

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PABLO DOMINGUEZ MARTINEZ

A sociedade da informação e a proteção da memória individual:  
estabelecimento de critérios para a ponderação na colisão entre a  
liberdade de informação e o direito ao esquecimento.

Niterói  
2014

PABLO DOMINGUEZ MARTINEZ

A sociedade da informação e a proteção da memória individual:  
estabelecimento de critérios para a ponderação na colisão entre a  
liberdade de informação e o direito ao esquecimento.

Dissertação de mestrado apresentada à  
Universidade Federal Fluminense como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. CÉLIA BARBOSA ABREU.

Niterói

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

### **Ficha catalográfica**

Elaborada pelo Departamento Técnico do Sistema Integrado das Bibliotecas da UFF

Universidade Federal Fluminense. Sistema Integrado de Bibliotecas da UFF

Martinez, Pablo Dominguez.

A sociedade da informação e a proteção da memória individual: estabelecimento de critérios para a ponderação na colisão entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento. / Pablo Dominguez Martinez; orientadora Célia Barbosa Abreu. - Niterói, 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, 2014.

1. Direitos da personalidade. 2. Direito ao esquecimento. 3. Liberdade da informação. 4. Critérios de ponderação. 5. Direito Civil/Constitucional.

**PABLO DOMINGUEZ MARTINEZ**

A sociedade da informação e a proteção da memória individual: estabelecimento de critérios para a ponderação na colisão entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento.

Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovado em:

Data da Defesa: 24 de Março de 2014.

Resultado: \_\_\_\_\_

Banca examinadora

Profa. Dra. CÉLIA BARBOSA ABREU  
Julgamento:

Universidade Federal Fluminense  
Assinatura:

Prof. Dr. EDUARDO MANUEL VAL  
Julgamento:

Universidade Federal Fluminense  
Assinatura:

Prof. Dr. GUILHERME MAGALHÃES MARTINS  
Julgamento:

Universidade Federal do Rio de Janeiro  
Assinatura:

*Somos o resultado de nossas experiências. Assim, dedico esse trabalho a minha família, que, independente do afastamento físico, permanece comigo sempre.*

*Ao meu pai José e irmã Laura, por todos os momentos vividos, fundamentais em minha existência.*

*E, por fim, à minha mãe, Rosa: alicerce, fundamento, fonte de ensinamento, força, amor, carinho, dedicação e altruísmo. Em síntese, meu exemplo.*

## AGRADECIMENTOS

A caminhada até a elaboração desta obra não se restringe aos últimos dois anos de minha vida dentro do Programa de Pós-Graduação de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Não seria justo ignorar outros fatores e pessoas que contribuíram de forma substancial à realização deste marco em minha vida.

Primeiramente, preciso agradecer aos meus familiares, pela força e suporte durante toda minha vida nos momentos felizes e naqueles mais difíceis.

Posso dizer que sou um afortunado. Costuma-se dizer que se pode medir a riqueza de um homem não pelos bens materiais que acumula em sua vida, mas pelas amizades verdadeiras que possui e cultiva. Neste sentido, sinto-me um milionário. Impossível reverenciar e citar todos os grandes amigos e pessoas especiais que tive contato no breve tempo de minha existência neste planeta, mas independente de contato diário ou presença física, sempre estarão comigo. São pessoas que por situações vividas e, principalmente, por conexões, são indivíduos únicos que nunca serão esquecidos, independente à ação do tempo.

No entanto, algumas pessoas merecem destaque. Assim, agradeço especialmente aos amigos Vitor Penno Reis e Lincoln Francisco de Oliveira Castro pela amizade incondicional forjada em anos de companheirismo. Parafraseando Gabriel “O Pensador” na música “Tô contigo e não abro”, vocês são minha extensão familiar, os irmãos que não tive, “podem não ser de sangue, mas são de coração”.

Cabe ainda lembrar algumas pessoas que estiverem presente em minha formação no mundo do Direito, dentre eles os amigos dos tempos de Graduação na Universidade Cândido Mendes, Luciana Potiguar e Jaime Guimarães, e, na vida profissional da advocacia, Ismael Estefan e Fabrício Moreno, que possuem o mágico poder de transformar meses de ausência em apenas segundos após momentos de conversa, como se o tempo sequer tivesse passado.

À minha professora Célia Barbosa Abreu rendo uma reverência. Além de excelente docente, atualizada e cuidadosa, trata-se de pessoa simples, acessível, aberta ao diálogo. Em cada dia de convívio aprende-se um ensinamento jurídico ou de humildade. Sabe com seu jeito doce extrair o melhor de seus alunos, dando liberdade, porém sem perder totalmente o controle, uma professora por vocação. Sem dúvida a pessoa com quem mais aprendi no Mestrado, como discente ou como docente, sob sua supervisão no estágio probatório nas aulas de Direito Civil ministradas na Universidade Federal Fluminense. Enfim, faço um enorme agradecimento pelos seus ensinamentos, conselhos valiosos e auxílio na elaboração desta

pesquisa. Suas ponderações sempre certeiras, indo ao cerne do problema, incutiram em mim um interesse ainda maior pela investigação. Mais que uma professora, já a considero uma amiga.

Agradeço também a todos os professores que passaram pela minha vida, e em especial ao quadro docente da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, todos eles representados na extraordinária pessoa de Eduardo Manuel Val, verdadeiro exemplo de dedicação e vocação no cuidado com a docência.

Ademais, preciso agradecer às novas amigadas que adquiri no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense, pessoas que contribuíram com experiências de vida, conhecimento jurídico e fraternidade enfrentando a árdua tarefa de conciliar estudos, trabalhos, apresentações, dissertação e vida pessoal tornando tudo muito mais agradável e leve. Impossível não citar pessoas fundamentais, tais como Fernando Reis, Eric Barracho, Emerson Moura, Gabriel Borges, Alessandro Martins, Fabrícia Bittencourt, Roberta Moura, Renata Barbosa, Alex Mendonça, André, Paulo Roberto e Tertuliano.

Tenho que agradecer também à “Familia Progem” pela paciência e carinho que me foram dispensados. Espaço para concentração na dissertação, tolerância nas alterações de humor, ajuda nas revisões de trabalhos, ambiente alegre e leve, enfim, uma verdadeira mobilização de grandes amigos que foi essencial para a conclusão desta obra. Necessário, assim, agradecer, em especial, aos integrantes do núcleo forte desta família: Bruno Glória, Bruno Chatack, Eduardo Pacheco, Vitor Penno Reis e meu revisor particular, Jorge Rodrigues, a quem por tantas vezes abusei de sua boa vontade e paciência, debatendo ideias, pensamentos e soluções.

Deixo por último um agradecimento singular à Aline Borges da Silva, pelos momentos de carinho, paciência, companheirismo, abdicção, auxílio, força, incentivo, alegrias e superação. Seu auxílio foi, em singelas palavras, tudo, absolutamente fundamental.

Muito obrigado!

Eu vejo o futuro repetir o passado  
Eu vejo um museu de grandes novidades  
O tempo não pára.  
(Cazuza)

\*\*\*\*\*

Sob a história, a memória e o esquecimento.  
Sob a memória e o esquecimento, a vida.  
Mas escrever a vida é outra história.  
Inacabamento.  
(Paul Ricoeur)



## RESUMO

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **A sociedade da informação e a proteção da memória individual: estabelecimento de critérios para a ponderação na colisão entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento.** 2014. 170 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

O avanço tecnológico ocorrido nos últimos quarenta anos propiciou uma revolução na vida humana. A facilidade na comunicação, a capacidade de armazenamento, a agilidade da pesquisa e a divulgação de dados são todos inegáveis avanços nesta nova sociedade da informação. Apesar das inúmeras vantagens propiciadas pela *internet*, não se pode abstrair que tudo que é colocado na grande rede não se perde, nem apaga. Se por um lado o ser humano enfim rompeu sua barreira física de armazenamento de todo e qualquer dado que se produza, tal avanço também representa um grave problema, pois fatos que podem ser negativos e violadores da dignidade humana podem vir à tona a qualquer momento, expondo o indivíduo a uma situação já então esquecida, mesmo sem a existência de interesse público na divulgação da informação, em razão de sua evidente falta de utilidade e atualidade. Assim, o intérprete deverá sopesar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de modo a preservar os interesses do indivíduo e da sociedade. Dessa forma, o direito ao esquecimento é um mecanismo de proteção, uma barreira, que condiciona a recordação da informação em função de um efetivo interesse público em sua divulgação, por meio de sua utilidade e atualidade. Sem a existência de tais requisitos, deve-se preservar a pessoa e, em especial, sua memória individual, que em realidade, trata-se de um novo direito da personalidade, inerente à condição de ser humano. O exame do direito ao esquecimento é fundamental para que se possa delimitá-lo, verificar sua autonomia, fundamentos éticos, jurídicos, verificar seu âmbito de aplicação, propiciando, portanto, ferramentas que auxiliem o intérprete na ponderação entre o interesse na divulgação da informação e a proteção da memória individual, aspecto fundamental da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Direitos da Personalidade. Sociedade da Informação. Direito ao Esquecimento. Critérios de Ponderação.

## ABSTRACT

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **The information society and the protection of individual memory: establishing beacons for consideration in the collision between freedom of information and right to oblivion.** 2014. 170 f. Thesis (Master) – Law School, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

The technological development of the past forty years brought a revolution in human life. The ease communication, storage capacity, agility research and dissemination of data are all undeniable advances in this new information society. Despite the several advantages offered by the implementation of the internet, the fact that can't be forgotten is that everything placed in the large network is not lost, doesn't fade. By one hand the human being finally broke their physical barrier storage of any data that is produced, but this advance also represents a serious problem, because maybe facts that are negative and violators of human dignity may be recall at any time, exposing the individual to a situation already then forgotten , even without the existence of a clear public interest in disclosing the information, due to their obvious lack of usefulness and timeliness. Therefore, the intérpreter must weigh the fundamental rights sculptured in order to preserve the interests of the individual and the society. Thus, the right to be forgotten is a protective mechanism, a barrier that limits the recall of information depending on an effective public interest in disclosure, by their usefulness and relevance. Without the existence of such requirements, it should preserve the person and, in particular, their individual memory, which in reality it's a new personality rights, inherent in the human condition. The examination of the right to be forgotten is essential so you can limit it, verify its autonomy, ethical, legal, check its field of application therefore providing tools to assist the intérpreter in weighing the interest in disseminating information and protection of individual memory, fundamental aspect of human dignity.

**Keywords:** Human Dignity. Personality Rights. Information Society. Right to Oblivion. Balancing.

## RESUMEN

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **La sociedad de la información y la protección de la memoria individual: el establecimiento de criterios para la consideración en la colisión entre la libertad de información y el derecho al olvido.** 2014. 170 f. Tesis (Master) - Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense, Niterói, 2014.

El desarrollo tecnológico de los últimos cuarenta años supuso una revolución en los asuntos humanos. La facilidad de comunicación, el aumento de la capacidad de almacenamiento, la facilidad de investigación y la difusión de datos son todos innegables avances en esta nueva sociedad de la información. En que pese las numerosas ventajas que ofrece *Internet*, no se puede ignorar que todo lo que se ponga en la gran red no se pierde ni se elimina. Si por un lado el ser humano finalmente rompió su barrera de almacenamiento físico de los datos que se producen, esta medida también representa un serio problema, porque los hechos negativos y violadores de la dignidad humana pueden presentarse en cualquier momento y exponer al individuo a una situación ya olvidada, incluso sin la existencia de interés público en la divulgación de la información, debido a su falta de utilidad y oportunidad. De este modo, el intérprete debe sopesar los derechos fundamentales esculpidos con el fin de preservar los intereses del individuo y de la sociedad. Así, el derecho al olvidado es un mecanismo de protección, una barrera que limita el recuerdo de la información em función de un interés público en la divulgación efectiva, mediante su utilidad y pertinencia. Sin la existencia de tales requisitos, se debe preservar la persona y, en particular, su memoria individual, que en realidad se trata de un nuevo derecho de la personalidad, inherente a la condición humana. El examen del derecho al olvido es esencial para que pueda limitarlo, comprobar su autonomía, estudiar sus fundamentos éticos y legales, comprobar su alcance, lo que proporciona herramientas que ayudan al intérprete al sopesar el interés en la difusión de información y protección de la memoria individual, aspecto fundamental de la dignidad humana.

**Palabras clave:** Dignidad Humana. Derechos de la personalidad. Sociedad de la Información. Derecho al Olvido. Criterios de ponderación.

**LISTA DE ABERTURAS E SIGLAS**

CFRB	–	Constituição Federal da República Brasileira
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	–	Agravo de Instrumento
EC	–	Emenda Constitucional
MS	–	Mandado de Segurança
PL	–	Projeto de Lei
PLS	–	Projeto de Lei do Senado
RE	–	Recurso Extraordinário
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJ	–	Tribunal de Justiça
TJRJ	–	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	–	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF	–	Tribunal Regional Federal
TRT	–	Tribunal Regional do Trabalho
<i>Internet</i>	–	<i>Inter Communication Network</i>
Art.	–	Artigo
Inc.	–	Inciso
L.	–	Lei
Rel.	–	Relator
Câm.	–	Câmara
T.	–	Turma
Des.	–	Desembargador
Cit.	–	Citado
Ed.	–	Edição
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
HD	–	<i>Habeas data</i>

Al.	–	Alínea
Ac.	–	Acórdão
Min.	–	Ministro
Nº	–	Número
p.	–	Página
par.	–	Parágrafo
Par. Ún.	–	Parágrafo Único
p. ex.	–	Por exemplo
Rev.	–	Revista

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	20
1.1 – Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade.....	21
1.2 – Reconhecimento e positivação dos direitos da personalidade.....	30
1.3 – Conceito dos direitos da personalidade.....	33
1.4 – Características dos direitos da personalidade.....	35
1.5 – A previsão Constitucional e legal dos direitos da personalidade.....	39
1.6 – O aspecto “moral” dos direitos da personalidade.....	40
1.6.1 – Honra.....	41
1.6.2 – Imagem.....	43
1.6.3 – Nome.....	46
1.6.4 – Privacidade.....	50
2 – O ESQUECIMENTO.....	55
2.1 – Necessidade biológica: o esquecimento como regra.....	58
2.2 – Esquecimento x Memória social (aspecto público).....	66
2.3 – Esquecimento x Memória Individual (aspecto privado).....	76
2.3.1 – Definição de direito ao esquecimento.....	76
2.3.2 – A autonomia do direito ao esquecimento e seu fundamento.....	78
2.3.3 – Casos célebres de direito ao esquecimento pelo mundo.....	83
3 – A REGULAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: EXPERIÊNCIA COMPARADA E PROJETO NACIONAL.....	87
3.1 – A aplicação legal no Brasil.....	88
3.2 – <i>Habeas data</i> e a lei de acesso à informação.....	96
3.3 – A Experiência estrangeira.....	102
3.3.1 – A lei de proteção de dados na Espanha e o regramento europeu.....	103
3.3.2 – O sistema americano e a influência do regramento europeu.....	112
3.4 – Projeto de lei brasileiro (Marco Civil da <i>internet</i> ).....	114
4 – DIREITO AO ESQUECIMENTO: CRITÉRIOS PARA SUA APLICAÇÃO.....	121
4.1 – O conflito da liberdade de expressão e informação x a proteção/controlado de dados fundados no direito ao esquecimento.....	121
4.2 – A jurisprudência brasileira e a aplicação do direito ao esquecimento.....	126
4.3 – Sugestões para a resolução do conflito entre liberdade de informação e o direito ao esquecimento.....	128
4.3.1 – Critérios atuais e insuficientes utilizados na ponderação.....	129
4.3.1.1 – Pessoa pública.....	129
4.3.1.2 – Local público.....	132
4.3.1.3 – Ocorrência de um crime.....	135
4.3.1.4 – Evento histórico.....	136
4.3.2 – Novos critérios para a ponderação.....	138
4.3.2.1 – Domínio público.....	140

4.3.2.2 – Necessidade de preservação do contexto original da informação pretérita.....	141
4.3.2.3 – Possibilidade de preservação dos direitos da personalidade na rememoração.....	144
4.3.2.4 – Existência de utilidade na informação.....	146
4.3.2.4.1 – Efetivo interesse público e curiosidade pública.....	146
4.3.2.4.2 – Casos de “efetivo” interesse público.....	151
4.3.2.5 – Atualidade da informação.....	153
4.3.2.5.1 – A informação possui vida útil?.....	155
4.3.2.5.2 – Como estabelecer critérios para utilização de informações pretéritas.....	158
 CONCLUSÃO.....	 167
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 172

## INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica nos últimos quarenta anos, transformou a realidade mundial. A facilidade de comunicação, a inserção no mercado de computadores pessoais, a popularização de dispositivos eletrônicos de última geração cada vez menores e com maior capacidade de armazenamento de dados, telefones celulares, smartphones, *internet*<sup>1</sup>, enfim, houve uma verdadeira modificação na vida da sociedade global, que possibilitou trocas de experiências, culturas, informações, auxiliando a comunicação e viabilizando pesquisas, de caráter científico ou para mero divertimento pessoal.

Ocorre que, a despeito das incontáveis vantagens decorrentes da facilitação da informação e de seu amplo acesso a qualquer usuário, a grande rede também permite a excessiva exposição dos indivíduos, possibilitando, inclusive, que situações pretéritas e já consolidadas no “mundo real” possam ser rememoradas, atingindo, assim, como corolário, os personagens envolvidos nesses eventos passados.

Apesar dos avanços com relação à velocidade, armazenamento e acesso, questões como segurança e proteção individual não caminharam no mesmo sentido, pelo menos até a presente data não receberam o devido tratamento Estatal. Por meio da *internet* é possível que se encontrem dados de caráter pessoal, sem qualquer tipo de controle satisfatório.

Neste momento surge o confronto entre direitos fundamentais chancelados pela Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), quais sejam: o direito à liberdade de expressão e informação em contraposição ao direito ao esquecimento, que busca a proteção da memória individual, como um dos aspectos mais intrínsecos do ser humano, caracterizando-se como direito da personalidade, que busca seu fundamento de existência diretamente na cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, no primeiro capítulo desta pesquisa será examinada a evolução e consolidação da ideia de “dignidade da pessoa humana”, como valor axiológico que irradia seus efeitos para todo o ordenamento constitucional nacional. Ao estabelecer a caracterização do conceito de pessoa, passa-se à análise das características fundamentais da formação do indivíduo, abordando os direitos da personalidade, com estudo de seu fundamento, características, sua previsão legal e seus direitos já reconhecidos.

