Recurso Extraordinário 1.010.606 (2021), que teve seu mérito julgado com tema de repercussão geral, requerendo reparação por danos morais pela reconstituição do crime em um programa televisivo da Rede Globo, sem autorização. O caso 'Aida Curi', como conta Frajndhof (2015) que fora examinado inicialmente no juízo da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ fora um dos primeiros casos brasileiros em que se visualizou uma manifestação do direito ao esquecimento. Os familiares da vítima de um bárbaro homicídio, praticado após a jovem reagir a uma tentativa de abuso sexual, encheu as manchetes dos jornais no ano da prática do ocorrido. A família da vítima rebelou-se contra a exibição de programa televisivo, que lembrava feridas e dores passadas, fazendo com que estes revivessem o pesadelo de uma tragédia familiar, devido a busca incessante de audiência e publicidade da emissora. A decisão em primeira instância julgou improcedente os pedidos dos requerentes. Em sede de apelação, a decisão foi mantida.

Interposto o recurso especial por parte da família, este também não fora admitido em sua origem. Interposto o agravo em recurso especial, o mérito da questão foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Felipe Salomão (2013) chegou à conclusão que, especificamente neste caso, e feita uma ponderação de

valores, a liberdade de imprensa deveria se sobrepor a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

No julgamento do recente Recurso Extraordinário 1.010.606 no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli (2021) declarou que o direito ao esquecimento limita a liberdade de imprensa e a manifestação do pensamento, deferindo contra o processo em questão. A maioria dos demais ministros acompanharam o voto do relator.

O voto divergente foi o do Ministro Edson Fachin. Segundo Fachin (2021), o direito ao esquecimento engloba, mas não se limita aos convencionais direitos de privacidade, honra, muito menos ao direito de proteção de dados. Embora se reconheça o favoritismo do direito de liberdade de expressão no sistema jurídico brasileiro, existe, também, um elevado *onus argumentativo* para deslocá-lo.

Observa-se que, da mesma maneira que acontece com a liberdade de expressão, é preciso que se reconheça as restrições colocadas por outros interesses de igual magnitude. Na esteira dos ensinamentos de Lima (2014), para que se possa identificar a aplicação do direito ao esquecimento em determinado caso concreto tem-se de analisar a presença de alguns requisitos, dessa forma resumidos: a) a existência de um acontecimento ocorrido em tempo distante; b) a falta de uma utilidade pública ou social; c) ausência de objetivo de mudar os fatos passados; d) escassez de cunho jornalístico, literário e científico.

3.3 O direito ao esquecimento na sociedade digital

Com o progresso da tecnologia num mundo globalizado e com a difusão da internet, elevou-se, a partir dos anos 90, de forma drástica e expansiva, o acesso à informação. Esse novo meio de comunicação possibilita que inúmeras informações estejam ao alcance das pessoas por um longo período de tempo, impactando as relações sociais pela propriedade que possui de imortalizar notícias e acontecimentos. Com o surgimento e popularização da rede mundial de computadores, tornou-se demasiadamente fácil e rápido a propagação de acontecimentos numa proporção global. Nesse sentido,

Antes dos anos 90, seu nome fosse veiculado na imprensa, seja para o bem, seja para o mal, bastavam semanas ou, até mesmo, dias para que tudo fosse esquecido e você voltasse ao anonimato. Somente com o acesso a arquivos físicos que seria possível lembrar tais acontecimentos. Acontece que, hoje em dia, mesmo passados dez ou vinte anos, basta uma rápida pesquisa

de seu nome nos diversos buscadores disponíveis na internet para que, imediatamente, eventual notícia datada de anos atrás surja como se atual fosse. Não há dúvidas de que, que razão da onipresença digital, aquela capacidade de esquecer ou fazer esquecer o passado está com os dias contados. Para os mais pessimistas, já não há mais como passar despercebido. A exposição é inevitável. (NARUTO, 2014, p.1).

O modo de se relacionar nos dias atuais tem mudado. Com o decorrer do tempo e a evolução das novas tecnologias, há um modo muito mais engenhoso de comunicação entre os indivíduos, tornando menos complexo o ato de dialogar, em ambiente virtual, com pessoas de diversas regiões do mundo. O acesso à informação, através da rede mundial de computadores, dá-se de modo mais célere, entretanto, a internet nem sempre acomoda conteúdos atuais.

Os usuários desse grande 'armazém digital' possuem maior entendimento sobre matérias liberadas na rede com demasiada velocidade, comunicando-se com outros usuários espalhados pelo mundo. Para Martins (2014, p. 4): 'A sociedade da informação, portanto, muda e dita comportamentos, regendo formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo e a própria vida em sociedade'.

De acordo com Bezerra Junior (2018), na proporção que as novas tecnologias facilitaram uma comunicação mundial e célere, através de um sistema que possibilita conexões diversas e um vasto espaço para o armazenamento de dados, exibidos sem restrição de tempo, trouxeram, também, repercussões importantes para diversos direitos da personalidade, principalmente pelo difícil trabalho de executar um controle efetivo no que se refere à própria identidade na rede e sobre o poder individual de fazer novas escolhas e superar acontecimentos preterritos.

Adverte Castells (2013, p.111) que:

qualquer coisa que se coloque na Internet, independentemente da intenção do autor, converte-se numa garrafa lançada ao oceano da comunicação global, a carregar uma mensagem susceptível de ser recebida e processada de forma imprevistas.

Com o advento da internet, ocorreu a superação das limitações que assolava tanto os homens quanto os modos clássicos de registro de informações, que sempre tiveram contra si a regra do esquecimento, com exceção, por óbvio, de grandes feitos históricos imortalizados em livros de história.

Ainda de acordo com Bezerra Junior (2018) a história dos indivíduos, bem como a construção da sua memória pessoal e a reunião de memórias e experiências adquiridos com as escolhas que as pessoas fazem ao longo de sua jornada aqui na

terra. Para o autor, a internet marca uma época em que os acontecimentos atuais e os pretéritos se mesclam e são exibidos aos usuários da rede de acordo com os parâmetros estabelecidos dos provedores de pesquisa, que os transformam em materiais de fácil acesso, em qualquer momento e nos mais diferentes contextos.

Sobre o tema, afirma Schreiber:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas tradicionais, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: os dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. SCHREIBER (2013, p. 466)

Desse modo, frente ao rápido e constante avanço da tecnologia, nasce um novo cenário jurídico, onde a condição momentânea e temporária da vida em sociedade é passível de ser eternizada através da internet, tornando dificultosa a vida daqueles que querem se desapegar do passado e superar suas lembranças, podendo ocasionar lesões a determinados bens jurídicos e, como consequência, provocar a insegurança dos usuários da internet. É o que acontece, por exemplo, com o direito de privacidade na internet, este que tem intrínseca relação com o direito de ser esquecido.

De certa maneira, o direito ao esquecimento ganha realce na sociedade digital, uma vez que, na rede mundial de computadores, um acontecimento do passado pode ser lembrado pelos seus usuários de forma demasiadamente fácil, fazendo com que algumas pessoas sofram ofensas à sua vida privada. Ademais, o cérebro humano não possui a mesma habilidade que a internet tem para o armazenamento de dados. Desse modo, o direito de ser esquecido ganha destaque na era da sociedade da informação justamente por ser um meio de tentar proteger os indivíduos que não desejam rememorar fatos pretéritos, bem como garantir a ordem natural da vida: o esquecimento em decorrência do tempo. Martinez (2014, p. 62) lembra que:

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

Vale salientar o que pensa Bezerra J unior (2018), que afirma que, na época da internet, o direito de ser esquecido seria, em primeiro lugar, um direito de contextualizar, que tem como objetivo não somente proibir a republicação sem necessidade de uma notícia ou acontecimento, como também para impedir a preservação de dados e referências, por tempo demorado, não condizentes com a atualidade. Para ele,

O direito ao esquecimento, reavivado em um contexto de maior exposição do indivíduo ao universo digital, busca, sobretudo, não o apagamento de rastros, mas o reconhecimento da possibilidade de discutir a utilização atribuída a fatos pretéritos, notadamente nos aspectos relativos ao modo e finalidade com que são lembrados. (BEZERRA JUNIOR; 2018, p. 214)

Criada para atuar com o compartilhamento de informações de maneira ilimitada, o ambiente virtual, que não possui delimitações físicas e por poder ser acessado instantaneamente, assim como existir limitações para garantir a efetividade de eventuais medidas adotadas, torna dificultosa a tutela específica do direito de ser esquecido, principalmente quando o que se pretende superar estiver inserido na rede. Surge então a narrativa da internet que esquece, a qual passou a ser o principal argumento para desencorajar o requerimento de medidas judiciais que objetivam impossibilitar o acesso a determinado fato pretérito.