---

<sup>1</sup> *Internet – Inter Communication Network* - é uma rede internacional de computadores que se comunicam entre si por meio de uma linguagem informática, o *Transport Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP), enviando pacotes de informação de que fazem parte os endereços IP do remetente e destinatário.



Acontece que não existe um conceito completo e fechado sobre os direitos da personalidade, tendo em vista que se relacionam com a essência do ser humano, que está em constante evolução e ampliação, possibilitando a descoberta e configuração de novos direitos. Portanto, os direitos da personalidade ultrapassam e transcendem o direito positivado, não podendo ser taxados ou limitados. Este trabalho possui como escopo, justamente, examinar o nascimento de um novo direito da personalidade, qual seja, o direito ao esquecimento, que tem como bem jurídico a ser protegido a memória individual.

A sociedade sofreu profundas modificações nas últimas quatro décadas, convivendo com a presença cada vez mais impactante das tecnologias da informação, fazendo com que o Direito tenha que se adaptar às novas formas de violação dos direitos da personalidade, exigindo a configuração de novos mecanismos de proteção.

Ao seu tempo, a proteção da honra já englobou o direito de imagem. Com posteriores estudos e sistematizações, verificou-se a emancipação do direito à imagem, hoje encarado como figura autônoma. Da mesma maneira com que o direito à imagem adquiriu sua autonomia, nota-se o nascimento e individualização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento, que se caracteriza como uma limitação temporal para a utilização de dados pretéritos em função da falta de utilidade e atualidade de uma informação.

Para demonstrar a existência de um singular campo de proteção (memória individual), ainda no primeiro capítulo será realizada uma breve análise de cada um dos direitos da personalidade hoje reconhecidos pelo Direito brasileiro, quais sejam: o nome, a imagem, a honra e a privacidade, demonstrando-se que o bem jurídico tutelado pelo direito ao esquecimento é diverso e merece autonomia.

A memória, bem jurídico protegido pelo direito ao esquecimento, é o foco da pesquisa no segundo capítulo. Será tratado o processo pelo qual se dá a acumulação de lembranças e como funciona o cérebro no ato de rememoração. Também será verificado que a capacidade da memória humana é limitada e sua capacidade de retenção de dados é proporcional ao interesse que se dá a informação, por meio da seletividade e do foco. No entanto, a *internet*, ignorando a limitação humana, não permite atualmente a exclusão de qualquer dado que lá tenha sido inserido, inviabilizando-se o esquecimento que é mecanismo essencial de superação do passado com vistas ao futuro.

Após o estudo biológico da memória, passa-se a sua importância no contexto social, ou seja, na forma de preservação de dados relevantes e essenciais à coletividade. Observa-se, então, nas lições de Halbwachs, que a memória coletiva é formada pelo somatório da memória individual de seus membros, que só se manterá forte e coesa se forem importantes e

necessárias para todos. Se um membro deseja esquecer, o interesse pela informação passa a perder força e legitimidade.<sup>2</sup>

Assim, do mesmo modo que a memória coletiva merece tutela jurídica por parte do Estado, consubstanciada pela liberdade de informação e expressão, a memória individual também merece, por meio do direito ao esquecimento. No intuito de sua melhor caracterização, o segundo capítulo trará ainda a definição de direito ao esquecimento, analisando seus fundamentos e atributos diferenciadores, demonstrando-se a sua aplicação em casos célebres na experiência estrangeira.

O terceiro capítulo da pesquisa demonstrará que, embora não se fale diretamente em direito ao esquecimento, toda e qualquer questão que limite a informação em razão do decurso de tempo é uma forma de sua manifestação. A legislação criminal será analisada de forma mais detida, em função da influência que teve no fortalecimento da ideia de esquecimento, por meio, principalmente, da reabilitação. Apesar disto, se comprovará a existência do direito ao esquecimento não se restringindo à seara criminal.

No intuito a dar aplicabilidade à proteção das informações, será abordado o estudo do *habeas data*, tecendo as devidas críticas atuais ao instituto, em razão de seus aspectos formais e materiais, que impossibilitam a aplicação do direito ao esquecimento. Deve-se guardar ainda especial atenção ao tratamento estrangeiro sobre o direito ao esquecimento que vem sendo discutido nos tribunais europeus, principalmente no que tange à responsabilidade dos motores de pesquisa e quanto à previsão expressa de um direito ao esquecimento nos termos da reforma da Diretiva nº 95/46/CE que regula a proteção de dados União Europeia. Após tais análises, passa-se ao exame do projeto do “Marco Civil da *Internet*”, que pretende disciplinar o tema em território nacional.

O capítulo final desta obra estudará a forma de solucionar o embate entre princípios de mesmo *status* constitucional (ponderação), atentando para os critérios utilizados na jurisprudência nacional na configuração do direito ao esquecimento.

Observa-se que as balizas utilizadas para solucionar o conflito entre liberdade de informação e a proteção da memória individual não são satisfatórias, não alcançam a complexidade do tema, privilegiando-se, de forma genérica, a ampla divulgação de dados pretéritos, sem um devido aprofundamento dos temas envolvidos, notadamente levando-se em consideração que a memória individual é a emanção da condição humana.

---

<sup>2</sup> HALBWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004, *passim*.

Verifica-se que a jurisprudência não tem ainda um padrão no intuito de sistematizar a configuração do direito ao esquecimento. Na atualidade o exame do caso concreto se dá por meio de “bom senso”, “razoabilidade” ou inclinações pessoais, que podem privilegiar o amplo acesso à informação, bem como salvaguardar o indivíduo.

O fato é que o tema é extremamente complexo e denso, com aplicação prática e de repercussões drásticas na sociedade e em sua maneira de lidar com seu passado, seus dados históricos, seus costumes e a sua forma de construir o presente, buscando uma sociedade livre e plural, que possua acesso à informação, mas que não se transforme em mecanismo de opressão às individualidades, em especial à memória individual.

Assim, o simples fato de pesquisar questões contemporâneas, incipientes e novas, que ainda não possuem sistematização, transforma o estudo em ato de ousadia. Não se pretende aqui estabelecer critérios únicos, definitivos e vinculativos. Em realidade, busca-se analisar o surgimento de um novo direito da personalidade, demonstrar sua autonomia, para, a partir de então, sugerir critérios que auxiliem a busca pela harmonização entre o necessário acesso à informação, sem a violação da essencial memória individual.

A dificuldade do tema pode ser atestada pela absoluta escassez doutrinária no Brasil. Apesar de ser defendido por pesquisadores e pensadores do direito, o direito ao esquecimento ainda não recebeu o devido tratamento que merece, não existindo qualquer obra específica na literatura nacional sobre o tema.

Diante da jurisprudência pátria, pode-se observar que os critérios atuais que vem sendo utilizados na tentativa de solucionar a colisão entre direito de informar e a proteção da memória individual são insuficientes e incompletos. Os principais critérios (pessoa pública; local público; fato criminoso e fato histórico) são aplicados de forma independente e atécnica, sem qualquer apoio senão no bom senso e razoabilidade do julgador na resolução do caso concreto.

Nesse passo, em virtude do seu caráter de originalidade, ainda não há critérios específicos na jurisprudência sobre o direito ao esquecimento. Portanto, esta obra visa ajustar os parâmetros já utilizados pelas Cortes nacionais no cotejo entre a liberdade de informação e os outros direitos da personalidade (nome, imagem, honra e privacidade), bem como propor novas balizas, de forma organizada e condicionante.

Esclareça-se que não há qualquer confusão entre o direito ao esquecimento e os demais direitos da personalidade, já que aquele possui objeto jurídico de proteção próprio, qual seja, a memória individual. Buscou-se apenas ajustar alguns critérios já utilizados, adaptando-os ao direito ao esquecimento. Assim, quando se utilizar como base um exemplo

que proteja o nome, a imagem, a honra e a privacidade, deve-se ter em mente que o direito ao esquecimento não protege e impede a divulgação de fatos presentes, mas é um escudo de proteção ao rememoração de fatos pretéritos.

Desta forma, o exame proporá a sistematização de cinco novos critérios, que devem ser analisados de forma condicionante. Para que a divulgação da informação pretérita seja justa e lícita, deverá ultrapassar todos os requisitos propostos, caso contrário, deve-se privilegiar a memória individual.

Em razão da inexistência do caráter absoluto de qualquer direito ou princípio, em algumas ocasiões o direito ao esquecimento cederá em razão do interesse da coletividade pela divulgação da informação. Para que se possa conferir maior segurança, o estudo se propõe a sugerir alguns critérios que operariam como um filtro, como condicionantes que, caso superados, justificariam a disponibilização da informação e a liberdade de expressão.

Saliente-se que a utilização dos parâmetros propostos, não impede em qualquer medida o avanço e implementação legal do instituto, pelo contrário, confere-lhe força em razão de sua sistematização, propiciando-se maior segurança jurídica na resolução dos conflitos.

O estudo propôs-se, ainda, a abordar outras questões que tangenciam o direito ao esquecimento e que não podem deixar de ser ventiladas, tais como a criação de agência reguladora na tentativa de conferir maior segurança e agilidade na retirada de informações pretéritas e lesivas, a discussão acerca da responsabilidade dos motores de busca, o momento inicial para indenização (momento em que a informação lícita passa a ser reconhecida como ilícita), bem como analisar o projeto de reforma da Diretiva nº 95/46 que prevê o direito ao esquecimento como reconhecido na ordem jurídica europeia.

Existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.

Adriano de Cupis

## 1 – A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito é um termo polissêmico, podendo ser analisado por várias perspectivas (como norma, fenômeno histórico, como fins e valores a serem realizados, dentre outros), apresentando-se como um conjunto de princípios e normas que têm como objetivo disciplinar e organizar a vida em sociedade, resolvendo os conflitos de interesses e promovendo a Justiça.<sup>3</sup>

Em realidade, a sistematização de uma ordem jurídica possui como função primordial, prévia e condicionante, a tutela do ser humano. Não obstante as discussões filosóficas acerca do direito natural ou positivo, o fato é que o objetivo do Direito é permitir a vida em sociedade.

Ocorre que o reconhecimento da ideia de personalidade foi uma dura conquista da evolução humana<sup>4</sup> e está intimamente conectada ao conceito de pessoa. Primeiramente, a definição de pessoa vinculou-se a uma aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações<sup>5</sup>. Esta é a concepção clássica de personalidade, que como se demonstrará em momento oportuno, foi superada por uma visão contemporânea de personalidade como corolário da ideia de dignidade da pessoa humana como valor, que merece uma tutela diferenciada em função de seus atributos.

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: volume 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1/6 p.

<sup>4</sup> “No Direito Romano o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de objeto, e não de seu sujeito. Enquanto durou a instituição da escravidão, e onde ainda subsiste, na Idade Moderna, a situação jurídica do que a ela é submetido importa em permanente e inegável inferioridade, não obstante os esforços contrários dos espíritos bem formados”. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 213 p.

<sup>5</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 1º: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Assim, passa-se ao estudo da evolução e conceituação de “dignidade da pessoa humana” e, a partir de seu reconhecimento como base axiológica do sistema jurídico nacional, o exame abordará os aspectos definidores e essências do ser humano, quais sejam, os direitos da personalidade. Tais elementos serão fundamentais para a caracterização e definição do surgimento de um novo direito da personalidade, o direito ao esquecimento.

### 1.1 – Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade

O trabalho tem por objetivo estudar o surgimento do direito ao esquecimento como figura nova e autônoma dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, direitos mais ínsitos e essenciais do ser humano, buscam seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

No intuito de demonstrar a relação direta entre os direitos da personalidade e o seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, será examinada a evolução, consolidação e aceitabilidade da ideia de dignidade<sup>6</sup>, que é um dos conceitos com um maior consenso ético no mundo ocidental<sup>7</sup>, constante em diversos documentos internacionais, constituições nacionais, leis e decisões judiciais, permeando, desta forma, discursos nos mais diversos âmbitos dos direitos.

Pode-se dizer, em realidade, que a dignidade da pessoa humana é um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo, reconhecendo o valor de essencialidade do ser humano.<sup>8</sup>

Ocorre que, em termos práticos, delimitar o conteúdo do conceito de dignidade humana é extremamente complexo, pois, enquanto conceito jurídico indeterminado, pode funcionar como um espelho no qual cada indivíduo projeta os seus próprios valores,

---

<sup>6</sup> Independente de vozes em contrário, que dispensam a utilidade da abordagem de evolução histórica de institutos já consolidados na sociedade, para a presente pesquisa tal análise (evolução da ideia de dignidade humana e delimitação dos direitos da personalidade) é fundamental, já que pretende averiguar o surgimento de novo direito essencial à condição humana, qual seja, o direito ao esquecimento. Vide: OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <<http://share.pdfonline.com/b32a388b728d4d5ba6ab5b654fb2e81d/Hamurabi%20Luciano%20Oliveira-1.htm>> Acesso em: 19/12/2013, às 20:13.

<sup>7</sup> “Observe-se, a propósito, que todos os 171 países que participaram da Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, subscreveram a respectiva declaração, que sublinha o valor da dignidade humana e a importância da sua proteção.” Vide: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 61 p.

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 103 p.

possibilitando a sua representação por meio de significados ambíguos. Assim, tanto a liberdade da informação, quanto a proteção da liberdade individual, bem como do direito ao esquecimento, podem ter seus discursos fundamentados na dignidade humana.

A história da dignidade humana remonta à Roma antiga, atravessando a Idade Média e chegando até o surgimento do Estado Liberal. Antigamente, a dignidade humana era um conceito intimamente ligado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou a proeminência de determinadas instituições. A dignidade, neste contexto, era equivalente à nobreza. E até o final do século XVIII, a dignidade humana ainda não estava relacionada com os direitos humanos.<sup>9</sup>

Em seu sentido pré-moderno, a dignidade partia de um pressuposto de sociedade sujeita a uma hierarquia social, na qual a desigualdade entre diferentes categorias de indivíduos era parte constitutiva das construções institucionais.<sup>10</sup>

A dignidade humana, como hoje compreendida, tem sua origem na filosofia, onde pensadores inovadores construíram ideias como o antropocentrismo, focado no valor intrínseco de cada pessoa e na capacidade individual desse indivíduo de ter acesso à razão, com liberdade para fazer escolhas morais e determinar o seu próprio destino. Assim, a dignidade humana tem sua gênese na ética e na filosofia moral. E, por isso, assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.

É a partir deste reconhecimento, que se considera a dignidade humana como um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. Importante não perder de vista que o ser humano precede ao Direito e ao Estado, que apenas se justificam em razão dele e de seus interesses. Assim, o ser humano deve sempre ser considerado a fonte, ou nas palavras de Reale, como valor-fonte do ordenamento jurídico.<sup>11</sup>

Reconhecendo esta natureza da dignidade humana enquanto valor, Barroso sustenta que a ideia da dignidade humana como meta política foi incorporada aos discursos políticos pelas potências vencedoras, no período pós Segunda Guerra Mundial.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 13 p.

<sup>10</sup> Ibidem. 14 p.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. 60/63 p.

<sup>12</sup> Interessante observar que a instauração e elevação da dignidade como fundamento de todo o ordenamento nacional com a previsão da dignidade humana na Constituição da República de 1988, após um longo período de ditadura não é exclusividade brasileira: “Vale observar que essa sincronia entre a instauração de uma nova ordem política democrática e a consagração máxima do princípio da dignidade da pessoa humana ocorreu também na Alemanha, na Espanha e em Portugal. Nestes três países, as Constituições surgidas após o ocaso de

Neste contexto, como ensina Barroso, é que exsurge a constatação da dupla dimensão da dignidade humana, sendo uma interna e outra externa. Nas suas palavras:

Não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações.<sup>13</sup>

A proteção e promoção da dignidade humana passaram por momentos diferentes, uma vez que as suas metas e valores, num primeiro momento, eram considerados apenas como tarefas exclusivas dos poderes políticos do Estado, afetos à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Em um segundo momento, essas metas e valores morais foram migrando para o campo do Direito, como decorrência da consagração da dignidade humana em diversos documentos e tratados internacionais e constituições nacionais.

Definir o conceito da dignidade humana é essencial, pois é a partir de sua caracterização que se poderá definir, de forma clara, a sua finalidade e o seu alcance. A ideia de dignidade humana possui um caráter multifacetado, pois está presente em diversas áreas, como a religião, filosofia, a política e o direito. Destaca, ainda, que há um consenso, considerado razoável, de que a dignidade humana constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não prevista de forma expressa nas suas constituições.<sup>14</sup>

A captação da essência deste princípio em palavras é difícil. Tal fluidez, no entanto, não lhe retira importância, mas enriquece-o, possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que, dificilmente, poderiam ser previstas *a priori* pelo constituinte.<sup>15</sup>

Para Barroso, a dignidade humana não pode ser considerada de forma absoluta, já que nenhum valor possui tal caráter ilimitado. Embora seja razoável o argumento de que a dignidade humana, muitas das vezes, irá ser o valor prevalecente em determinada situação, não se pode afirmar ou considerar esse valor como sendo absoluto, pois, em algumas situações, poderá ceder espaço a outro valor. A dignidade humana é, portanto, um valor fundamental, mas nem por isso absoluto.<sup>16</sup>

---

regimes totalitários – nazismo na Alemanha, franquismo na Espanha e salazarismo em Portugal – proclamaram como fundamento da ordem constitucional o princípio em questão” Vide: SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 58 p.

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. 61/62 p.

<sup>14</sup> Ibidem. 63 p.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 58 p.

<sup>16</sup> Exemplo desta situação é a privação da liberdade de ir e vir, que, após o devido processo legal e concedida a possibilidade ampla de defesa, determina a prisão do acusado. Neste caso, o encarceramento, apesar de afrontar à



Neste particular, Sarmiento diverge deste posicionamento, pois afirma, enfaticamente, não admitir qualquer relativização em relação à dignidade humana, em razão de sua matriz axiológica, funcionando como objetivo de todo o sistema. Assim:

É certo que, sob certas condições, a ponderação pode importar em restrição ou afastamento de direitos fundamentais, para a tutela de bens coletivos de estatura constitucional. Porém, tomando-se como premissa uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva do homem, esta restrição, por si só, não bastará para caracterizar lesão à dignidade da pessoa humana.

Assim, reiteramos o nosso entendimento de que nenhuma ponderação pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem.<sup>17</sup>

Segundo este entendimento, então, ao sopesar os princípios na análise do caso concreto, o julgador deve ter como norte a busca do mínimo sacrifício da dignidade da pessoa humana. Logo, não se poderia inferir um caráter absoluto para este valor.