Contudo, nas palavras de Bezerra J unior (2018, p.215):

Negar uma tutela em tais condições, simplesmente porque seria muito difícil alcançar a sua plena efetividade, seria, em última análise, admitir que a internet, espaço onde mais facilmente se exercitam as liberdades de pensamento, expressão e de imprensa, seria território completamente imune a qualquer tipo de controle judicial contemporâneo de legalidade, privilegiando o ofensor que consegue agir com maior rapidez, visto que, uma vez realizada a ofensa, não estaria obrigado a providenciar a remoção do conteúdo que ele mesmo produziu, o que não se concebe como razoável

O autor sugere, pois, que mesmo diante da difícil tarefa de garantir o direito ao esquecimento na sociedade digital, ainda é possível a sua aplicação, se averiguadas a falta de interesse público na informação, ofensa relevante a um direito da personalidade e o caráter ilícito da conduta do lesante. Nesse caso o julgador deve adotar as medidas inibitórias para dificultar o acesso ao conteúdo ofensivo aos direitos da personalidade.

4 A TENSÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Conforme visto anteriormente, é possível, sim, a aplicação do direito ao esquecimento se preenchidos determinados requisitos, e possuindo como alicerce principal o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação íntima com os direitos da personalidade. Contudo, tal direito encontra resistência no ordenamento jurídico por causa da oposição deste com o direito à informação, que também se mostra deveras importante para a sociedade.

Desse modo, a aplicação do direito de ser esquecido e de proteger a memória individual entra em confronto com outro direito fundamental, que também possui respaldo da nossa Constituição e é encarregado, principalmente no ambiente virtual, de garantir a livre expressão dos indivíduos. Conforme disciplina Barros (2017, p.49):

O embate entre o direito à informação e a garantia do esquecimento na sociedade digital é atribuído através do aspecto público ou privado do dado disposto na internet, onde se protege a memória social e a individual, respectivamente. Ademais, tanto o primeiro quanto o segundo são assegurados pelo aspecto moral dos direitos de personalidade, no qual a garantia da informação é decorrente da liberdade civil e o esquecimento tem autonomia semelhante ao direito de privacidade, devido a tutela da memória pessoal.

Tendo isso em mente, observa-se que, embora o direito ao esquecimento seja uma dimensão moral dos direitos da personalidade, não pode ser considerado absoluto quando estiver frente a outras garantias constitucionais, sofrendo restrições em decorrência de direitos opostos à sua proteção que tenham mesmo status constitucional, como é o caso do direito à informação. Nesse sentido, afirma Andrade e Damásio (2016, p. 87):

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

As garantias à liberdade de manifestação e de informação são elencadas no artigo 220 da CF/88:

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

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

Art. 22º § 1º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

Como observa-se com a disposição constitucional citada acima, a primeira garantia qualifica-se pela expressão artística, científica ou dos pensamentos das pessoas dentro da sociedade. Já a segunda caracteriza-se pelo direito de informar e ser informado. Segundo Barros (2017), a liberdade de expressão é entendida pela exteriorização do pensamento em sociedade, pela manifestação de opiniões e o seu exercício ocorre em contraposição à censura, vedada pela nossa legislação, já a liberdade de informação equivale ao direito individual de obter dados ou torná-los disponíveis a outros, podendo ser tido como espécie do gênero liberdade de expressão, de tal modo que possua natureza pública, protegido pelo direito coletivo de informação.

Com o surgimento de uma nova espécie de se relacionar, a online, e com o incremento cada vez maior dessa relação interpessoal no âmbito virtual, cria-se um cenário que enseja discussões e confrontos constitucionais, tendo em vista que o conteúdo presente na internet irrestritamente pode contrariar determinado direito privado da personalidade. Segundo Bezerra Junior (2018), nesse cenário nascem situações em que o direito de informar embate a pretensão do sujeito que, mesmo participando de um fato legitimamente noticiado, deseja desprender-se dos aspectos dolorosos de seu passado, sem a ameaça de ser perpetuamente assombrado por ele. Um dos maiores obstáculos ao analisar esse embate é escolher qual o direito fundamental deve sobressair sem provocar demasiado prejuízo ao direito o qual não foi aplicado. Seguindo essa linha de raciocínio, aponta Pimentel e Cardoso (2015 p. 50):

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

Como os dois privilégios em tela possuem o mesmo status constitucional, a preponderância de um direito privado, que é o caso do direito de ser esquecido, sobre o direito de liberdade de informação é tido por muitos pensadores como uma forma de

censura, argumento utilizado, inclusive, pela maioria dos ministros do STF em seus votos elencados no capítulo anterior. Todavia, é mister salientar que a democracia não só garante o direito de expressão, ela também assegura, como já foi visto, prerrogativas individuais, como os direitos da personalidade, que são deveras importantes para a atuação dos indivíduos em sociedade.

4.1 A liberdade da informação e o direito ao esquecimento: a inexistência de direitos absolutos e a teoria da ponderação

A nossa Carta Magna desenvolveu um sistema de privilégios que pode ser usado contra a tentativa de repressão da opinião pública por parte do controle governamental, numa demonstração do quanto é demasiado relevante, para um estado democrático de direito, a liberdade de pensamento, expressão e de informação.

Por outro lado, também é patente, por parte do constituinte, em igual medida e proporção, a atenção dada à defesa dos direitos individuais, ao exercício da personalidade, através do rol exemplificativo de inúmeros direitos, tais como a honra, a vida privada, o nome, etc. Garantindo, ainda, os meios judiciais adequados para tutelar a ofensa a estes privilégios, assim como a simples ameaça aos mesmos.

Observa-se que tanto os direitos conectados intrinsecamente ao âmbito moral da personalidade, quanto aqueles que dizem respeito à liberdade de expressão e de comunicação, possuem um mesmo denominador comum: a preservação da dignidade da pessoa humana. Com tal confirmação, nota-se que não se trata de uma relação de supremacia ou preponderância, em abstrato, de um direito sobre o outro. Para Bezerra Junior (2018, p.124):

Assim, a ampla liberdade assegurada, na mesma medida em que reforça o poder dos veículos, implica, necessariamente, assunção de responsabilidades, decorrentes da necessidade da observância de limites claros e ponderados e da imperiosa compreensão de que, em um sistema jurídico que precisa ser harmonizado, não há direitos imunes a qualquer restrição ou regulação.

§ nesse sentido que se constata que, se por um lado é prejudicial o cerceamento e ultraje à liberdade de imprensa, não é menos assertivo dizer que o uso abusivo e infeccioso de tal liberdade como forma de exposição de acontecimentos angustiosos, ausente relevância social, também é sinal de perigo que pode

contaminar a harmonia de uma vivência em sociedade, produzindo resultados não ou menos graves que a violação a liberdade de imprensa.

Para Galante (2010), a liberdade de expressão, assim como os demais direitos, não é desprovida de limites e não pode ser utilizado de forma absoluta, devendo estar harmonicamente dentro do sistema de leis e conviver equitativamente com os direitos conectados – proteção da personalidade, que também é uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, tem-se que a dignidade da pessoa humana atua como embasamento tanto para se exercer a liberdade de expressão e comunicação, quanto para servir de impeditivo aos atos praticados sob o amparo de tal liberdade. No que se refere aos direitos da personalidade amparados pelo direito de ser esquecido, Farias (2000), afirma que estes são efetivos limites impostos a liberdade de expressão e informação, e por isso nunca se pode desprezar a ideia de uso abusivo de tal liberdade.

Para solucionar, num caso concreto, o conflito de ambos direitos fundamentais citados anteriormente, urge a necessidade de se falar sobre a Teoria da Ponderação em casos de colisão de direitos fundamentais, propostas pelo jurista alemão Robert Alexy.

O jurista criou uma teoria acerca dos direitos fundamentais na constituição alemã fundamentada nos princípios e posicionamentos judiciais basilares para se garantir os privilégios da mesma. A colaboração de seu estudo para a temática do presente trabalho é demonstrada por intermédio da sua concepção sobre o conflito de regras e colisões de princípios.

Para Alexy (2015), quando se está diante de um embate entre princípios, entre direitos fundamentais de mesma hierarquia, como é o caso do presente capítulo, tem-se a preponderância de uma norma sobre outra, tendo em vista a generalidade da mesma. Segundo Barros (2017, p. 52):

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

Ademais, Alexy (2015) concebe que a sua teoria da ponderação está de certa maneira, sob o prisma da proporcionalidade, que detém três premissas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A primeira delas tem como

função de examinar qual o meio mais adequado para se obter o resultado desejado sem prejudicar gravemente outro princípio. Em relação à necessidade, esta trata-se de analisar se o meio em comento é o único rumo para se obter o propósito almejado, uma vez que, caso exista outro método menos restritivo, este deverá ser utilizado.