Assim, em geral, os valores, sejam eles políticos ou morais, ingressam no mundo jurídico como princípios.<sup>18</sup> Dessa forma, a melhor maneira de se classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional, e não como um mero direito autônomo.<sup>19</sup>

Analisando as principais diferenças entre as regras e os princípios, Barcellos leciona que as regras são normas que tem por objetivo a produção dos efeitos já definidos e delimitados em seu comando, e estes efeitos são aplicáveis a um conjunto de situações que pode ser previamente identificado, tendo por base apenas, o dispositivo normativo. Já os princípios, por sua vez, possuem três tipos de eficácia: a eficácia interpretativa, a negativa e a

---

dignidade humana, é justificável e cede em razão do interesse público. Vide: BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. 60/65 p.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 76 p.

<sup>18</sup> A concepção aqui abordada é a dominante na Teoria do Direito sistematizada por Dworkin. Assim, as regras são aplicadas por meio da subsunção ao fato concreto, sendo válida ou inválida na modalidade do “tudo ou nada”. Por outro lado, os princípios funcionam de forma distinta, já que não apresentam consequências jurídicas automáticas, possuindo uma “dimensão de peso” e será necessária a análise do caso concreto para atribuir uma importância específica a cada um dos princípios em confronto. Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 39/40.

Seguindo a cisão entre princípios e regras elaborada por Dworkin, Alexy desenvolveu sua “teoria dos direitos fundamentais” conferindo aos princípios uma função de “mandado de otimização”. Enquanto o conflito de regras se resolverá pela introdução de uma cláusula de exceção (regra especial em detrimento da geral), o conflito entre os princípios não se resolve no campo da validade, mas sim na dimensão de peso (sujeitos à ponderação e à proporcionalidade) e a prevalência de um ou outro princípio dependerá do quadro fático. Vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 85/110 p.

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. 64 p.

vedativa do retrocesso, sendo esta ainda não consolidada inteiramente na doutrina e na prática jurisprudencial.<sup>20</sup>

Pode-se dizer que a dignidade humana, enquanto valor fundamental, possui dupla função: atuar como justificação moral e como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Assim, o primeiro papel fundamental da dignidade humana é atuar, enquanto princípio, como uma fonte de direitos e deveres, incluindo os direitos não expressamente enumerados. Sua função é a interpretativa, ou seja, a dignidade humana irá informar a interpretação de todos os direitos constitucionais.

A dignidade humana pode funcionar também como um norte em casos de lacunas do direito, ambiguidades ou colisões entre direitos fundamentais e, principalmente, como um princípio de observação obrigatória por toda e qualquer lei, sob pena de inconstitucionalidade desta.

Reconhecendo o seu papel e as suas funções precípuas, importante se estabelecer um conceito mais bem definido da dignidade humana, para que este contenha um conteúdo mínimo capaz de unificar o seu uso e de lhe conferir determinada objetividade. Neste esteio, Barroso sustenta que se deve admitir uma noção de dignidade aberta, plástica e plural<sup>21</sup>, sistematizando sua concepção mínima de dignidade humana, nestes termos:

Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).<sup>22</sup>

Assim, é possível sustentar que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais representam as faces de uma mesma moeda, estando umbilicalmente ligados. Enquanto aquela se volta para a seara da filosofia, expressando os valores morais que tornam cada pessoa um ser absolutamente singular; estes se voltam mais para o Direito, contemplando os direitos fundamentais, que, por sua vez, representam a moral sob a forma de Direito.

---

<sup>20</sup> “A eficácia interpretativa tem aplicação bastante ampla no caso dos princípios, exatamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos e da multiplicidade de situações às quais ele poderá aplicar-se ou em relação às quais deverá funcionar como vetor interpretativo. (...) A eficácia negativa exige mais elaboração quando se trata dos princípios, igualmente por força de seus efeitos indeterminados. Como se viu acima, essa modalidade de eficácia funciona como uma espécie de barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham aos propósitos dos princípios. (...) A vedação ao retrocesso, por sua vez, desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais.” Vide: BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. 77/81 p.

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. 72 p.

<sup>22</sup> Idem.

Conceitualmente, dignidade humana, segundo Sarlet, pode ser definida como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>23</sup>

Sobre a dignidade, Guerra e Emerique destacam que no Brasil, em que pese seu elevado grau de indeterminação, o princípio da dignidade da pessoa humana deve constituir um critério para que haja integração da ordem constitucional, prestando-se para reconhecimento de direitos fundamentais atípicos e, portanto, as pretensões essenciais à vida humana afirmam-se como direitos fundamentais.<sup>24</sup>

O conceito de dignidade é de grande complexidade e possui indeterminabilidade e abstratividade no seu conteúdo, podendo ser caracterizado como um conceito jurídico indeterminado<sup>25</sup>, exigindo do intérprete uma análise e preenchimento de seu conteúdo no caso concreto.

A dignidade humana possui, portanto, um núcleo essencial composto por diversos elementos com conteúdo moral e este núcleo gera implicações jurídicas no que se refere aos direitos fundamentais. O valor intrínseco de cada um desses elementos que compõem o núcleo essencial da dignidade humana tem, no plano jurídico, a origem de um conjunto de direitos fundamentais, dentre eles o direito à integridade psíquica ou moral, que compreende o direito à honra pessoal, a imagem, o nome, a intimidade, bem como à privacidade.

Os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto de direitos divididos nas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. Os direitos individuais são normalmente identificados como direitos da

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 60 p.

<sup>24</sup> GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9. Dezembro de 2006. Rio de Janeiro. 387 p.

<sup>25</sup> Conceito Jurídico Indeterminado não se confunde com Cláusula Geral Aberta, embora ambos os institutos sejam mecanismos de integração. Cláusulas gerais são normas orientadoras ao juiz, que lhe conferem certa margem de liberdade, cujo conteúdo será ser preenchido pelo próprio julgador no processo de hermenêutica e não há um resultado estabelecido 'a priori'. Já nos Conceitos Jurídicos Indeterminados, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já possuem sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador apenas aplicar ao caso a referida solução. Vide FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil**. Tese apresentada para doutoramento. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007. 170/185 p.

liberdade. Os direitos políticos são aqueles que procuram instrumentalizar a participação dos indivíduos na deliberação pública. Já os direitos sociais, econômicos e culturais, são os direitos cuja seleção desencadeia na chamada noção de mínimo existencial (ou núcleo da dignidade humana).<sup>26</sup>

Existe uma quantidade considerável de precedentes envolvendo direitos fundamentais que decorrem da dignidade humana, como um valor intrínseco. Um dos maiores desafios do mundo contemporâneo é solucionar o conflito entre o direito à proteção individual (entendido como honra pessoal, intimidade, imagem, vida privada) e a liberdade de expressão e de informação.

Sarmiento ressalta que o princípio da dignidade humana constitui categoria axiológica aberta, que não deve ser aprisionada em conceituação ideológica ou filosoficamente “carregada”, que não se harmonize ao pluralismo de valores da sociedade moderna.<sup>27</sup>

Pela digressão histórica, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no pós Segunda Guerra Mundial, passou a ser o eixo fundamental dos ordenamentos jurídicos mundiais, em especial, no Brasil, a partir da Constituição da República Brasileira de 1988, sendo erigido a princípio fundamental e validante de todos os outros, nos termos do art. 1º, III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

A partir da ideia inicial do conceito de dignidade humana, será feito um exame da evolução dos direitos da personalidade na história moderna ocidental, buscando definir seus traços mais relevantes, tais como suas características, fundamentos e âmbito de proteção.

Para investigar o fundamento dos direitos da personalidade é imprescindível o esclarecimento de dois conceitos básicos: o direito natural e o direito positivo. A diferenciação destes conceitos é essencial para determinar se os direitos da personalidade são inerentes, ínsitos ao homem ou se apenas adquirem sua fundamentalidade com a previsão legal do mesmo.

As discussões a respeito do Direito Natural e do Direito Positivo dominaram os séculos XVII e XVIII, tendo gerado algumas subdivisões, como o jusnaturalismo e o juspositivismo.

A ideia da existência de valores, princípios e direitos inerentes ao homem, independentemente de sua positivação, é a essência da corrente naturalista. Assim, o direito à

---

<sup>26</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. 112/114 p.

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 69/70 p.

vida, à liberdade, à intimidade são direitos essenciais ao ser humano, que fazem parte de sua configuração natural e a sua não positivação não lhe tiraria aplicabilidade.

A corrente positivista, por sua vez, defende que a ordem jurídica inicia-se com o nascimento de uma Constituição (ordenamento legal *latu sensu*), e somente a partir de então se poderia falar em direitos previstos e protegidos pelo Estado. Não existe a possibilidade da existência de “direitos” senão aqueles previstos pelo ordenamento legal específico.

Essa distinção entre os direitos natural e positivo subsidia as correntes do jusnaturalismo e juspositivismo, que se apresentam para justificar a natureza jurídica dos direitos da personalidade.

Para os jusnaturalistas, os direitos de personalidade são inatos à natureza humana, pois o homem é feito à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual possui atributos próprios de um ser moral e que seria impossível limitar positivamente os direitos da personalidade, porquanto constituem faculdades inerentes à condição humana.

Os juspositivistas, por sua vez, defendem a ideia que a previsão em textos legislativos é que garante aos direitos de personalidade a sua existência, ou seja, os direitos de personalidade somente existem porque inseridos nos textos legislativos. Assim, o Estado é quem cria esses direitos e os reconhece, permitindo, assim, o seu efeito jurídico.

Atualmente, a polêmica perdeu espaço e importância, já que surgiu forte corrente doutrinária que, a despeito de seu importante caráter histórico, desconsidera a importância prática do estudo da natureza jurídica dos direitos fundamentais, tendo em vista que a Constituição e o Código Civil expressamente positivaram alguns direitos de personalidade, sem excluir outros decorrentes dos princípios, do regime e dos tratados internacionais firmados pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º). Assim, a lógica fundante destes direitos seria a tutela da dignidade da pessoa humana.

Independente do embate quanto à origem dos direitos da personalidade, se de ordem jusnaturalista ou positivista, a construção da conceituação dos direitos da personalidade surge na ordem constitucional nacional como um desdobramento da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, em razão de expressa previsão na Carta Constitucional de 1988, já que considerada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.<sup>28</sup>

Há um reconhecimento, portanto, de que toda a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro deve ter como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade da pessoa humana atua como o ponto central axiológico da ordem constitucional,

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, 85/87 p.

gerando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e servindo como base para além dos atos estatais, alcançando todo tipo de relação privada que se desenvolva no seio da sociedade civil e no mercado. A consagração deste princípio, como defende Sarmiento, seria, dessa forma, o reconhecimento de que o fim é a pessoa e o Estado seria apenas um meio de garantia e promoção dos direitos fundamentais do ser humano.<sup>29</sup>

Para que o ditame constitucional de reconhecimento da dignidade da pessoa humana possa ser atendido e para que o ordenamento jurídico seja elaborado à luz dos mandamentos do texto maior, tal norte não pode ser esquecido pelo legislador infraconstitucional. Seguindo este entendimento, foi confeccionado o Código Civil pátrio de 2002, que superando a visão patrimonialista até então vigente, trouxe em seu bojo um capítulo denominado “Dos Direitos da Personalidade”, baseado no que foi convencionado pela doutrina como “cláusula geral da dignidade”.<sup>30</sup>

Destacando o papel fundamental do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento fundante e justificador do ordenamento jurídico brasileiro, Silva afirma:

Assim, em relação à Dignidade da Pessoa Humana, o ser humano detém, por natureza existencial, sua justa personalidade e, como tal, é protegida no âmbito do direito atual. O Direito Civil não se limita ao patrimônio ou mesmo à capacidade jurídica, têm-se os Direitos de Personalidades e todas suas decorrências como bens jurídicos imateriais tutelados.<sup>31</sup>

Reconhecendo o papel da personalidade como uma cláusula geral, Perlingieri destaca a elasticidade conferida ao instituto, que possibilita a expansão de seu alcance, adequando-se às necessidades da proteção da dignidade humana. Assim:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> Sobre o tema, leia-se o Enunciado nº 274, aprovado na 4ª Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, nestes termos: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

<sup>31</sup> DA SILVA, Maurício Fernandes. **Ação declaratória de relação avoenga**: pedido Juridicamente possível para garantia da dignidade da pessoa humana. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, Ano 14 nº 20, 2010. 239 p.

<sup>32</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 155/156 p.

Pode-se afirmar, portanto, que há uma tendência mundial de reconhecimento do direito geral de personalidade, que se justifica pela falência do sistema positivista como também pelas infinitas possibilidades de ofensas à personalidade humana.<sup>33</sup>

A consolidação da ideia de direitos da personalidade é uma construção histórica, que se traduz na valorização do ser humano como eixo central e fundamental do ordenamento jurídico. Trata-se de uma conquista da humanidade, variando, obviamente, em seu nível de desenvolvimento em razão da evolução de cada povo, Estado e civilização.

## 1.2 – Reconhecimento e positivação dos direitos da personalidade

Como já dito, os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos mais essenciais à pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.<sup>34</sup> Cupis confere o seguinte sentido aos direitos da personalidade:

Existem, deve-se dizer, certos direitos, sem os quais a personalidade seria apenas uma situação completamente insatisfeita, esvaziada de qualquer valor concreto; direitos, sem os quais todos os demais direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de se poder dizer que, se estes direitos não existissem, a pessoa não poderia entender-se como tal. São estes os chamados 'direitos essenciais', com os quais identificam-se justamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais, justifica-se através da consideração de que estes se constituem o núcleo mais profundo da personalidade.<sup>35</sup>

A visão exposta por Cupis foi superada, já que esgota a personalidade apenas como aptidão para contrair direitos e obrigações. Tal entendimento não está equivocado, mas traduz apenas uma expressão da personalidade. O segundo sentido da personalidade é aquele associado à condição de ser humano, como valor, como eixo central do ordenamento nacional. Assim, para Rodrigues:

Logo, podemos afirmar que a personalidade não se resume à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, ou seja, o conceito abstrato de pessoa próprio do ideário oitocentista, importando no reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência. Entretanto, considerada como um sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele seu objeto, não se exaurindo na categoria de direito subjetivo; neste sentido, os chamados direitos da personalidade, expressamente reconhecidos pelo Código Civil

<sup>33</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade: fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 47 p.

<sup>34</sup> AMARAL, Francisco. *Op. Cit.* 247 p.

<sup>35</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo: Romana, 2004, 24 p.

(art. 11 a 21) são corolários de uma compreensão de pessoa como valor, que requer tutela privilegiada ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.<sup>36</sup>

Em razão do objeto que delimita, os direitos da personalidade situam-se em zona híbrida, já que dizem respeito ao caráter mais privado do ser humano, possuindo, no entanto, uma função de liberdade pública, como limite à atuação estatal. Amaral comenta o caráter complexo dos direitos da personalidade:

Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guarida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.<sup>37</sup>

Os direitos da personalidade são considerados direitos fundamentais. A teoria dos direitos fundamentais iniciou a sua formulação no embate pela proteção do indivíduo contra a intervenção abusiva do Estado (eficácia vertical), caracterizados como verdadeiros direitos de defesa.<sup>38</sup> Com a evolução da sociedade e do Direito, não mais se pode negar a incidência da proteção dos direitos fundamentais em face de outros particulares, em relações privadas, sendo esta situação conhecida e cunhada pela doutrina como uma “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. A massificação das relações entre os particulares, muitas vezes marcadas por desigualdade econômica, jurídica ou estrutural, propicia que as violações praticadas pelos “poderes” privados seja tão ou até mais grave que aquelas exercidas pelos poderes Estatais, motivo pelo qual se faz necessário a aplicação da proteção dos direitos da personalidade em face dos particulares.

Por constituem o caráter mais intrínseco e essencial do ser humano, pode-se dizer que os direitos da personalidade são o verdadeiro núcleo dos direitos fundamentais. Assim, em razão de sua importância, tais direitos possuem uma tutela jurídica “mais reforçada” do que a generalidade dos demais direitos subjetivos, já que se distribuem nas esferas de ordem constitucional, civil e penal.<sup>39</sup>

A consagração do princípio da dignidade humana na Constituição permitiu que fosse superada a controvérsia entre as teorias pluralista, defensora da existência de múltiplos

<sup>36</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil**. In: A parte geral do Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2/3 p.

<sup>37</sup> AMARAL, Francisco. *Op. Cit.* 249 p.

<sup>38</sup> VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. **O poder diretivo empresarial e a tutela inibitória dos direitos fundamentais dos Trabalhadores**: Esfera Jurídica. Revista Jurídica da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte. Belo Horizonte, n. 3, ano 2, jul/dez. 2008, 29 p.

<sup>39</sup> AMARAL, Francisco. *Op. Cit.* 249 p.



direitos da personalidade, e monista, que sustentava a existência de um único direito de personalidade, originário e geral. Ambas revelam-se insuficientes, mostrando-se vinculadas ao paradigma dos direitos subjetivos patrimoniais, em especial ao modelo do direito de propriedade.<sup>40</sup>

Os direitos da personalidade são decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana e nas palavras de Silva, são considerados bens jurídicos imateriais:

Assim, em relação à Dignidade da Pessoa Humana, o ser humano detém, por natureza existencial, sua justa personalidade e, como tal, é protegida no âmbito do direito atual. O Direito Civil não se limita ao patrimônio ou mesmo à capacidade jurídica, têm-se os Direitos de Personalidades e todas suas decorrências como bens jurídicos imateriais tutelados.<sup>41</sup>

Assim, não existe um conceito completo e fechado sobre os direitos da personalidade, tendo em vista que se relacionam com a essência do ser humano, que está em constante evolução e ampliação, possibilitando a descoberta e configuração de novos direitos, tais como o direito ao esquecimento, o objetivo desta pesquisa. Portanto, os direitos da personalidade ultrapassam e transcendem o direito positivado não podendo ser taxados ou limitados.

A sociedade sofreu profundas modificações nas últimas quatro décadas convivendo com a presença cada vez mais impactante das tecnologias da informação, fazendo com que o Direito tenha que se adaptar às novas formas de violação dos direitos da personalidade, exigindo a configuração de mecanismos de proteção, tal como o direito ao esquecimento.

A Constituição da República de 1988, ciente da impossibilidade de positivizar todos os direitos do cidadão e do ser humano, estipula em seu art. 5º, §2º, a possibilidade do reconhecimento posterior de novos direitos, demonstrando o caráter “aberto” dos direitos previstos no art. 5º da *Carta Magna*. O texto prevê o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - 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.<sup>42</sup>

Segundo Doneda, a absorção do sistema legal dos direitos da personalidade deve ser encarada como uma evolução e avanço na proteção do indivíduo. Assim:

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**: Conforme a Constituição da República, volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 33 p.

<sup>41</sup> DA SILVA, Maurício Fernandes. Op. Cit. 239 p.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição Federal.

Um eventual tratamento de diversas hipóteses particulares de direitos da personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada. Pelo contrário, pelo estudo apartado das especificidades de cada grupo de casos é possível chegar a uma tutela específica e eficaz para cada caso. Daí a aparente diversidade de tratamento, por exemplo, do direito à privacidade e às informações pessoais em relação às questões de vida e morte levantadas pela bioética – cada qual representa suas vicissitudes, cujo referencial jurídico, porém, é uno: a proteção da personalidade como valor máximo do ordenamento e a atuação da cláusula geral que a protege.<sup>43</sup>

O reconhecimento da importância do corpo e da alma do ser humano revela um movimento histórico de valorização do ser humano como meio e fim, culminando no antropocentrismo, que serviu de base para a criação do movimento iluminista que deu todo o substrato teórico e psicológico para os movimentos populares dos finais de séc. XVII e XVIII.

A jornada para o reconhecimento dos direitos fundamentais foi longa, tendo caminhado junto com a evolução da humanidade. Os direitos da personalidade tiveram seu fortalecimento, principalmente, a partir da Revolução Americana (1776), Francesa (1789) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), momento em que houve um movimento de valorização do ser humano, notadamente no intuito de protegê-lo da ação opressiva do Estado<sup>44</sup>, solidificando-se com a assinatura de diversos documentos internacionais, tais como os da Assembleia Geral da ONU (1948), da Convenção Europeia (1950), do Pacto de San José da Costa Rica (1969) e da Conferência de Estocolmo (1972).

### 1.3 – Conceito dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade têm uma ligação direta com o conceito de ser humano. Kant, pensador que dedicou importantes obras a respeito da ética, da moral e do homem propriamente dito, informa que os seres racionais são fins em si mesmos:

O homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas

<sup>43</sup> DONEDA, Danilo. **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 46 p.

<sup>44</sup> “A fórmula utilizada para a racionalização do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveriam estabelecer a separação dos poderes do Estado com o objetivo de contê-los – le pouvoir arrête le pouvoir, como afirmou Montesquieu – e garantir os direitos individuais do cidadão. Nesta linha, proclama a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que o Estado que não prevê a separação de poderes nem garante os direitos individuais não possui de fato uma Constituição”. Vide: *Ibidem*. 62 p.

que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.<sup>45</sup>

A ética Kantiana leva em consideração o tratamento digno com o outro, reconhecendo sua dignidade e sua humanidade, que lhe é inerente. O homem nunca pode ser encarado como coisa, nem como meio, mas sim como fim.

Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si. Portanto, não posso dispor do homem na minha pessoa, de maneira absoluta, quer para o mutilar, quer para o danificar ou matar.<sup>46</sup>

Assim, segundo a lógica Kantiana, quando uma coisa tem preço, pode ser substituída, alterada por outra equivalente, mas o mesmo não ocorre com a dignidade, que se acha acima da coisa e que não admite qualquer equivalência, não podendo ser substituída. A dignidade é ínsita à condição de homem e deve ser o fundamento de qualquer ordenamento jurídico.<sup>47</sup>

Apesar de usualmente serem confundidos e empregados como sinônimos, a doutrina diferencia com clareza os direitos fundamentais, os direitos humanos e os direitos da personalidade.

De forma sistematizada, Sarlet distingue as referidas expressões, informando que a designação “direitos humanos” se relaciona com as posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, com um evidente caráter internacional. Já o termo “direitos fundamentais” deve ser reservado para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional dentro de uma ordem jurídica, servindo como mecanismo de defesa em face do Estado<sup>48</sup>. Por outro lado, os direitos da personalidade são uma forma de defesa do indivíduo frente ao seu igual, ou seja, frente a outro indivíduo, e estariam fundados no direito civil.

Para Cifuentes, a distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade não se refere ao conteúdo ou substância, mas está na norma positiva que regula a matéria, nos sujeitos que participam da relação e nas finalidades postas em consideração. Assim, os direitos personalíssimos pertenceriam “à ordem privada, pois estão reconhecidos e proclamados como uma espécie de direitos dotados de proteção civil”. No tocante aos direitos

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 71. 1960. 68 p.

<sup>46</sup> Ibidem. Pág. 70.

<sup>47</sup> Ibidem. Pág. 77.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, nº 1, Vol. 1, Abril de 2001. Salvador. 10/11 p.

fundamentais ou humanos, Cifuentes defende que estes constituiriam uma forma de “tutela pública, aspirando a pôr o indivíduo sob a proteção do ordenamento político.”<sup>49</sup>

Este tipo de distinção também é defendido por Bittar, que vê os direitos fundamentais como “objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado” e os direitos da personalidade como “os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens”.<sup>50</sup>

Ocorre que determinar a classificação do direito em razão da agente causador do dano (se o Estado ou o particular) não parece ser o melhor pensamento, o melhor critério distintivo entre os institutos estudados. O mencionado critério não é um fato que, por si só, indique claramente se no caso concreto busca-se a proteção de um direito fundamental ou dos direitos da personalidade. Esta falha foi, inclusive, alertada por Sousa<sup>51</sup>, que partiu da análise do direito geral da personalidade para observar que nem sempre o Estado estará gozando do seu poder de império em uma determinada relação com o particular e que, nestas situações específicas, estas relações serão tuteladas pelos mecanismos disponíveis na seara civil.

Neste mesmo sentido é a posição de Canotilho, que afirma que nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, o que seria exemplificado pelo direito de propriedade que, embora goze de nítido e incontestável caráter de direito patrimonial, foi alçado, pela *Carta Magna* à condição de direito fundamental, em seu art. 5º, *caput* e XXII.<sup>52</sup>

Pode-se afirmar que a diferença meramente formal entre os direitos humanos e os direitos fundamentais tende a diminuir na medida em que a ordem jurídica interna prevê e se aproxima da ordem jurídica internacional, sendo a diminuição desta diferença meramente formal, ao que parece, o seu principal objetivo.

#### 1.4 – Características dos direitos da personalidade

Após estabelecer o significado e conteúdo dos direitos da personalidade, bem como seus fundamentos, faz-se necessário passar à análise das características e atributos que os diferenciam dos demais direitos, evidenciando seu caráter de essencialidade.

<sup>49</sup> Observe-se que o autor, em sua obra, emprega a expressão direitos humanos para referir não apenas os direitos de caráter supranacional, mas também aqueles incorporados na constituição de um Estado (ou seja, os direitos fundamentais). Vide: CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995. 225 p.

<sup>50</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000, 22 p.

<sup>51</sup> SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 584 p.

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. 372 p.

No que tange às características dos direitos da personalidade, por possuírem diversos traços diferenciadores, não cabe aqui um estudo pormenorizado de todos os seus atributos, motivo pelo qual será feita a enumeração daqueles unânimes na doutrina e jurisprudência no intuito de definir com maior precisão os direitos mais afetos ao ser humano.

Os principais atributos dos direitos da personalidade – traços que lhe dão forma e os diferenciam dos demais – são o seu caráter: inato; permanente; personalíssimo; absoluto (*erga omnes*); indisponível; irrenunciável; extrapatrimonial; impenhorável e imprescritível.

Os direitos da personalidade são inatos, já que são adquiridos no momento do nascimento do indivíduo, sendo inerente à condição humana. Importante salientar que o Código Civil prevê a proteção do nascituro desde a sua concepção.<sup>53</sup>

O atributo da permanência significa que os direitos da personalidade nascem e acompanharão o ser humano por toda sua vida, protegendo-o contra a interferência do Poder Público ou, até mesmo, em face de particulares.

A proteção das características mais essenciais à pessoa humana permanecerá até mesmo com seu falecimento, protegendo-se a sua memória e a sua obra.<sup>54</sup>

A vida finda com a morte, que pode ser natural ou a presumida<sup>55</sup>, mas isto não significa que os direitos da personalidade não poderão ser estendidos ao falecido. Este também é o entendimento de Beltrão:

A morte, contudo, não impede que os bens da personalidade física e moral do defunto possam influir no curso social e que perdurem no mundo das relações jurídicas e sejam como tais autonomamente protegidos. É o caso das partes destacadas do corpo, das disposições de última vontade, de sua identidade, da imagem, da honra, do seu bom nome, da sua vida privada, das suas obras e das demais objetivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito especial, imprimido sua marca.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Este estudo não se fixará nem examinará com profundidade as diversas correntes doutrinárias que buscam definir o momento de aquisição da personalidade (Teoria natalista, concepcionista ou condicional). Para tanto, basta dizer que o art. 2º do Código Civil, protege, antes do efetivo nascimento, os direitos do nascituro (tais como a proteção à vida, aos alimentos, à honra), demonstrando-se, com clareza, o caráter inato dos direitos da personalidade.

<sup>54</sup> BRASIL, Enunciado nº 1, aprovado pela 1ª Jornada do CJF: “Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

<sup>55</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva; Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

<sup>56</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de Acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. 85 p.

Os direitos da personalidade são personalíssimos, pois consideram a pessoa natural como referência, construídos a partir de uma concepção antropocêntrica do direito. A despeito disto, também se admite a aplicação dos direitos da personalidade que sejam compatíveis às pessoas jurídicas, tais como a proteção do direito ao nome, à marca, aos símbolos e à honra, ao crédito, ao sigilo de correspondência e de *know-how*.<sup>57</sup>

Antes da elaboração do Código Civil de 2002, o STJ, por meio do verbete sumulado de nº 227<sup>58</sup> previa a possibilidade da ocorrência de dano moral por violação à honra objetiva de pessoa jurídica. O novo Código Civil, em seu art. 52<sup>59</sup>, estipula a aplicação dos direitos da personalidade, no que for cabível, às pessoas jurídicas.<sup>60</sup>

O caráter absoluto dos direitos da personalidade se dá em razão de serem oponíveis a todos, possuindo eficácia “*erga omnes*”. Ocorre, assim, um dever geral de abstenção e respeito que se dirige a toda e qualquer pessoa, independente da manifestação de seu titular neste sentido, persistindo, inclusive, em caso de sua inércia.

A indisponibilidade decorre da impossibilidade de modificação de seu titular. Assim, alguns direitos podem até ser cedidos em parte, mas a sua essencialidade, a sua titularidade nunca poderá ser alterada ou transferida. Cupis afirma que “nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, tem caráter de essencialidade”.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> AMARAL, Francisco. Op. Cit. 252 p.

<sup>58</sup> BRASIL, STJ, Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

<sup>59</sup> BRASIL, Código Civil, art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

<sup>60</sup> BRASIL. Sobre a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, a 4ª Jornada do CJF decidiu pelo (controvertido) enunciado nº 286: “Art. 52: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais Direitos”. Parece que a intenção do enunciado foi demonstrar que a pessoa jurídica não poderia possuir uma afronta ao seu caráter mais intrínseco e essencial, uma afronta ao seu lado espiritual. Assim, a afronta aos direitos previstos como da personalidade (honra, nome, imagem) só seriam resolvidos no campo extrapatrimonial, não sendo aplicado, portanto, os direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Embora o enunciado seja fruto do consenso dos maiores doutrinadores brasileiros sobre o tema, pode-se verificar da análise dos anais da 4ª jornada que, no que tange à aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas foram discutidas 7 propostas no intuito de disciplinar a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas e apenas duas no sentido contrário. Mesmo em menor número, prevaleceu o segundo entendimento. O problema de se sustentar que apenas as pessoas físicas possuem a proteção da personalidade é excluir a sua aplicação às pessoas jurídicas quando ocorrer a violação de um aspecto da personalidade, como por exemplo sua honra objetiva, sem que se deseje a reparação meramente econômica, mas, em realidade, buscar a proteção da reputação de uma pessoa jurídica. Pense-se no caso de uma Organização Não Governamental (O.N.G), que não tem fins econômicos e que, por uma denúncia que depois se demonstra falsa, sofre danos não apenas extrapatrimoniais (que serão compensados pelo Poder Judiciário), mas danos essenciais e intrínsecos à respeitabilidade, à honra que aquele ente possui na comunidade. Inegável e não se pode perder de vista o aspecto essencial atribuído ao nome e a honra, mesmo que apenas objetiva, da pessoa jurídica.

<sup>61</sup> CUPIS, Adriano de. Op. Cit. 55 p.

O Código Civil brasileiro faz expressa previsão com relação à disponibilidade apenas parcial dos direitos da personalidade, propiciando, assim, que a essencialidade dos direitos da personalidade seja preservada.<sup>62</sup>

Deve se ter em mente ainda que, a disponibilidade parcial<sup>63</sup> permitida pelo Código Civil diz respeito apenas ao seu caráter patrimonial, não incidindo nos aspectos mais essenciais e ínsitos do ser humano.<sup>64</sup>

A irrenunciabilidade<sup>65</sup> se caracteriza pela impossibilidade de se desconsiderar ou desistir de um dos direitos da personalidade, justamente por se tratarem de uma condição intrínseca a de ser humano. Assim, com a ocorrência de uma violação a um dos direitos da personalidade o titular pode até renunciar à possibilidade de exercer a implementação/defesa judicialmente, mas nunca poderá renunciar ao direito em si.

A extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade decorre da impossibilidade de se atribuir valor diretamente a um atributo próprio do ser humano. Seria completamente impossível avaliar a liberdade, o direito de credo, dentre tantos outros casos. Apesar do que foi dito, além do aspecto extrapatrimonial, os direitos da personalidade podem contar com uma manifestação patrimonial, possuindo valor economicamente aferível. Por óbvio, em caso de sua violação, o Poder Judiciário, analisando o caso concreto e suas particularidades, poderá definir um valor financeiro no intuito de compensar o dano aos direitos da personalidade atacados.

A impenhorabilidade é um atributo dos direitos da personalidade, que protege sua condição humana de eventual expropriação. No entanto, é possível, como já dito, que os direitos da personalidade possuam um conteúdo patrimonial. Dessa forma, é possível a penhora dos valores econômicos obtidos com a utilização dos direitos da personalidade. A

---

<sup>62</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”.

<sup>63</sup> BRASIL, Enunciados. O tema já foi objeto de deliberação do Conselho Nacional de Justiça culminando na elaboração do enunciado nº 4, aprovado na I Jornada, nestes termos: “Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

<sup>64</sup> A disponibilidade poderá ser parcial. Ex.: Direito de imagem. É possível a autorização de veiculação de sua imagem a um produto. No entanto, é proibida a disponibilidade completa e absoluta da imagem de uma pessoa a terceiro, para que faça uso da imagem como bem lhe aprouver. A legislação brasileira também permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento.

<sup>65</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”.

penhorabilidade do direito de imagem é incabível, o que não significa dizer que os lucros obtidos com o uso do direito de imagem não possam sofrer constrição judicial.<sup>66</sup>

O atributo da imprescritibilidade informa que a realização de uma lesão a um dos direitos da personalidade podem e devem ser reprimidos a qualquer tempo, não se submetendo a prazos prescricionais, não se extinguindo pelo seu não uso.

Assim, em razão do caráter fundamental, inerente ao ser humano, com base na dignidade, em relação à imprescritibilidade, cumpre trazer o entendimento de Winter de Carvalho:

Nesse sentido, o ordenamento jurídico há tempo consolidou o entendimento de que a imprescritibilidade do direito é uma questão excepcional, sendo aplicada em situações específicas, como em algumas ações de natureza declaratória, em que não se pode falar em negligência do interessado, como nas relativas ao direito à personalidade, nas ações de família, nas pretensões nascidas das relações de vizinhança, dos direitos facultativos ou potestativos.<sup>67</sup>

Importante distinguir os direitos da personalidade e sua proteção dos efeitos patrimoniais dele decorrentes. Os direitos da personalidade são imprescritíveis e merecem a tutela do Estado a qualquer tempo, ao contrário dos efeitos patrimoniais dele gerados, que podem sofrer a ação do tempo e perda da exigibilidade através da prescrição. O fato de ser imprescritível não significa que os aspectos patrimoniais decorrentes da violação dos direitos da personalidade também o sejam.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BRASIL, TRT, 3ª Região, RO 3497/02, 6ª T., Rel. Juiz Ricardo Antônio Mohallem, 30.05.2002. A decisão selecionada demonstra a possibilidade de penhora do lucro gerado pelo direito de imagem e não a penhorabilidade do direito de imagem. Ementa:

“ATLETA – DIREITO DE IMAGEM – O direito de imagem, sob o âmbito coletivo, amparado pela Constituição da República em seu art. 5º, item XXVIII, alínea “a”. No enfoque presente, diz respeito à exposição pública do atleta profissional e à remuneração recebida pelo clube para expor publicamente suas habilidades. Concede ao titular direito aos lucros que esta proporcione. Não se trata de direito propriamente trabalhista, mas decorrente da personalidade, e a paga que lhes corresponde não integra a remuneração do atleta empregado. A matéria encontra-se regulada pelo art. 42 da Lei nº 9615/98 (Lei Pelé). Mas, se não demonstrada a existência de prévia contratação do direito de imagem, não se pode atribuir ao valor pago mensalmente pela empregadora por fora a natureza de direito de imagem, mormente se a aparição do atleta profissional (jogador de basquete), restrita eventos jornalísticos (entrevistas), por período inferior ao previsto no parágrafo 2º do art. 42 da Lei Pelé.”

<sup>67</sup> WINTER DE CARVALHO, Antônio Roberto. **Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição**. Revista de Direito Administrativo, nº 253. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, 34 p.

<sup>68</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil”. Assim, se uma foto publicada há um ano for reutilizada cinco anos depois, sem autorização da pessoa fotografada, surge a violação ao direitos da personalidade em razão de sua imprescritibilidade, o que não se confunde com o direito patrimonial indenizatório decorrente de sua violação (3 anos).



## 1.5 – A previsão Constitucional e legal dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são protegidos no ordenamento brasileiro em dois planos: no primeiro, por meio da previsão constitucional e, em especial, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana; no segundo, com a disciplina da legislação ordinária (implicações penais<sup>69</sup> e administrativas) e, de forma pormenorizada, conforme o disciplinado no Código Civil, dos art. 11 a 21.