Por último, mas não menos importante, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Aplicada por meio do método de ponderação usada no confronto de princípios quando nenhuma das premissas anteriores não forem suficientes para decidir o resultado da colisão de princípios, a ponderação será utilizada tendo como parâmetro os níveis de relevância da satisfação ou da não satisfação de um princípio em relação a outro.

Dessa forma, a teoria da ponderação dos princípios conclui que a resposta para o embate entre princípios deve ser feita por meio da reflexão sobre o impacto jurídico ao colocar um peso nas repercussões jurídicas de cada princípio colitivo, para que se possa identificar qual privilégio será preponderante num caso prático. Com isso, Alexy (2006, p.594), aponta que:

[...] No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

É vista de todo o exposto, a teoria da ponderação exibida até aqui é demasiadamente usada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas situações em que há o confronto dos direitos fundamentais, tidos como princípios também, elencados no art. 5º da CF/88.

Segundo Cordeiro (2005), a ponderação vem da ideia da afirmativa que existe, sim, a ideia de direitos desiguais em abstrato, contudo, a apreciação dos interesses efetua-se sempre sob a luz do caso concreto, subordinado a uma avaliação de juízo de proporcionalidade com o objetivo de saber qual direito irá ser prevalente, exercitado, no entanto, da maneira que menos prejudique o direito "sacrificado".

Sobre a técnica da ponderação sendo utilizada no nosso ordenamento jurídico, Flávio Tartuce (2016, p.102-103):

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

Dessa forma, o método proposto por Alexy tem se mostrado o mais adequado para buscar a resposta mais razoável quando se vislumbra, num caso concreto, colisões de princípios. No caso do tema deste trabalho, em que se tem, de um lado, o direito ao esquecimento, que pretende proteger a memória individual do cidadão, e, de outro, a liberdade de informação, tudo isso num cenário de uma sociedade digital, a técnica da ponderação mostra-se cada vez mais apta a solucionar tal celeuma.

Portanto, por meio da razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito que se saber-se o direito de ser esquecido, bastante controverso, ter seu espaço para ser aplicado no caso prático. Nesse sentido, expõe Schreber (2013, p. 468):

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

Ante o exposto até então, o direito de ser esquecido, mais precisamente na sociedade digital, lugar onde encontra mais ofensas ao mesmo, é invocado quando resta provado sua preferência em detrimento à liberdade de informação. Quando colocado na balança tais direitos colidentes e o nível de relevância de um privilégio se mostrar superior a outro, aquele será aplicado. Desse modo, se no caso concreto analisado pelo judiciário que envolva o direito ao esquecimento, e a proteção da memória individual mostrar-se mais importante que o direito de informação, aquele será protegido.

Por outro lado, se for o direito de informação que seja merecedor, no caso concreto, de maior garantia, não será viável a aplicação do direito de ser esquecido em razão da proteção da memória social.

Portanto, nota-se que a aplicabilidade do direito estudado neste trabalho, o direito de ser esquecido, na sociedade digital, não é uma tarefa das mais fáceis, mas também não é impossível, uma vez que essa garantia faz parte da personalidade das pessoas, tal qual os demais direitos privados, tendo como alicerce a CF/88 e o CC/02, e sendo empregada por meio da sistemática estudada neste tópico, qual seja, a sistemática da ponderação criada por Alexy.

4.2 A resposta a violação do direito ao esquecimento

Tem-se falado até o momento da origem do direito ao esquecimento, do caráter controverso do mesmo, e da sua aplicabilidade no caso concreto. Agora, insta ressaltar ao que acontece depois que tal direito é invocado num caso concreto. Quais medidas estão previstas no ordenamento jurídico para casos assim.

Num primeiro momento, é importante que se tenha em mente o que diz a nossa Constituição Federal. Ela, ao escolher a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e, ainda, elencar no í 2 do artigo 5º que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.", mostra a adoção e utilização de, nas palavras de Souza (2013, p.97) "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

Além do mais, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art.5º, que diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", tem-se que, nem mesmo em virtude de lei, poderá ser excluído de julgamento, pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito.