O estudo pretende demonstrar que o direito ao esquecimento tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, possuindo autonomia e figurando como um novo tipo dos direitos da personalidade, repercutindo ainda em outros direitos, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e ao nome, que já possuem expressa previsão constitucional no art. 5º, inciso X.<sup>70</sup>

Importante destacar que, conforme já desenvolvido anteriormente, os direitos da personalidade são extraídos diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e possuem elenco aberto, ou seja, sua não previsão expressa não impede a sua existência ou reconhecimento.<sup>71</sup>

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

O direito ao esquecimento, como se melhor desenvolverá em linhas futuras, relaciona-se com a proteção do aspecto moral dos direitos da personalidade. Apesar de ser facilmente enquadrado no aspecto moral dos direitos da personalidade, sua autonomia, pelo menos *a priori*, ainda não é aceita na doutrina. A pesquisa busca examinar os contornos definidores do direito ao esquecimento para então, avaliar se, através de balizas e características próprias e definidoras pode-se considerá-lo independente ou como consectário de outro direito da personalidade.

<sup>69</sup> Exemplo aplicável na proteção penal do direito à intimidade e vida privada refere-se à proteção da honra prevista no Art. 138, 139 e 140 do Código Penal.

<sup>70</sup> BRASIL, Constituição Federal: “ Art. 5º, 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”.

<sup>71</sup> BRASIL, IV Jornada do CJF. Enunciado 274: “Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

Saliente-se, ainda, que o direito ao esquecimento possui intrínseca ligação com a liberdade individual, sobre o prisma da proteção de sua memória individual, aspecto essencial para o desenvolvimento humano.

O direito ao esquecimento, pelo fato de proteger e alcançar em um caso específico, isolada ou simultaneamente, alguns dos direitos já previstos no ordenamento jurídico nacional (honra, imagem, nome, privacidade), dá indícios de sua autonomia, configurando-se como uma nova figura de proteção aos direitos da personalidade, buscando fundamento e validade na cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Neste momento, cumpre estabelecer os contornos básicos previstos no ordenamento nacional acerca da honra, imagem, nome e privacidade, já que sua caracterização será útil para a demonstração, em momento adequado, das diferenças e contornos próprios do direito ao esquecimento.

#### 1.6 – O aspecto “moral” dos direitos da personalidade

O art. 12 do Código Civil estipula que: “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”.

Em razão do objeto protegido, essencialidade do ser humano, a preocupação legal, antes do aspecto patrimonial, prevê a proteção do aspecto moral buscando a cessação imediata da ameaça ou lesão ao titular do direito da personalidade. A lesão à personalidade humana, por suas peculiaridades, não se coaduna com a recondução do prejudicado ao estado anterior. A previsão legal em tela reforça os mecanismos de proteção <sup>72</sup> do momento da violação do direito tutelado. <sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Op. Cit. 34 p.

<sup>73</sup> Como consequência deste pensamento, além da possibilidade de lançar mão das medidas cautelares e do pedido de antecipação de tutela, há que se observar o regramento do art. 461 e parágrafos do CPC, que se referem às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, inclusive com o uso de astreintes no intuito de constringer o réu a realizar a conduta esperada pela legislação.

### 1.6.1 - Honra

A honra é um dos direitos da personalidade e pode ser conceituado como a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria. É a boa reputação.<sup>74</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, fez expressa previsão da honra como direito humano universal, nestes termos:

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.<sup>75</sup>

A Constituição da República de 1988 prevê como direito fundamental a proteção da honra no art. 5º, inc. 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.”<sup>76</sup>

O Código Civil não define com precisão o conceito de honra, prevendo a sua proteção em dois dispositivos. No primeiro, no art. 17<sup>77</sup> conjuga-o com a tutela do direito ao nome; no segundo, no art. 20<sup>78</sup>, conjugando-o com o direito de imagem.

Schreiber justifica a confusão legal invocando razões históricas, indicando que se visualiza na tutela da honra o fundamento para a tutela de outros direitos que adquiriram posteriormente sua autonomia. Assim:

O Código Civil deveria ter separado melhor as fronteiras entre o direito à honra e outros direitos da personalidade. A confusão não se deve, contudo, a um desprestígio do direito à honra. Muito ao contrário: só a forte influência histórica da tutela da honra explica, por exemplo, a menção à honra no tratamento do direito de imagem, direito ao qual a maior parte da doutrina e da jurisprudência não reconhecia autonomia na década de 1970, época da elaboração do projeto que deu ensejo ao

<sup>74</sup> AMARAL, Francisco. Op. Cit. 268 p.

<sup>75</sup> ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 07/07/2013, às 19:36.

<sup>76</sup> BRASIL, Constituição da República Brasileira de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12/05/2013, às 13:23.

<sup>77</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 17: O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

<sup>78</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

Código Civil. A miscelânea não advém, portanto, de uma negação do direito à honra, mas de insistência em enxergá-lo como fundamento de outros direitos cuja independência só anos mais tarde viria a ser reconhecida.<sup>79</sup>

A lei civil, por sua vez, possui regramento especial no que tange à indenização em caso de violação a honra, por meio de dois dispositivos: art. 186, CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e art. 953, CC: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

O dispositivo transcrito sofreu influência histórica do direito penal sobre o tema, mas que não tem qualquer aplicabilidade prática, tendo em vista que a reparabilidade do dano moral possui amparo constitucional. “Nem o dispositivo acrescenta nada de útil, nem a reparação do dano à honra está limitada às hipóteses em que restem configurados os delitos de injúria, difamação ou calúnia.”<sup>80</sup>

O parágrafo único do art. 953 do CC, ainda informa que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

A ofensa à honra não se limita à divulgação de fatos inverídicos, pois a informação verídica, fora de contexto, pode causar dano ensejando a responsabilização de seu violador. Portanto,

Não se deve, contudo imaginar que a honra somente pode ser atingida pela divulgação de fatos que não se afigurem verdadeiros. Embora, no campo penal, admita-se, em algumas hipóteses, a *exceptio veritatis* (exceção da verdade), no campo civil, não há dúvida de que a difusão da verdade pode gerar responsabilidade, dependendo do contexto e do modo como vem apresentada. É corriqueiro o exemplo de notícias que, embora combinado fatos verdadeiros, induzem o leitor a uma falsa percepção da realidade. A própria forma visual de apresentação da notícia verdadeira pode trazer injustificada ameaça à reputação social da pessoa envolvida.<sup>81</sup>

O código penal brasileiro também protege a honra da pessoa física ou jurídica ao criar um capítulo próprio (Capítulo V), dentro da parte especial, para tipificar as condutas de calúnia, injúria e difamação, nos termos dos art. 138 a 140<sup>82</sup>, como formas de violação à honra. A criminalização de tais condutas é bastante discutível, já que as violações à honra poderiam ser solucionadas no âmbito civil. Schreiber informa que “de fato, a incorporação da

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, 72/73 p.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Ibidem. Pág. 80.

<sup>82</sup> BRASIL, Código Penal. “Art. 138: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (..); Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (..); Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.(..).” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 09/08/2013, às 09:23.

matéria ao Código Penal atende a razões históricas, vinculadas ao intuito estatal de reduzir o elevado número de conflitos derivados da violação à honra até o fim do século XIX.”<sup>83</sup>

### 1.6.2 - Imagem

A proteção da honra foi o sustentáculo para a especialização e a criação de novos direitos. Da mesma maneira que como o direito à imagem adquiriu recentemente a sua autonomia<sup>84</sup>, tudo leva a crer que os tempos atuais propiciam o descolamento e individualização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento, que se caracteriza como uma limitação temporal para a utilização de dados pretéritos em função da falta de utilidade de uma informação.

A mesma estranheza causada com a configuração do direito de imagem como figura autônoma, o mesmo espanto ocorrido no final dos séculos XIX e início do XX, é o assombro causado com uma nova figura jurídica, qual seja, o direito ao esquecimento.<sup>85</sup> O certo é que a reação humana mais natural, quase que como um instinto de preservação, é a negação, a rejeição e o desprezo. No entanto, tal recusa se dá por completo desconhecimento e falta de sistematização de um novo direito da personalidade, o que se pretende sanar e contribuir por meio desta pesquisa.

O impacto da modernidade, da velocidade da informação, da rede global de computadores e o estágio avançadíssimo de uma sociedade de massa<sup>86</sup> são sinais evidentes das mudanças implementadas pelas inovações tecnológicas, que possibilitam uma capacidade

<sup>83</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. cit. 70 p.

<sup>84</sup> Vide: “A longa luta que o direito à imagem tem sustentado, para diferenciar-se do direito à honra, terminou vitoriosamente também na nossa lei. O direito à imagem não é absorvido pelo direito à honra, intervindo o ordenamento jurídico contra as abusivas exposições ou publicações, mesmo se não se ofende o decoro ou a reputação. Por consequência, segundo o nosso direito, no bem do resguardo está compreendida genericamente a subtração da imagem pessoal ao conhecimento do público.” CUPIS, Adriano de. Op. Cit. 142 p.

<sup>85</sup> “Mas o tempo não para. Na virada do milênio, novas questões apresentam-se no cenário jurídico, impostas pelos avanços científicos em campos como o da genética e da biotecnologia, desafiando o jurista a buscar soluções para intrincadas questões éticas que, no mais das vezes, ainda não encontraram eco no direito legislado infraconstitucional. Problemas como o do “descarte” de embriões, dos úteros de aluguel e muitos outros exigem equacionamento jurídico, que tem de se pautar, necessariamente, pela compreensão profunda do significado da dignidade da pessoa humana.” Vide: SARMENTO, D. Op. Cit. 65 p. Importante salientar que o direito ao esquecimento pode ser encarado como uma destas novas questões que merecem urgente disciplina no ordenamento jurídico nacional.

<sup>86</sup> “A sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, por meio do uso dos meios de comunicação de massa.” Vide: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**: vol. 1. Brasília: Editora UNB, 11ª ed., 1998. 1211 p.

impensável e ilimitada de armazenamento de dados que, com a ausência do Estado em regular e estipular limites na utilização de tais informações, transformam dados em potenciais mecanismos de lesão a direitos fundamentais.

A ligação direta do direito ao esquecimento com o direito de imagem é perceptível de plano. Imagine-se a situação de uma pessoa que há trinta anos, por questões religiosas, políticas ou civis, autoriza a divulgação de sua imagem vinculada a uma causa. Com o passar do tempo e com as mudanças de convicções pessoais da pessoa, em razão do caráter imprescritível dos direitos da personalidade, a pessoa que se considerar lesada pode requerer a cessação da sua exposição, por meio do direito ao esquecimento, desde que respeite os requisitos que serão propostos no momento adequado.

A ponderação a ser trabalhada no direito ao esquecimento, em especial, o confronto de liberdade de informação e a proteção individual dos direitos da personalidade não é uma operação que se faz por meio de um cálculo aritmético ou absolutamente isento ideologicamente.

O objetivo desta pesquisa é oferecer parâmetros objetivos que auxiliem o Poder Judiciário e a doutrina a melhor compreenderem o tema, trazendo assim segurança jurídica e uniformidade.

O direito de imagem é um dos direitos da personalidade e a sua lesão afronta diretamente a dignidade da pessoa humana.<sup>87</sup> Podemos conceituar o direito de imagem como “aquele em que a pessoa tem de não ver divulgado seu retrato sem sua autorização, salvo nos casos de notoriedade ou exigência da ordem pública”.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> BRASIL, STJ, REsp 267529/RJ, processo nº 2000/0071809-2, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em: 03/10/2000. Ementa:

“DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. ART. 21, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V – (...)”

<sup>88</sup> AMARAL, Francisco. Op. Cit. 269 p.

O Código Civil, em seu art. 20<sup>89</sup>, prevê a necessidade da autorização expressa do indivíduo titular do direito de imagem para sua utilização, ressaltando a manutenção da ordem pública e a administração da justiça. Pode-se dizer que o direito de imagem objetiva a proteção da dimensão moral das pessoas, atribuindo ao seu titular o direito a determinar a informação gerada pelos seus caracteres físicos pessoais. A faculdade outorgada por este direito consiste, essencialmente, em impedir a obtenção, reprodução ou publicação da própria imagem por parte de um terceiro, não importa qual seja a sua finalidade (informativa<sup>90</sup>, comercial, científica, cultural) daquele que a captou ou difundiu.<sup>91</sup>

Assim, a legislação brasileira aplicável ao direito de imagem, qual seja, o art. 20 do Código Civil, informa que, com exclusão das hipóteses excepcionais (administração da Justiça ou manutenção da ordem pública, bem como expressa autorização), a imagem de uma pessoa não pode ser “exposta ou utilizada” por quem quer que seja, e a referida proibição não exige que a reprodução da imagem tenha ocorrido subtraída à vista de terceiros.<sup>92</sup>

Depreende-se do referido dispositivo legal que, caso haja a reprodução da imagem de uma pessoa, em qualquer ambiente, mesmo que não seja de ampla divulgação, e ainda que, a princípio, não ofenda a honra por não conter informação ofensiva, não exclui a configuração

---

<sup>89</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

<sup>90</sup> Cumpre destacar que o STJ ao analisar o Resp nº 1.335.153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão (caso Aída Curi), que será examinado com pormenores em momento oportuno, posicionou-se no sentido de que se a publicação da imagem ocorrer sem caráter vexatório ou econômico, mesmo sem a autorização do seu titular (ou sucessores), pode ser veiculada. Tal posicionamento merece crítica. A decisão foi proferida nestes termos: “Exatamente por isso que nem toda veiculação inconstentida da imagem é indevida ou digna de reparação, mostrando-se frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico. (...) Por outro lado, quando a imagem não é, em si, o cerne da publicação, e também não revela uma situação vexatória ou degradante, a solução dada por esta Corte foi a ausência de dever de indenizar, como, por exemplo, no REsp 85.905/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 19/11/1999, caso em que não foi reconhecida a ilicitude da divulgação inconstentida de imagem, uma vez que “o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem”.

<sup>91</sup> PENCO, Ángel Acedo. **El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX**. Disponível em: <<http://www.ceddal.com/revista/pdf/tema6.pdf>>. Extraído em 05/11/2013, às 23:22. 8 p.

<sup>92</sup> BRASIL, Enunciados aprovados na IV Jornada do CJF referentes ao direito do nome e imagem: 278 – Art. 18: A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade. 279 – Art. 20: A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

do uso indevido do direito de imagem. A ocorrência da lesão à imagem independe da existência de lesão à honra. Dessa forma:

Ao contrário do que sugere o dispositivo (art. 20, CC), a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade.<sup>93</sup>

Não há que se sustentar a utilização do critério de “lugar público” como hábil à permissão da utilização do direito de imagem sem a autorização do retratado. Tal raciocínio reduziria o direito à imagem a um direito tutelado entre “quatro paredes”.<sup>94</sup> Este pensamento leva em consideração antiga visão do direito de imagem como ainda limitado à honra, atribuindo feição extremamente restrita ao direito da privacidade.<sup>95</sup>

Argumento recorrente a favor da relativização do direito de imagem relaciona-se com o fato da pessoa retratada ser pública, como se tal motivo ensejasse em uma diminuição da proteção aos direitos da personalidade. Assim, a proteção ao direito de imagem de celebridades é tão intensa e importante quanto a de qualquer indivíduo. O fato de viverem da utilização de imagem na mídia apenas reforça a importância que a representação física assume em relação àquelas pessoas. Dessa forma, famosa ou não, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior.

### 1.6.3 – Nome

O direito ao nome pode ser considerado como uma das espécies de proteções do gênero integridade moral e a sua lesão afronta diretamente a dignidade da pessoa humana.<sup>96</sup> O nome é o reconhecimento individual da pessoa dentro da sociedade, identificando-o e diferenciando-o dos demais. O direito ao nome é absoluto, com efeitos *erga omnes*, devendo ser respeitado por todos.<sup>97</sup> O nome é formado pelo prenome e sobrenome.<sup>98</sup>

<sup>93</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 101 p.

<sup>94</sup> Ibidem. 106 p.

<sup>95</sup> O local público não pode ser considerado um salvo conduto para a captação de imagens. Deve-se analisar o contexto da imagem captada e o grau de individualização da sua imagem.

<sup>96</sup> Para Cupis o nome, embora um direito da personalidade, não é inato, sendo uma verdadeira exceção: “O direito ao nome é, portanto, um daqueles direitos da personalidade que não são inatos. É um direito essencial, mas não inato”. Vide: CUPIS, Adriano de. Op. Cit. 200 p.

<sup>97</sup> AMARAL, Francisco. Op. Cit. 271 p.



O nome próprio (prenome) designa a pessoa relativamente ao grupo familiar, distinguindo-a dos outros componentes do mesmo grupo, já o sobrenome designa a pessoa à família que pertence distinguindo-a dos sujeitos, componentes das outras famílias, os quais podem ter o mesmo nome próprio.

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica precisa afirmar a própria individualidade, ser reconhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade que consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. A designação individual por meio do nome é essencial para o Estado, como mecanismo de organização e controle.

A disciplina do nome está regulada pela Lei 6.015/73 (arts. 54 a 63), lei dos registros públicos, bem como pelo Código Civil (art. 16 ao 19).<sup>99</sup> Assim, por meio do nome, o ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal, e esta é um modo de ser moral da pessoa, um bem pessoal que não contém em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica – o que serve para demonstrar o caráter personalíssimo do nome.

O direito ao nome compreende o poder de gozo do nome. Portanto, terceiros não podem impedir o exercício deste poder de uso ou contestá-lo, devendo designar o indivíduo pelo seu nome e não por outro, de maneira a não prejudicar a função que lhe é própria.

A proteção do nome não abrange apenas o prenome. Assim, a usurpação do sobrenome determina uma confusão familiar, e não pessoal, ou seja, gera uma falsa ideia sobre a relação de família de um indivíduo, ensejando também a proteção estatal.

Como proteção ao nome, o ordenamento pátrio prevê soluções de natureza pública, de natureza administrativa (tais como às ações de retificação; restauração, e, de suprimento de assentamento civil) e já fez previsão de sanção penal.<sup>100</sup> Na esfera privada, a proteção ao nome pode se dar de quatro formas: a) ação de reclamação; b) a ação de contestação; c) a ação de proibição do nome; d) a ação de responsabilidade civil.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Existem diversas formas de aquisição do nome, tais como o casamento, reconhecimento de paternidade e adoção. No entanto, tendo em vista que o objetivo da pesquisa é apenas dar os contornos básicos e essenciais do direito ao nome, as mencionadas formas de aquisição do nome não serão abordadas com profundidade.

<sup>99</sup> BRASIL, Código Civil: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome; Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória; Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial; Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”.

<sup>100</sup> BRASIL, Código Penal: “Art. 185: Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso do nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística. Pena: detenção, de 6 (seis) a 2 (dois) anos, e multa”. O mencionado dispositivo foi revogado pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003.

<sup>101</sup> “Na ação de reclamação o autor exige que terceiros respeitem o direito que tem de usar seu nome. Na ação de condenação, também chamada ação de usurpação ou de reivindicação, o titular do direito ao nome pretende que

O direito ao nome é irrenunciável. Apesar do dito, esta irrenunciabilidade não significa impossibilidade plena e absoluta da utilização do nome por terceiros. O ato de disposição do nome é possível, no entanto possui alcance limitado. Assim, o caráter pessoal do nome, como direito da personalidade que é, exige que a sua concessão, que a autorização de seu uso, seja sempre limitada e revogável.

Em regra, o nome é considerado imutável e decorre da necessidade de segurança das relações jurídicas e da estabilidade social. A imutabilidade é disciplinada no art. 58 da Lei nº. 6.015 de 1973, a Lei dos Registros Públicos.<sup>102</sup> No entanto, essa concepção rígida e imutável do nome passou a ser mitigado pela jurisprudência que relativizou o caráter absoluto e invariável.

Assim, permite-se, hoje, a alteração do nome em diversas hipóteses tais como<sup>103</sup>: retificação da grafia do nome em virtude de erro no momento do registro; a tradução do nome do estrangeiro em caso de naturalização; modificação do nome em caso de exposição ao ridículo; alteração através de adoção; inclusão de apelido notório; e assim por diante.<sup>104</sup>

O nome, talvez por razões históricas, ainda vem sendo confundido como coisa, por meio de uma leitura patrimonialista do direito civil. A disciplina do Código Civil de 2002 deixou de abordar a possibilidade da autodeterminação do seu titular em casos de ampliação de sua alteração por vontade própria.<sup>105</sup> Assim como já ocorrera com o direito de imagem, ao disciplinar o fato gerador do dano ao nome, novamente o legislador brasileiro não foi técnico

cesse o uso ilícito que alguém faz desse nome, pessoalmente. Na ação de proibição de nome, o respectivo titular pede que cesse o uso ilícito que alguém faz desse nome, mas de modo impessoal. Quanto à de responsabilidade civil caberá nas hipóteses de prejuízo ao nome de alguém (art. 186 e 927, CC)". Vide: AMARAL, Francisco. Op. Cit. 273 p.

<sup>102</sup> BRASIL, Lei de Registro de Públicos (L. 6.015/73), art. 58: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público."

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 182 p.

<sup>104</sup> Recente alteração legal incluiu nova hipótese de alteração do nome possibilitando a inclusão de apelidos de padrasto ou madrasta. BRASIL, Lei 6.015/73, art. 57: "A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família."

<sup>105</sup> "Baseado na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade é necessário que se faça uma inversão na abordagem dos pedidos de modificação do nome: não é o acolhimento, mas a rejeição é que necessita de um "motivo suficiente". Atrai-se, dessa forma, a esfera de autodeterminação pessoal não a mera questão do uso do nome, mas também a sua definição, como símbolo primeiro de identificação da pessoa." Vide: SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 185 p.

e desvalorizou a autonomia do direito ao nome, condicionando a sua proteção a outro direito da personalidade, qual seja, a honra.<sup>106</sup>

O Código Civil dispõe no art. 18: “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. Como se observa, o legislador condiciona a necessidade de autorização para o uso do nome apenas para fins comerciais. Obviamente, tal estipulação não se sustenta, já que se o nome de uma pessoa é utilizado sem a sua autorização para qualquer fim, seja ele eleitoral ou outro fim não econômico, a violação ocorrerá de igual forma. Assim, a regra insculpida no art. 18 deve ser encarada como meramente exemplificativa, regulando uma das várias possibilidades de violação do uso do direito ao nome sem a devida autorização.

Dessa forma, quando houver autorização, o uso do nome pode ser utilizado por terceiro. A concessão da anuência pode se dar gratuitamente ou mediante remuneração. Ocorre que, por se tratar de direito da personalidade, a autorização ou cessão do nome não pode ser irrestrita e ilimitada. Saliente-se que, em caso de dúvida com relação ao alcance da autorização concedida, por se tratar de direito da personalidade, a anuência deve ser sempre interpretada de forma restritiva, reduzindo a abrangência do consentimento.

O Art. 19 do Código Civil prevê que: “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. O pseudônimo é um nome fictício criado pelo próprio indivíduo, diferente do apelido que, em geral, é produto da iniciativa de terceiros, ganhando força no meio social, independentemente e, em alguns casos, até contra a vontade do apelidado. Por este motivo é que a lei civil confere proteção apenas ao pseudônimo, que é livre criação do seu titular.<sup>107</sup>

A despeito da proteção legal conferida diretamente apenas ao pseudônimo, a lei autoriza que o interessado inclua em seu nome o apelido, desde que, nos termos da lei aplicável, seja público e notório.<sup>108</sup>

Demonstrado os contornos essenciais do direito ao nome, ficará evidenciada, com clareza, a intrínseca ligação entre o direito ao nome e o direito ao esquecimento. Em

---

<sup>106</sup> BRASIL, Código Civil, art. 17: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

<sup>107</sup> BRASIL, Lei nº 9.610/98: “Art. 24: São direitos morais do autor: II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”.

<sup>108</sup> BRASIL, Lei nº. 6015/73: “Art. 58: O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

realidade, por meio do direito ao esquecimento, poderá ser feita a tutela e a proteção do direito ao nome.<sup>109</sup>

#### 1.6.4 - Privacidade

Com relação à privacidade e a vida íntima, faz-se necessário resolver questão preliminar e controvertida na doutrina, qual seja, determinar se há autonomia de ambos os institutos ou se os termos são sinônimos. Direito da personalidade relativamente novo, atribui-se a gênese da privacidade a um artigo intitulado “the right to privacy”, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*<sup>110</sup>, escrito pelos advogados Samuel Warren e Lois Brandeis, em razão de destaque exagerado dos jornais da região sobre a vida social da mulher de Samuel. Importante salientar que as notícias não eram difamatórias.<sup>111</sup>

Assim, inicialmente, o direito à intimidade nasceu para proteger a vida familiar, íntima de cada ser humano. A proteção do princípio era puramente negativa, caracterizando-se por um dever de abstenção. Havia uma ligação inicial nos Estados Unidos da América do direito da privacidade e as camadas mais abastadas da sociedade.

A modificação de tratamento do direito da privacidade ocorre com o fenômeno da massificação e com o advento das tecnologias que transformam o mundo em verdadeira sociedade de consumo. Schreiber ensina que:

Esse cenário começa a se alterar a partir da década de 1960. O desenvolvimento tecnológico e a consequente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acabam por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Tais informações passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas.<sup>112</sup>

A privacidade está regulamentada no plano internacional pelo art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que assim dispõe: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem

<sup>109</sup> Apenas como exemplo, pois o tema será abordado futuramente, pode-se aplicar o direito ao esquecimento como tutela do nome quando matéria jornalística aborda crime ocorrido décadas antes, citando o nome do envolvido como objeto de investigação àquele tempo.

<sup>110</sup> O artigo pode ser encontrado no vol. IV, nº 5, Dezembro de 1890, *Harvard Law Review*, disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)>. Acesso em: 03/08/2013, às 09:03.

<sup>111</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit. 58 p.

<sup>112</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 129 p.

a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”<sup>113</sup>

A Constituição da República prevê a proteção da privacidade, nestes termos: “Art. 5º (...) 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”. Portanto, o direito à privacidade possui status de cláusula pétrea.<sup>114</sup>

Assim, como se observa do dispositivo constitucional, dois são os termos tratados pelo constituinte originário: intimidade e vida privada.

A doutrina brasileira divide-se entre uma concepção que compreende vida privada e intimidade como bens jurídicos distintos da personalidade, carecedores de disciplina própria, e outra concepção que entende pela sinonímia dos termos, postulando que ambos sejam tutelados de forma unificada. Importante salientar que a doutrina estrangeira também é divergente, utilizando alguns termos como privacidade, intimidade, resguardo, sigilo, segredo.<sup>115</sup>

Atualmente, o termo privacidade é o mais utilizado pela doutrina. Doneda entende que o termo privacidade é considerado mais “adequado, justamente para unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada”.<sup>116</sup> A utilização do termo mais amplo – privacidade – possibilita que se dê aplicação a outros dispositivos constitucionais, tais como a inviolabilidade de domicílio, das comunicações, dos dados, e com a aplicação do *habeas data*.<sup>117</sup>

Comentando o dispositivo constitucional, Pereira entende que ao assegurar o direito à intimidade, “a norma constitucional aproxima-o ao direito à vida privada (art. 5, X). Este direito oferece caráter dúplici: o direito de estar só, de não se comunicar e de não ser molestado, salvo quando imperativo de ordem pública”.<sup>118</sup>

Apesar de o artigo 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988 diferenciar intimidade e vida privada, o tratamento oferecido tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria não

<sup>113</sup> ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em 04/09/2013, às 13:21.

<sup>114</sup> BRASIL, Constituição Federal: “Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...), § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>115</sup> O autor italiano demonstra como o tema é complexo. Vide: CUPIS, Adriano de. Op. Cit. 180/260 p.

<sup>116</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 112 p.

<sup>117</sup> Em complementação à tutela da intimidade, a Constituição da República de 1988 fez a previsão do *habeas data*, por meio do art. 5, inc. LXXII: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

<sup>118</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. 259 p.

é uniforme e combina os conceitos, mais uma razão para se utilizar o termo mais amplo: privacidade.

Como dito, as expressões intimidade e vida privada geralmente são apresentadas como sinônimos, atribuindo-lhes um conteúdo praticamente equivalente. A diferenciação, quando é realizada, limita-se a conceber a intimidade como uma parcela mais interna da vida privada da pessoa.<sup>119</sup>

O Código Civil, em seu art. 21, de forma bem tímida, prevê a tutela dos direitos da personalidade da privacidade, assim: “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”. O desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas sim imprimir-lhe efetividade.

A Constituição Federal deu grande passo na consolidação dos direitos da personalidade ao proteger expressamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Infelizmente, tal movimento foi interrompido pelo Código Civil que, ao invés de dar continuidade e melhor regular os institutos, preferiu sua disciplina de forma tímida, de forma apenas genérica.

A expressão utilizada pelo Código Civil “vida privada” merece críticas já que é completamente indiferente à evolução do instituto, no que pode-se chamar de um verdadeiro retrocesso, já que a doutrina abandonara a concepção restrita da privacidade que se limitava apenas ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção também de dados e informações pessoais.<sup>120</sup>

No intuito de sistematizar o estudo, opta-se nesta investigação pela utilização do termo privacidade como gênero, englobando os institutos da vida privada e intimidade, como é feito pela jurisprudência<sup>121</sup> e doutrina.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> “A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.” Vide: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 1, São Paulo, 1992, 79 p.

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 128 p.

<sup>121</sup> BRASIL, STJ. REsp nº 605.687 – AM, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 01.06.2005. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO. JUNTADA. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. SIGILO TELEFÔNICO. REGISTRO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. USO AUTORIZADO COMO PROVA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTO PESSOAL. ATOS POSTERIORES. “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”. SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES. ROL EXEMPLIFICATIVO. DEFESA DA INTIMIDADE. POSSIBILIDADE. - A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de

Definir os contornos da privacidade é tarefa árdua e, mais que isso, praticamente impossível, tendo em vista que seu âmbito de proteção é mutante em razão do tempo e momento histórico em que estiver enquadrado. Assim, em razão da impossibilidade de se chegar a um conceito universal de privacidade, busca-se delimitar um conceito básico de proteção do indivíduo, que poderá ser oposto ao Estado ou em face de outros indivíduos.

Em um primeiro momento, a ideia de privacidade estava vinculada à possibilidade de estar só, nos termos do caso paradigmático americano já citado ocorrido no início do século XX. Atualmente, o direito da privacidade é bem mais amplo do que aquela ideia inicial de ser deixado “só” ou de impedir a intromissão alheia na vida íntima, abrangendo características físicas pessoais, seu código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer informação pertinente à pessoa.<sup>123</sup>

Com o advento da *internet* e com os avanços tecnológicos, Doneda informa a vasta possibilidade de lesão dos direitos da personalidade, motivo pelo qual a tutela do Estado deve se adequar aos novos tempos:

A proteção da privacidade é um dos temas mais delicados na matéria dos direitos da personalidade, isto pelo potencial de ofensas à personalidade ter crescido abruptamente com o desenvolvimento tecnológico e também pela dificuldade dos instrumentos de tutela tradicionais do ordenamento realizarem adequadamente esta proteção. O novo Código dá mostras disto, ao prever que o juiz ‘adotará as providências necessárias’ para impedir a violação da privacidade.<sup>124</sup>

A proteção da privacidade decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, como direito da personalidade, e revela a importância do ser humano como eixo central do sistema jurídico brasileiro. A privacidade, mais que forma de proteção, constitui-se em mecanismos de cidadania.<sup>125</sup>

---

sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). - Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios. - O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de defesa da intimidade. Recurso especial conhecido e provido”; No mesmo sentido: BRASIL, STF, HC n.º 76.203-0 - SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em: 17.11.2000. Ementa: “HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos. Habeas Corpus indeferido.”

<sup>122</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, 190 p.

<sup>123</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit. 131 p.

<sup>124</sup> DONEDA, Danilo. Op. Cit. 52 p.

<sup>125</sup> Ibidem. 142 p.

A privacidade pode ser dividida estruturalmente em aspectos: a) procedimental (como é obtido e tratado o dado pessoal) <sup>126</sup> ; b) substancial (uso que o próprio titular faz com seus dados pessoais).

A privacidade, atualmente, engloba o direito ao controle da coleta e utilização de seus dados pessoais. Uma informação de forma isolada pode parecer inofensiva, sendo exagerada a ideia de sua proteção. Ocorre que, atualmente, com o conjunto de informações que podem ser obtidas pela *internet* ou até por empresas especializadas em coletar tais tipos de dados, é possível a criação de “perfis” de consumidores, que resultará em propaganda direcionada, bem como oferecimento de serviços, em razão deste conjunto de dados obtidos.

Com relação à intimidade, nada mais atual do que as notícias de escutas telefônicas realizadas pelo Governo norte-americano na alta cúpula brasileira para evidenciar a seriedade que o tema merece.

Mesmo as pessoas públicas permanecem com seus direitos da personalidade protegidos. O simples fato de uma pessoa ser considerada “pública” não pode servir de suporte para que se justifiquem invasões à sua privacidade, protegendo-se, assim, todos os aspectos da intimidade da pessoa.

Em razão de proteger dados sigilosos, opiniões proferidas, questões de foro íntimo e pessoais, há quem sustente que o direito ao esquecimento seria um braço, um consectário lógico do direito à privacidade. No entanto, deve-se pontuar que a caracterização do direito ao esquecimento tutelaria e atingiria essencialmente a proteção da memória individual, podendo atingir com seu reconhecimento, por óbvio, qualquer outro direito da personalidade em virtude do caráter intrínseco de proteção da dignidade humana.

---

<sup>126</sup> Quando o consumidor preenche o cadastro no momento de aquisição de um bem por meio de uma compra pela internet, a presunção é de que aqueles dados disponibilizados sejam limitados para aquele fim específico, presumindo-se que todo e qualquer informação da operação seja armazenado de forma segura.



‘A memória guardará o que valer a pena.  
A memória sabe de mim mais que eu;  
e ela não perde o que merece ser salvo.’  
Eduardo Galeano

## CAPÍTULO 2 – O ESQUECIMENTO

A partir, em especial, dos anos setenta do século XX, época caracterizada pelo descobrimento de avanços tecnológicos em escala global, a informática, de forma geral, possibilitou melhora na qualidade de vida coletiva. Tal desenvolvimento oferece hoje mecanismos até então impensáveis, que facilitaram e alteraram todo o modo de vida contemporâneo.

É possível dizer que em menos de quatro décadas houve uma transformação radical de todas as formas de disseminação do conhecimento e da informação, alterando um sistema que praticamente limitava-se à imprensa escrita, em um modelo que se forjou e solidificou desde a criação da imprensa moderna, por mais de cinco séculos, com a criação de Gutenberg<sup>127</sup>. O desenvolvimento das tecnologias de comunicação viabilizou o acesso a uma quantidade ilimitada de informações por meio de um computador e, até mesmo, por meio de um simples toque em um *smartphone*.

O avanço e vantagens são indiscutíveis. A utilização da *internet* permite realizar pesquisas, estabelecer comunicação direta com outras pessoas em redes sociais, obter entretenimento e ócio, traduzindo-se em importante ferramenta de desenvolvimento pessoal.

Além dos benefícios evidentes, outro fator que influenciou na difusão e popularização da *internet* é a facilitação em seu uso, que busca uma constante simplificação das ferramentas a serem utilizadas. Pode-se ir ainda mais longe e vociferar que hoje parece inimaginável um futuro sem as facilidades e a velocidade na transferência da informação.

---

<sup>127</sup> Johannes Gutenberg (1395-1469) em 1440 revolucionou o mundo com a criação da imprensa, que permitiu a produção em massa de livros. Vide: PENCO, Ángel Acedo. *Op. Cit.* 1 p.

Apesar do que foi dito, a grande rede mundial e os avanços em comunicação e armazenamento de dados não podem ser vistos como algo absoluto, incondicional, sem que se analise o custo direto dos referidos benefícios.

A evolução na capacidade de armazenamento foi tão sensível que os usuários de hoje não convivem mais com problemas do início de sua popularização, com necessidade de selecionar dados, fotos e informações em razão das pequenas capacidades de memória nos discos rígidos, preocupando-se em apagar mensagens para não entupir e inviabilizar o acesso à caixa de *e-mail*.