No âmbito as relações privadas, e voltado mais precisamente às particularidades das ofensas à personalidade humana, o Código Civil de 2002, em seu art.12 corrobora para o pensamento de que, além de ser possível a indenização posterior, em perdas e danos, nos casos de ofensas a direitos da personalidade, não é excluída ferramenta de tutela no momento da violação.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002)

A ofensa aos direitos da personalidade provoca duas consequências no mundo jurídico. A primeira delas é a responsabilização do autor da violação e a segunda diz respeito utilização de medidas apropriadas que façam interromper tal violação. São que se extrai da leitura atenta do art.21 do Código Civil, que diz que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

Em se tratando do direito de ser esquecido, leva-se em consideração os direitos da personalidade ofendidos pela inadequada manutenção de notícias e acontecimentos em que inexista o interesse público, abre-se lugar para a denominada tutela preventiva. Ela trabalha através de mecanismos inibitórios e é uma verdadeira forma de impor um pedido de abstenção ou de uma obrigação positiva, com o objetivo de evitar, fazer parar ou impedir a reincidência da violação ao direito. Diz o art. 497 do nosso Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinar providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (BRASIL, 2015)

Desse modo, a tutela inibitória é um provimento judicial, de caráter antecipatório, isto é, preventivo, que demanda como requisito para a sua utilização, a probabilidade da prática, da repetição ou de continuação de ato ilícito, principalmente em se tratando dos casos de infundadamente exibidos de acontecimentos constrangedores que violam direitos da personalidade. Sobre o uso dessa tutela no caso em que é invocado o direito de ser esquecido, Bezerra Junior (2018, p.185):

Assim, sempre que for possível antever o caráter evidentemente ilícito da conduta do lesante, pode ser antecipadamente adotada a medida judicial ajustada ao caso, para evitar que venha a ocorrer uma injustificada divulgação de fatos pretéritos especialmente gravosos por atingirem a honra, o nome e a privacidade do lesado.

Nesse caso, em face da necessidade de também preservar a liberdade de expressão e de imprensa, e, diante da ausência de uma publicação cujo teor se possa claramente cotejar, a fim de atestar, de plano, a existência do abuso, impõe-se redobrada cautela por parte do julgador, posto que a ilicitude da atividade jornalística não pode ser simplesmente presumida, em face de suposições do autor ou de alegações que não encontrem prova inequívoca de sua verossimilhança.

A despeito da dificuldade natural, principalmente no âmbito do universo digital, de prever e demonstrar, por provas iniciais e suficientes, a iminência de uma ilícita divulgação atentatória ao direito ao esquecimento, não se pode simplesmente concluir pela atual impossibilidade de tal providência, de cunho preventivo, notadamente quando se verifica que, ainda que não seja a regra, determinadas lesões são antecipadamente anunciadas, principalmente para atrair a atenção do público, dos anunciantes, e aumentar as vendas, tal como ocorre com as chamadas e inserções realizadas, com antecedência, para a divulgação de programas de televisão e a propaganda de livros, revistas e periódicos que ainda serão colocados em circulação.

Ademais, tal tutela pode ter seu uso determinado para impedir a continuidade de uma ofensa que esteja se prolongando no tempo, como, por exemplo, nos casos de publicações na rede mundial de computadores que aborda aspectos dolorosos da

vida de alguém. Nessas situações existe a imprescindibilidade de uma aplicação de penalidade a quem viole direitos da personalidade, para que possa fazer parar tal conduta.

Por último, segundo Silva (2014), tem-se os casos que já restam esgotados os efeitos de uma primeira lesão aos direitos da personalidade. Para ele, em situações assim, abre-se o espaço para a aplicação da tutela inibitória com o objetivo de evitar que ocorra a repetição da conduta ilícita, através de publicações novas sobre o mesmo aspecto da personalidade que merece a proteção do direito de ser esquecido.

Até aqui fora visto medidas com o escopo de fazer cessar ou diminuir a ofensa a um direito da personalidade, insta abordar, nesse momento, a providência secundária, qual seja, a compensação dos danos imateriais, que tem o seu espaço de aplicação quando não for possível evitar a lesão e suas consequências. Aliás, não existe obstáculos quanto o uso da tutela inibitória e da compensação dos danos imateriais concomitantemente.

De acordo com Bezerra J unior (2018, p.200):

Verificada uma conduta ilícita, realizada com culpa e aptidão para lesar a esfera intangível dos direitos da personalidade, por meio da injustificada manutenção, republicação de referência pessoal, ou mesmo a vinculação do nome a fato pretérito indesejado e lesivo, deve ser deflagrado o dever de compensar os danos imateriais injustamente suportados.

Os danos imateriais, também denominados de danos não patrimoniais ou danos morais e corresponde ao abalo psíquico, moral, intelectual ou moral sofridas por uma pessoa que tenha algum direito de personalidade seu violado. São destituídos de compreensão econômica imediata.

Na compensação dos danos morais, a associação entre o direito indenizatório e os direitos da personalidade tutelados pelo direito ao esquecimento que estejam sendo violados dá-se de forma indireta, tendo em vista que o cunho patrimonial da compensação, concedida por força do dano, jamais servir como fundamento para alterar o caráter não patrimonial dos direitos da personalidade. Nas palavras de Bezerra J unior (2018, p.201):

Isso ocorre porque, diferentemente do que se verifica com os danos materiais, cuja reparação tem por norte a recomposição de um prejuízo economicamente demonstrado e objetivamente mensurável, tendente a retornar o patrimônio do lesado ao estado em que se encontrava antes do desfalque, o abalo aos direitos da personalidade, por força da natureza intangível dos bens atacados, estaria a reclamar compensação, como forma de minimizar os efeitos deletérios da injusta agressão

A dignidade, leciona Kant (2009), é atributo das coisas que não se possui por si. Desse modo, não se encontra valor pecuniário capaz de substituí-la, mas uma vez ofendida, deve ser atribuída uma consequência jurídica ao ofensor, como forma de diminuir os efeitos da lesão.

Para solucionar a complexa questão de se valorar a indenização em decorrência de ofensas a direitos da personalidade, Carvalho (1999), tratando especificamente de violações causadas pelo exercício indiscriminado da liberdade de informação, estabeleceu três parâmetros de investigação, voltados à compensação dos danos imateriais. São eles:

- a) Poder de difusão do ato ofensor: Em que deve ser examinada a potencialidade de alcance da divulgação, isto é, a capacidade de dano causado pelo meio ofensor do direito. Desse modo, tem-se uma relação de grandezas proporcionais: quanto maior a abrangência e a possibilidade de atingir o público, maior será a indenização devida;
- b) Reprovabilidade da conduta abusiva: Trata-se, nesse caso, da maneira como a violação ao direito da personalidade foi utilizada;
- c) Intensidade da lesão: É a análise do conteúdo publicado, ponderando sobre o maior ou menor grau de potencialidade da ofensa, ou seja, trata-se do exame do grau de interferência do ofensor nas esferas de proteção da vida privada.

Em vista disso, resta claro que é possível obter a proteção ao direito de ser esquecido bem como a indenização nos casos que ocorram a violação do mesmo através do preenchimento dos requisitos acima citados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução tecnológica verificada nos últimos tempos concedeu para a sociedade uma nova forma de comunicação, em que as informações alcançam os usuários da rede com demasiada velocidade. O âmbito virtual tem conquistado lugar de destaque nas relações cotidianas, uma vez que possui grande clareza no manuseio de dados e possibilita aos usuários a máxima aquisição de conhecimento sobre os mais diversos temas.

Por consequência, estabeleceu-se a sociedade digital. Nela, lugar onde as pessoas têm predominantemente se relacionado, caracteriza-se pelo seu grau elevado de capacidade de armazenamento de dados. Por causa disso, a rede mundial de computadores favorece que diversos assuntos ultrapassados da vida privada de alguém possam ser revisitados pelos usuários da rede a qualquer momento, de tal modo que certos acontecimentos já estabelecidos na vida de uma pessoa podem ser rememorados pelos internautas, frustrando o esquecimento natural dos acontecimentos.

Por meio do presente trabalho, procurou-se analisar a viabilidade de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, tendo em vista que a internet tem possibilitado aos indivíduos uma frequente rememoração do passado, e, desse modo, tem havido violações a alguns direitos fundamentais aos seres humanos, tal qual a proteção da memória particular dos indivíduos.

Para firmar a aplicação de tal direito na sociedade digital, tem-se que os direitos da personalidade foram previstos de forma exemplificativa no Código Civil de 2002 e que o direito de ser esquecido é consubstanciado em decorrência do seu caráter fundamental para a existência digna dos indivíduos, uma vez que protege a memória individual, evitando que fatos íntimos e pretéritos voltem a ser explorados, de forma descontextualizada, pelos usuários da internet.