As tecnologias da informação permitem que hoje se armazene, de forma ilimitada, dados pessoais de milhões e milhões de indivíduos, que podem ser utilizados para os mais diversos fins. Apesar disto, a segurança na proteção dos dados pessoais no mundo e, em especial, no Brasil é insuficiente. Por meio da *internet* é possível que se encontre alguns dados como nome, idade, CPF, patrimônio, contas bancárias, propriedades, dados de saúde, estado físico ou mental passado ou atual, dados ideológicos (filiação política, crença religiosa), origem étnica ou racial, bem como preferência sexual.<sup>128</sup>

As informações pessoais dos usuários da rede circulam facilmente, mesmo que não se trate de um indivíduo que a utilize usualmente. Assim, todos os *e-mails* utilizados pelo *Gmail* a partir de 2004<sup>129</sup> podem ser lembrados, reutilizados e encontrados, inclusive seus serviços de conversa. O mesmo acontece com o *Facebook*, que armazena todos os vídeos, fotos e informações postadas, inclusive as conversas pessoais. Ao utilizar a *internet* deixa-se um rastro.

Os motores de busca, tais como *Google*, *Ask* e *Yahoo!*, armazenam todas as informações e dados já disponibilizados na rede mundial. Mesmo que se diga que a informação se conserve de maneira sigilosa, a somatória desses dados pode gerar, até com bastante precisão, o perfil de uma pessoa. Por meio do endereço IP (*Internet Protocol*) um computador pode ser identificado em uma rede. Por ser único, é possível identificar todo o caminho traçado por um computador na *internet*. O armazenamento e uso de tais dados é fundamental para a segurança da privacidade, dentre outros direitos da personalidade.

Além da possibilidade de alcance de informações pessoais, os motores de busca viabilizam o estabelecimento de uma representação digital que, em razão de seu amplo

---

<sup>128</sup> ORNELAS N., Lina. **El estatus del derecho a la protección de datos personales en México**. Congreso Internacional de Derecho y Tecnología Universidad de Colima Febrero 17, 2010. Disponível em: <[www.ucol.mx/investigacionesjuridicas/archivos/2010/11/mar\\_20\\_el\\_estatus\\_del\\_derecho\\_a\\_la\\_proteccion\\_de\\_datos\\_personales\\_en\\_mexico.doc](http://www.ucol.mx/investigacionesjuridicas/archivos/2010/11/mar_20_el_estatus_del_derecho_a_la_proteccion_de_datos_personales_en_mexico.doc)>. Acesso em 08/10/13, às 17:33.

<sup>129</sup> Informação institucional. Disponível em: <<https://www.google.com.br/intl/pt-BR/about/>>. Acesso em 18/01/2014, às 08:19.

acesso, preponderam à identidade real de um indivíduo. Rodotà responde do seguinte modo a questão da identidade: “Quem sou? Até ontem, mesmo que entre muitas cautelas, podia-se dizer ‘eu sou aquele que digo ser’. Mas já entramos em um tempo em que sempre mais se deverá admitir: ‘eu sou aquilo que o *Google* diz que eu sou’”.<sup>130</sup>

Pode-se dizer então que, atualmente, já se pode verificar um descolamento entre a identidade real e a sua representação digital, o que pode possibilitar um falso entendimento sobre os fatos efetivamente ocorridos, inviabilizando-se o desprendimento de eventos pretéritos que já não possuem atualidade. Nas palavras de Costa:

Torna-se também muito difícil mudar socialmente de opinião na medida em que se amadurece, visto que a representação digital – que, em muitos casos, possui maior preponderância que a identidade real – irá sempre vincular os indivíduos às suas ações pregressas, de tal sorte que será praticamente impossível se desvencilhar delas. Essa representação digital, além disso, é julgada não só por aqueles que estiveram presentes no momento em que as informações foram produzidas, mas também por todos que tiverem acesso a elas, sem que, nesse caso, seja explicado seu contexto, acarretando, conseqüentemente, o empobrecimento dos julgados realizados na rede.<sup>131</sup>

Uma informação pelo sistema antigo (sem *internet*) poderia levar meses ou até anos para ser conseguida, agora está disponível facilmente com a agilidade da transferência das informações disponibilizadas na grande rede. Naturalmente, é possível que nestas pesquisas dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos, sendo universalmente e globalmente divulgadas, durante um prazo indeterminado e ilimitado, possam afetar os direitos da personalidade e, em suma, a sua dignidade.

Neste ambiente, surge o direito ao esquecimento que, em linhas gerais, pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e data da ocorrência em que a informação objeto de proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, permitindo que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade/intimidade/nome/honra atingidos por fatos já então consolidados pelo tempo.

---

<sup>130</sup> RODOTÀ, Stefano. **A identidade em tempos de Google**. La Repubblica, publicado em 14-12-2009. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidade-em-tempos-de-google>>. Acesso em 18/01/2014, às 08:58.

<sup>131</sup> COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet letter digital**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013. 191 p.

## 2.1 - Necessidade biológica: o esquecimento como regra

“Ultimamente têm passado muitos anos.”<sup>132</sup> Esta frase foi utilizada por Rubem Braga em sua crônica intitulada “A companhia dos amigos” que tinha como tema principal a velocidade da ação do tempo e das relações de amizade.

As palavras do escritor foram proferidas em Dezembro de 1945, época em que o mundo possuía outra dinâmica, outro ritmo. A conhecida frase se adaptada aos tempos atuais mereceria uma releitura, em razão da modificação ocorrida pelas inovações tecnológicas, alterando o ritmo da sociedade mundial.

Nos dias de hoje, a percepção da velocidade do tempo é cada vez mais rápida. A sociedade e a legislação mal conseguem adaptar-se às inovações tecnológicas deixando vácuos e campos de incerteza, zonas cinzentas, como se pode constatar da dificuldade da sociedade moderna em lidar com questões como bioética, regulação da *internet*, entre outros casos.

Para uma crescente parcela da população mundial, viver na sociedade atual pressupõe agir e pensar *on-line*. Este é o cenário: conectado, fragmentado, contraditório. Os números, a começar pelos zeros e uns, a terminar pelos infinitos *bytes* de espaço, constroem a nova dimensão da sociabilidade. Vive-se a era multitemporal dos multiespaços.<sup>133</sup>

Neste contexto, hodiernamente a transmissão da informação flui sem controle, sem parâmetros. A facilitação na obtenção de dados a um simples clique em um buscador ligado à grande rede mundial modificou a sociedade, fazendo com que situações já sedimentadas e esquecidas sejam lembradas e rediscutidas, em qualquer momento.

Surge então uma situação antagônica. De um lado, o inequívoco interesse público da memória coletiva<sup>134</sup>, principalmente no que tange ao acesso à informação e à liberdade de expressão. De outro, o preço a se pagar pela ampla possibilidade de obtenção da informação, que é alto e sujeita a todos os indivíduos a situação de incerteza, de potencial violação de direitos fundamentais, tais como a proteção do nome, da imagem e privacidade, em razão do

<sup>132</sup> BRAGA, Rubem. **200 crônicas escolhidas: as melhores de Rubem Braga**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. 25 p.

<sup>133</sup> RIBAS, Beatriz. **A memória no ciberjornalismo: reflexões e aproximações às metodologias de análise**. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal da Bahia, faculdade de comunicação. 235 f. Orientação: Prof. Dr. Marcos Silva Palacios. Salvador, 2013. 54 p.

<sup>134</sup> Maurice Halbwachs (1877-1945) foi o criador do conceito de memória coletiva. A ideia do autor será trabalhada no próximo tópico.

caráter ilimitado de disponibilização temporal da informação, já que fatos passados e indesejáveis podem ser lembrados a todo instante.

Necessário, então, falar da memória, um tema extremamente complexo e transdisciplinar, tendo em vista que pode ser analisado por diversos prismas: neurológico/biológico, psicológico, social.

A ação do tempo é incontrolável. O que se vive hoje, tão logo aconteça, transforma-se em passado, em experiência, em rastro. Apesar disto, deve-se destacar que a informação que ficará talhada, marcada na memória de uma pessoa, não necessariamente é aquela que de fato foi vivenciada, já que, consciente ou inconscientemente, o ser humano seleciona a exclusão de momentos não desejados.

A História armazena-se de forma distinta da memória, já que esta também sofre a influência de fatores pessoais e emocionais.<sup>135</sup> A apreensão dos dados e a forma de lidar com o ocorrido é vital para estabelecer o vínculo com o presente, influenciando diretamente no futuro.

A memória é essencial ao ser humano. O cérebro, diariamente, seleciona as experiências, transformando o presente em passado, e, por tais vivências, prepara o indivíduo para o futuro. Kandel<sup>136</sup> informa o caráter inafastável de memória:

A memória confere continuidade a nossa vida: brinda-nos com uma imagem coerente do passado que coloca em perspectiva a experiência atual. Essa imagem pode não ser racional ou precisa, mas é persistente. Sem a força coesa da memória, a experiência se dividiria em tantos fragmentos como instantes existem na vida, e sem a viagem no tempo que nos permite fazer a memória, não teríamos consciência da nossa história pessoal. Somos quem somos pela obra do que aprendemos e do que recordamos.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> A despeito do que foi dito, a análise e compilação de eventos históricos não é completamente isenta, já que passa pela análise de subjetividade do próprio investigador. Mesmo assim, através de critérios objetivos e com a utilização de métodos científicos, é possível afastar os fatores emocionais e pessoais na análise dos fatos selecionados. Assim, “a única diferença entre memória e história seria que a primeira não é submetida a juízos críticos, enquanto esta se caracteriza pela crítica. A memória pode ser livremente construída, seu objeto guarda relações com a verdade, porém é lícito incluir o que não existiu e excluir o que existiu. Já a história tem a pretensão de buscar a verdade, o que implica excluir o que não existiu e incluir o que não se sabe ou que se silenciou. Por essa razão, todos são necessariamente memorialistas, mas não necessariamente historiadores, porque ser historiador é saber selecionar quais autores são importantes ou não, quais deles trazem uma explicação verossímil ou não”. Vide: FILHO, Eduardo Tomasevicius. **Entre a memória coletiva e a História de “Cola e Tesoura”: as intrigas e os malogros nos relatos sobre a fábrica de ferro de São João de Ipanema**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, departamento de História. 248 p. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. 30 p.

<sup>136</sup> Neurocientista austríaco (1929 - ) foi agraciado com o Prêmio Nobel de Fisiologia/Medicina em 2000, justamente por sua pesquisa envolvendo a transmissão de sinais entre células nervosas do cérebro humano.

<sup>137</sup> KANDEL, Erick R. **Em busca de la memoria: nacimiento de una nueva ciência de la mente**. Buenos Aires. Katz. 2007. 28 p.

O início do processo de aprendizado em que consiste a memória ocorre com a captura das informações apreendidas nos órgãos dos sentidos pelos neurônios. Esses dados são convertidos em estímulos elétricos e imediatamente transmitidos a outros neurônios em pontos denominados sinapses nervosas. Seu destino final é chegar às partes do cérebro responsáveis pelo processamento da memória. Biologicamente falando, as memórias não são idênticas e cada um dos tipos se alojará em uma diferente parte do cérebro responsável por seu processamento e eventual conservação.<sup>138</sup>

A memória é o mecanismo pelo qual um indivíduo assimila a informação vivida e se contextualiza no meio social, desenvolvendo sua individualidade através da experiência. A memória possibilita a conservação do passado por meio de imagens ou representações que podem ser evocadas em qualquer situação, a qualquer tempo.<sup>139</sup>

Além de servir de elemento essencial à formação de uma identidade pessoal, a memória de cada um dos membros de uma sociedade influencia na caracterização de uma consciência coletiva, suas raízes, valores de coesão, tradições e elementos diferenciadores sociais. Ao lembrar, o indivíduo também preenche os espaços do ocorrido, também cria. Rememorar e revisitar o passado são maneiras de viajar no tempo, com a liberação dos limites espaciais e temporais, permitindo ir e vir sem limites, transitando por dimensões muito diferentes.<sup>140</sup>

Barrocas alerta para o caráter não apenas passivo de recuperação da informação, mas da parcela criativa que cada indivíduo acrescenta ao rememorar algo:

As memórias não são somente recebidas, mas também são buscadas e selecionadas. Falar de uma simples imposição do passado seria negar o caráter criativo, subjetivo e imaginativo da memória e do esquecimento. As memórias são constantemente construídas e desconstruídas, renunciadas e ressuscitadas.<sup>141</sup>

A evolução da medicina e da tecnologia, em especial a partir do século XX, propiciaram uma revolução no estudo do corpo humano. Tal mudança de paradigma possibilitou um estudo mais aprofundado do cérebro e das formas de fixação da memória.

Izquierdo sistematizou em seu estudo os tipos de memória do ser humano, levando em consideração o momento entre sua formação e a tentativa de busca da informação. Assim:

<sup>138</sup> SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória: em direção a uma compreensão temporal da experiência Jurídica**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 353 p. Belo Horizonte, 2012. 209 p.

<sup>139</sup> IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**. Revista Estudos Avançados. Vol. 3, nº 6. São Paulo. Maio/agosto de 1989. 89 p.

<sup>140</sup> KANDEL, Erick R. *Op. Cit.* 21 p.

<sup>141</sup> BARRONCAS, Ramon. **A memória, o esquecimento e o compromisso do historiador**. Revista em tempo de histórias. Publicação do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Brasília (PPGHIS/UnB) Nº. 21, Brasília, Ago. – Dez. 2012. 127 p.

Uma classificação habitual é de acordo com o tempo transcorrido entre sua aquisição e o momento em que são evocadas: memória imediata (segundos, minutos), recente (horas ou poucos dias), remota (semanas, meses, anos). A distinção é útil desde um ponto de vista descritivo e se usa em clínica; mas não há nenhuma evidência real de que esses *tipos* de memória representem processos diferentes. É provável que a distinção se deva a influências sobre a evocação de substâncias liberadas durante a aquisição — b-endorfina, adrenalina, etc.<sup>142</sup>

Complementando os estudos de Izquierdo no que tange à formação da memória no cérebro, Kandel destaca fator essencial na fixação de uma informação na memória, qual seja, a atenção seletiva, que se caracteriza pelo nível de interesse que aquela informação terá para aquele determinado indivíduo, lecionando:

Em geral, as opiniões coincidem em que a atenção seletiva desempenha um papel fundamental na percepção, na ação e na memória: é um fator decisivo para a unidade da experiência consciente. Em todo momento, os animais são assediados por um número enorme de estímulos sensoriais; apesar disso, apenas prestam atenção a um deles ou a um número muito reduzido, e ignoram o resto. A capacidade do cérebro para processar a informação sensorial é mais limitada que a capacidade de seus receptores para captar o entorno. Por consequência, a atenção atua como um filtro selecionando alguns objetos para seu processamento posterior. Em boa medida, a virtude da atenção seletiva, as representações internas não absorvem todos os detalhes do mundo externo, e os estímulos sensoriais não permitem *per se* predizer toda ação matriz. Em nossa experiência de um instante a outro, nos concentramos em certa informação sensorial específica e excluimos o resto (isto dito de forma muito aproximada).<sup>143</sup>

Além disto, todas as memórias adquiridas em estado de alerta, com certa carga emocional ou afetiva, são melhor armazenadas e lembradas do que os fatos inexpressivos ou adquiridas em estado de sonolência. Os estados de alerta, afetivos e emocionais são acompanhados pela liberação de hormônios periféricos e neurotransmissores centrais.<sup>144</sup>

Esquecer é tão importante quanto lembrar, pois possibilita que o ser humano possa selecionar 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. Sobre o tema, Ferreira sentencia que: “Nesse sentido, o ponto de vista dos neurocientistas é particularmente interessante, pois afirmam que o esquecimento constitui, na verdade, uma etapa para aceder à lembrança”.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> IZQUIERDO, Ivan. *Op. Cit.* 93/94 p.

<sup>143</sup> KANDEL, Erick R. *Op. Cit.* 363/364 p.

<sup>144</sup> IZQUIERDO, Ivan. *Op. Cit.* 97 p.

<sup>145</sup> FERREIRA, Maria Leticia Mazzucchi. **Políticas da memória e políticas do esquecimento**. Revista Aurora, 10 : 2011. Disponível em: <www.pucsp.br/revistaaurora>. Acesso em 17/12/2013, às 16:10. 110 p.

Não há dúvida que algum grau de esquecimento é necessário para poder ter uma vida útil. É preciso esquecer para poder pensar; para poder fazer generalizações, sem as quais é impossível desenvolver qualquer atividade cognitiva. É difícil conceber a criação sem esquecimento; o esquecimento diferencia a criação da clonagem. O esquecimento é normal. O excesso de esquecimento, a perda real de memórias que não queremos perder, é patológico, denomina-se *amnésia*.<sup>146</sup>

Dessa maneira, pressupondo que a inteligência humana é fruto, em grande parte, da capacidade de abstrair e trabalhar conhecimentos genéricos, fica evidente que uma das principais vantagens do esquecimento é favorecer a elaboração e, conseqüentemente, possibilitar o desenvolvimento da própria inteligência.<sup>147</sup> Recusar a existência do caráter (in)consciente da vontade de esquecimento é limitar a função cognitiva humana, que pode executar, como mecanismo de defesa, a exclusão e eliminação de eventos negativos que lhe causem dor.<sup>148</sup>

Com relação, ainda, à necessidade de esquecimento, não se pode deixar de mencionar a “Sobrecarga de Informações” acumulada diariamente em servidores na *internet* e em bancos de dados nas organizações, acrescidos de outras mídias como jornais, revistas, livros, cujo aumento não tem limites, diferentemente da capacidade de atenção humana, que permanece praticamente inalterada. Assim, o referido termo refere-se não apenas à quantidade de informações, mas também ao caráter cada vez mais múltiplo diário, que prejudicam a produtividade e a atenção, interferindo no caráter seletivo da memória.<sup>149</sup>

Além do aspecto neurológico/biológico, a memória pode ser analisada sob o prisma psicológico. Neste particular, utilizar-se-ão os ensinamentos de Freud que assim sistematizou seu estudo sobre a memória em famosa carta que enviou a Wilhelm Fliess<sup>150</sup>:

“W [Wahrnehmungen (percepções)] são os neurônios em que se originam as percepções, às quais a consciência se liga, mas que, em si mesmas, não retém nenhum traço do que aconteceu. E isso porque *a consciência e a memória são mutuamente exclusivas*.

Wz [Wahrnehmungszeichen (indicação da percepção)] é o primeiro registro das percepções; é totalmente inacessível à consciência e se organiza de acordo com associações por simultaneidade.

Ub [Unbewusstsein (inconsciência)] é o segundo registro, disposto de acordo com

<sup>146</sup> IZQUIERDO, Ivan. *Op. Cit.* 103 p.

<sup>147</sup> PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais**. Revista de Psicologia USP. Vol. 14, 129-155, nº1. 2003. 130 p.