Verificada a evolução do direito de ser esquecido, a sua conceituação e o tratamento dado a ele no ordenamento jurídico, entendendo o direito ao esquecimento como uma proteção da memória individual na sociedade digital. Ademais, foi também asseverado que tal direito não é absoluto, haja vista que a sua aplicação sofrerá restrição para garantir a defesa da memória coletiva, fundamentada na liberdade de informação.

Por causa disso, através o estudo do pensador jurídico Robert Alexy para resolver a questão da colisão de direitos fundamentais, através da técnica da ponderação, concluindo que a aplicação do direito de ser esquecido submete-se ao grau de afetação ou não satisfação do direito fundamental – informação no caso concreto.

Por este motivo, o presente trabalho é dotado de relevância para a sociedade, pelo esclarecimento que dá ao tema do Direito ao Esquecimento, tema recentemente debatido no STF, para que as pessoas tomem conhecimento do assunto e possam tomar as medidas adequadas quando tiverem dados passados de sua vida particular reexpostos na web de forma que sua memória individual seja resguardada do conhecimento de outrem.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: Acesso em: 16 maio 2017.
- ALVES, Nayara et.al. Privacidade: qual sua importância e o que diz a constituição? Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/intimidade/>. Acesso em 12 de Mar de 2021.
- ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; DAMEZIO, Marcela Queiroz de França. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito à informação: ponderação entre direitos fundamentais com a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade. Interfaces Científicas, Aracaju, v. 4, n. 2, p. 79-92, 2016. Disponível em: Acesso em: 22 de março de 2021.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROS, Gabriela da Silva Fernandes de. Direito ao esquecimento na sociedade digital. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/458>. Acesso em 20 de março de 2021.
- BEZERRA JUNIOR, Luis Martins Holanda. Direito ao esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade/ Luis Martins Holanda Bezerra Junior - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei n. 7.210, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Código de processo civil brasileiro. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12 de março de 2021.

BRASIL. Lei do marco civil da internet. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021

BRASIL. Lei de Execu^{ção} Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei Geral de Prote^{ção} de Dados Pessoais. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 23 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 11-02-2021. Dje de 19-02-2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 20 de março de 2021

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil: enunciado nº 531, Brasília, 180 p. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2013-web.pdf/view>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; Direito Constitucional e teoria da constitui^{ção}. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informa^{ção} e liberdade de express^{ão}. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 61, v. III, p. 1229-1253, dez.2001.

DOTTI, Renê Ariel. Prote^{ção} da vida privada e liberdade de informa^{ção}: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERMENTÚO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. Revista Jurídica

Cesumar, *Maringá* v. 6, n. 1, p. 241-266, out. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/issue/view/25>. Acesso em: 11 abr. 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

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, ano 103, v.946, p.77-109, ago. 2014.

MACEDO, Lirida. O direito ao esquecimento e a LGPD. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335739/direito-ao-esquecimento-e-a-lgpd>. Acesso em 27 de março de 2021.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na internet. In: SOUZA et al. *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENEZES, Victor Hugo T. O Caso Google Spain vs. Mario Costeja González. *JusBrasil.com.br*, 2017. Disponível em: <https://victorhugotmenezes.jusbrasil.com.br/artigos/441755309/1-o-caso-google-spain-vs-mario-costeja-gonzalez>, acesso em 12 de Março de 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. *Ajuris*, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 137, 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>. Acesso em: 18 de março de 2021.

NARUTO, Daniel Feitosa. *A polêmica sobre o direito ao esquecimento*. Disponível em: https://danielnaruto.jusbrasil.com.br/artigos/138416770/a-polemica-sobre-o-direito-ao-esquecimento?ref=topic_feed. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
SILVA, Hugo Gregório Hg Mussi. A origem e a evolução dos direitos da personalidade e a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro. *Ética - Encontro Toledo de Início Científica*, Presidente Prudente, v. 12, n. 12, p. 1-25, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETICA/issue/view/81>. Acesso em: 4 de março de 2021.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Sistema protetivo dos direitos da personalidade*. In: _____; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coords.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Abuso do direito nas relações privadas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

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

URABAYEN, Miguel. Vida privada e informação: um conflito permanente. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

Venosa, Sálvio de Salvo Direito civil: parte geral / Sálvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1).