<sup>148</sup> Cabe ressaltar que o presente estudo analisa a memória, seu processo de formação, e as causas naturais do esquecimento. Excluem-se, por óbvio, a amnésia (esquecimento) com fundamento em deficiências orgânicas/neurológicas (patologia).

<sup>149</sup> REIS, Sérgio Luiz Viegas. **A sobrecarga de informações diante da atenção, interrupções e multitarefas**. Dissertação apresentada ao curso de mestrado em administração, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Administração *Stricto Sensu*. Orientação de: Prof. Luiz Antônio Antunes Teixeira. Belo Horizonte. 2012. 23 p.

<sup>150</sup> RICKES, Simone Moschen. **Autoria e responsabilidade**. Revista da APPOA, Nº 119. 2003. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.apoa.com.br/download/correio119.pdf>>. Acesso em 21/12/2013, às 21:03. 9 p.



outras relações, talvez causais. Os traços Ub talvez correspondam a lembranças conceituais; é igualmente inacessível à consciência.

Vb [Vorbewusstsein (pré-consciência)] é o terceiro registro, ligado à representação de palavra e correspondente a nosso ego oficial. As catexias provenientes de Vb tornam-se conscientes de acordo com certas regras; e essa *consciência* secundária do *pensamento* é posterior no tempo e, provavelmente, está ligada à ativação alucinatória das representações da palavra, de modo que os neurônios da consciência sejam também neurônios perceptivos e desprovidos de memória em si mesmos.”<sup>151</sup>

O registro do material psíquico acima descrito representa uma evolução psíquica nas fases sucessivas da vida. Na fronteira entre duas fases é preciso que ocorra a tradução do material psíquico, de maneira que o que estava ordenado sob algumas correlações passa a ser ordenado sob outras. A tradução dos dados rememorados equivaleria às retranscrições. Cada transcrição posterior inibe sua anterior e esgota-se o processo. O “recalcamento” é entendido como recusa de uma tradução que geraria desprazer. A tradução do material psíquico que começasse a gerar desprazer seria inibida e, portanto, não completada. Trata-se do que Freud chama de defesa patológica.<sup>152</sup>

A percepção de defesa permanece quando Freud aborda o recalque em si – no texto *O Recalque*. Leite e Santos, nas lições do pai da psiquiatria, visualizam na obra quatro formas de defesa do organismo, são elas: a transformação em seu contrário, o redirecionamento contra a própria pessoa, a sublimação e o recalque. Este tem como essência a ação de repelir algo para fora do consciente, bem como manter afastado dele. O recalque é um processo de defesa que só ocorre no sistema psíquico consciente, não impedindo que o estímulo permaneça existindo no inconsciente.<sup>153</sup> Neste diapasão, pode-se conceber o recalque como um objetivo inconsciente de esquecimento, em um verdadeiro mecanismo de defesa em face de um estímulo causador de um desprazer.

A memória também não escapa à literatura.

Jorge Luis Borges, em seu conto “*Funes, o memorioso*”<sup>154</sup> aborda a necessidade dos processos de presentificação. O personagem Ireneo Funes, depois de uma queda do cavalo, é acometido de uma doença que lhe confere uma memória infalível. A partir de então, Funes desenvolve uma inaptidão para o raciocínio crítico, tendo em vista que não possui a capacidade de categorização, ou seja, não consegue determinar quais as informações são de fato relevantes. Como já dito, o personagem principal da obra passa a não desenvolver o caráter seletivo da memória.

<sup>151</sup> FREUD, Sigmund. **Carta 52**. In: “A correspondência completa de Sigmund Freud para Wilhelm Fliess”. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1986. 209 p.

<sup>152</sup> LEITE, Nina Virgínia de Araújo; SANTOS, Lílian Braga dos. **Sobre a memória em Freud: uma introdução**. Revista língua, literatura e ensino. Maio, vol. III. 2008. 496 p.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> BORGES, Jorge Luis. **Prosa Completa**, vol. 1. Barcelona: Bruguera, 1979. 477/484 p.

Ginzburg transpõe a realidade descrita na obra de Borges, em especial pela confusão entre passado e presente, para o tempo atual comentando a utilização diária por meios dos motores de busca já que estes são “ao mesmo tempo, um poderoso instrumento de pesquisa histórica e um poderoso instrumento de cancelamento da história. Porque, no presente eletrônico, o passado se dissolve”.<sup>155</sup>

Mayer-Schönberger destaca como a disponibilidade livre da informação pode ser nociva para que se desenvolva o pensamento crítico do ser humano. Dessa forma, “se apenas a informação externa, mas não os pensamentos internos do indivíduo são lembrados, a memória digital permanecerá fundamentalmente incompleta”. Assim, “o processo de filtragem da informação que é armazenada ou descartada não é baseado no funcionamento interno da mente, ou por pura casualidade, mas sim por aquilo que as ferramentas digitais são capazes de lembrar”.<sup>156</sup>

José Saramago em sua obra “as intermitências da morte”<sup>157</sup> traça uma análise da imprescindibilidade da morte para a vida, e, em última análise, demonstra a necessidade da superação do passado, trabalhando a ideia do esquecimento como forma de desenvolvimento pessoal e social. A morte está para a vida, como o esquecimento para a memória.

O livro conta a estória de um país onde a morte deixa de aparecer<sup>158</sup>. O que no início é comemorado, com o passar do tempo passa a ser um estorvo. Não há alteração nas relações pessoais, não há futuro, não há prosseguimento. Ao final, Saramago revela um mundo ambíguo formado por milhões de pessoas que, eufóricas, porque a morte desapareceu de seus horizontes, sentem-se paradoxalmente aliviadas quando ela volta a ser uma presença, independente de suas vontades e atos.

---

<sup>155</sup> GINZBURG, Carlo. **História na Era Google. Fronteiras do Pensamento.** Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=wSSHnqAbd7E](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=wSSHnqAbd7E)>. Acesso em: 12/06/13, às 14:12.

<sup>156</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age.** Princeton: Princeton University Press, 2009, 166 p.

<sup>157</sup> SARAMAGO, José. **As intermitências da morte.** São Paulo: Companhia das letras. 2005. *Passim*.

<sup>158</sup> “No dia seguinte ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificado, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada.” Vide: SARAMAGO, José. Op. Cit. 11 p.

Gorender sentencia com precisão: “Assim como o esquecimento é necessário à memória, este tempo que nos vem da pulsão de morte é fundamental para que, a partir do vazio e da estranheza, surja a fagulha da criação e da vida”.<sup>159</sup>

Mayer-Schonberger, ao analisar a atual era digital, leciona que o ser humano, através dos tempos, sempre lutou contra o ato de esquecer. Desde as pinturas rupestres, a perpetuação dos acontecimentos pela linguagem, os pergaminhos, a imprensa, o homem sempre tentou eternizar a incontrolável ação do tempo.<sup>160</sup> Assim, com o advento da *internet* e a possibilidade de nada ser esquecido, todas as informações jogadas na rede não se apagam, impossibilitando segundas chances. Por isso, é preciso reintroduzir ao ser humano sua capacidade de esquecer.

Vaidhyathan também cita a inversão dos parâmetros básicos do ser humano, já que, na maior parte da história humana o esquecimento tem sido o parâmetro básico e a lembrança, o desafio. Hoje, o armazenamento e a recuperação de informações digitais transformaram a lembrança no estado-padrão do conhecimento, e o esquecimento tornou-se apenas um acidente ou exceção.<sup>161</sup>

O cinema também tem paixão pelo tema memória.

As vantagens e os problemas da modificação da memória também são retratadas na sétima arte, por meio de histórias que transpõem o espectador além do limite imaginável da capacidade de armazenamento, seja optando pelo esquecimento, seja na luta pela preservação da memória plena.

Filme *cult* da década de 90, o “Vingador do Futuro” (Total Recall, 1990)<sup>162</sup>, estrelado por Arnold Schwarzenegger, conta a estória de um pessoa que, entediada com sua vida, buscava a implantação de memórias artificiais para realizar um sonho (uma viagem a Marte), por meio da colocação de um chip. O desenrolar final do filme deixa em suspenso se de fato houve um problema na colocação do mencionado chip, que gerou toda trama da película, ou se a aventura foi apenas um sonho, aquele desejado pelo personagem principal.

Em “Brilho eterno de uma mente sem lembrança” (Eternal Sunshine of the Spotless Mind, 2004), o filme aborda a utilização da tecnologia como mecanismo de eliminação de

<sup>159</sup> GORENDER, Miriam Elza. **Tempo e memória**. Estudos de Psicanálise. Belo Horizonte. n° 37, mês de Julho, 2012, 107 p.

<sup>160</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. Cit.* 2 p.

<sup>161</sup> VAIDHYANATHAN, Siva. **A googlização de tudo (e por que devemos nos preocupar)**: a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual. São Paulo: Cultrix, 2011. 193/195 p.

<sup>162</sup> Interessante que o nome original do filme relaciona-se diretamente com a memória, diferente da versão nacional. “Total recall” significa, em tradução livre, lembrança total.

memórias autobiográficas dolorosas e indesejadas. O protagonista do filme, após uma desilusão amorosa, procura uma empresa especializada em apagar memórias penosas. No início do processo de eliminação de dados relativos à desilusão amorosa, o personagem sente-se aliviado com a exclusão de tais informações. Ocorre que, com o aprofundamento do mecanismo de eliminação de dados da memória, o cérebro do protagonista, como instinto de preservação, percebe que, apesar do final doloroso ocorrido com o término do namoro, o relacionamento possuiu diversos momentos positivos e passa, assim, a implementar uma verdadeira tentativa de preservação da memória. O diretor do filme (Michel Gondry) questiona, assim, o que é mais importante ao ser humano, se a memória de uma desilusão amorosa ou a sua completa inexistência.

## 2.2 – Esquecimento x Memória Social (aspecto público)

O direito ao esquecimento é um tema atual e pungente que tangencia vários aspectos da vida humana, com implicações sociais e econômicas, refletindo ainda na forma com que a sociedade lida com sua História, seu passado e sua evolução.

Halbwachs desenvolve em sua obra “Memória Coletiva” a ideia de que a memória não se limita às experiências pessoais e individuais. A partir da convivência e troca de informações, as experiências pessoais passam a ser compartilhadas pelo grupo, extrapolando, portanto, o plano meramente individual, criando-se uma memória que teria um conteúdo coletivo.

A memória individual, por se realizar em diversos contextos e grupos, permite que as experiências pessoais de um grupo transcendam e constituam uma memória coletiva, independente de seus membros. Assim,

Dito em outras palavras, o indivíduo participaria em dois tipos de memória. Mas, segundo participe em uma ou outra, adotaria atitudes muito distintas e até contrárias. Por uma parte, na perspectiva de sua personalidade ou de sua vida pessoal é onde se produziriam suas memórias; as que compartilha com os demais só as veria sob o aspecto que lhe interessasse, distinguindo-se da percepção dos demais. Por outra parte, em determinados momentos seria capaz de comportar-se simplesmente como membro do grupo que contribui a evocar e manter as memórias de forma impessoal, na medida que estas interessem ao grupo.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> HALBWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004, 53 p.

Apesar da constituição da memória coletiva, o indivíduo permanecerá independente e pessoal, com suas próprias reconstruções. Dessa forma:

A memória coletiva obtém sua força e duração ao apoiar-se em um conjunto de homens, são os indivíduos que a recordam, como membros do grupo. (...) Cabe ainda dizer que cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva, que este ponto de vista muda segundo o lugar que ocupa nela, e que este mesmo ponto de vista modifica segundo o lugar em que a ocupou e que este mesmo local modifica-se segundo as relações mantidas no entorno.<sup>164</sup>

O conceito fundamental extraído do pensamento de Halbwachs é o de que o requisito essencial para a perpetuação da memória coletiva será diretamente proporcional ao grau de importância que cada um de seus membros confere a determinado evento. Se houver o afastamento de algum dos membros do grupo, para este indivíduo a experiência passada se enfraquecerá e perderá em interesse por não mais compartilhá-la, já que a memória coletiva se reforça pela validação e complementação das memórias dos outros componentes do grupo.

Estas lições podem ser ajustadas e transplantadas para a realidade atual em que se pode correlacionar diretamente a ideia de direito à informação de um grupo social e a aplicação do direito ao esquecimento de um membro, sob sua perspectiva individual. Assim, a partir do momento que aquele fato pretérito já não mais é rememorado e desejado pelo indivíduo, a importância de sua memória perde força e destaque no contexto coletivo.

Para que se justifique a rememoração de uma situação pretérita, principalmente levando-se em consideração a possibilidade de afronta aos direitos fundamentais do indivíduo pertencente do grupo, deve existir efetivo interesse social e atualidade na informação, caso contrário se caracterizaria como abuso do direito da liberdade de informação, violando direitos da personalidade.

Da mesma forma que se deve proteger a memória social, aqueles conjuntos de valores desenvolvidos por anos que lhe dão substrato e forma, não se pode ignorar a existência da memória individual de cada membro, que é o verdadeiro suporte e fonte de existência da memória coletiva.

Deve-se deixar claro de plano que o foco desta pesquisa não diz respeito aos aspectos macro do “esquecimento”. Não se trata de apagar os grandes eventos<sup>165</sup>, principalmente

<sup>164</sup> HALBWACHS, Maurice. *Op. Cit.*, 50/55 p.

<sup>165</sup> Em diversos episódios históricos é possível observar a manipulação da informação e a intenção de esquecimento de forma proposital. Pode-se citar a eliminação de bibliotecas da Alexandria (em três momentos distintos: ano 48, Antes de Cristo; anos 385 a 412 e ano 640); Bizantinas (anos 781; 802 a 807 e 1204 na queda de Constantinopla); Library Of Congress, nos Estados Unidos da América em 1814 e 1851, feito pelas tropas britânicas; Biblioteca de Strasbourg, que em 1870, foi queimada por bombardeios do exército alemão; Biblioteca da Universidade de Humboldt de Berlim em 1933, onde foram queimados livros dos opositores ao regime

aqueles de extrema violência e implicações diretas aos direitos humanos.<sup>166</sup> O cerne do estudo tem viés eminentemente privatista, demonstrando a importância da proteção da memória individual, com base na dignidade humana, eixo maior da Carta Constitucional brasileira, no confronto com uma informação sem atualidade e evidente interesse social.

Apesar de não ser propriamente o objetivo desta investigação, é indispensável a observação da relação direta que se faz entre esquecimento e o aspecto público da memória, a memória social, tema suscitado especialmente na transição de governos arbitrários para regimes democráticos.

A ideia de Memória Social passou a ser analisada e reverenciada, principalmente após os movimentos de abuso dos direitos humanos ocorridos no período pós-segunda guerra mundial, tratando-se de mecanismo de proteção coletiva, para que o passado não seja esquecido. Busca-se que as agruras das ilegalidades não se reproduzam, servindo como exemplo e como objetivo a não ser repetido.

Um dado interessante merece ainda destaque, qual seja: a ideia da aplicação do direito ao esquecimento (no campo privado) ocorre justamente nos países que enfrentaram em seu passado as agruras de regimes totalitaristas, fazendo com que a permissividade da *ideia de esquecimento* fosse mais facilmente assimilada, possibilitando, assim, a sua aplicação. Tal fato não pode deixar de ser percebido.

A noção da superação do passado, de alheamento das abusividades, a intenção de “impunidade” é uma forte tendência, principalmente por aqueles que já foram participantes de governos ditatoriais, e que pretendem que a sociedade como um todo não inicie uma busca por punição e revide.

Pode-se dizer que no Brasil o direito ao esquecimento, em seu aspecto macro (público), foi tratado pela Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979. A lei da Anistia, com viés conciliador, concedeu o perdão e a impossibilidade de retaliação ou punição aos ocupantes dos cargos de poder que governaram no período da ditadura.<sup>167</sup>

---

nazista. Recentemente, em 2003, a Biblioteca Nacional de Bagdá, sediada no Iraque, foi completamente destruída pelo fogo (justamente na época da invasão Americana ao território Iraquiano chefiado por Saddam Hussein). Vide: EVANGELISTA, Fernanda Mayer. **Incêndios em bibliotecas: a perda da memória patrimonial e os prós e contras dos métodos de prevenção e controle.** Trabalho de conclusão de curso, Faculdade de Biblioteconomia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 100 p. Porto Alegre. 2008. 16/24 p.

<sup>166</sup> Importante ainda destacar o período da Inquisição, principalmente a espanhola, que, de 1478/1834, por motivos religiosos e ideológicos, tentou suprimir qualquer tipo de doutrina distinta da católica, em uma suposta “crise da fé”.

<sup>167</sup> BRASIL, Lei 6.683/1979: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de

Embora exista uma evidente correlação entre memória social e o esquecimento, as perspectivas públicas e privadas são completamente distintas e não se excluem. O aspecto público pretende a valorização de eventos históricos <sup>168</sup>, com o enfrentamento de arquivos secretos e punição de atividades ilícitas. Já o aspecto privado do direito ao esquecimento, baseado na dignidade humana, busca proteger o indivíduo em face da divulgação de informações privadas que, fora de contexto, sem utilidade pública na informação, sem contemporaneidade e que, mesmo verídicas, ferem ou podem ferir um indivíduo.

Importante salientar que, a despeito dos movimentos sociais em busca de informações e de recuperação de arquivos utilizados em regimes ditatoriais, que propiciariam a reparação civil e punição dos agentes que atuaram de forma ilegal e abusiva, o movimento de esquecimento baseado na esfera privatista não se relaciona diretamente com o aspecto público do movimento de memória social. São independentes.

Assim, a redemocratização brasileira, culminada com a proclamação da Constituição da República Federativa Brasileira, ocorreu com a superação de um regime ditatorial, transformando-se em um regime democrático de forma negociada. <sup>169</sup>

Em geral, a consolidação de um regime democrático de forma negociada caracteriza-se pela estipulação das condições de transição do poder, garantindo aos dirigentes da velha ordem certas prerrogativas e direitos que não existiriam caso a transição se desse de forma violenta e brusca, com o resultado de serem retirados abruptamente de sua posição.

Estabelece-se, tácita ou expressamente, uma “regra do silêncio”, pela qual, em nome da necessidade de se consolidar o novo regime, deixam-se esqueletos no armário. Com o passar do tempo, algumas destas questões adormecidas serão definitivamente esquecidas, mas outras poderão ser reveladas e os crimes elucidados e punidos. Nesse momento, porém, as novas instituições já podem ter-se enraizado na sociedade e os traumas maiores de seu passado podem vir à tona sem os mesmos riscos de antes. <sup>170</sup>

---

fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

<sup>168</sup> Assim, questões empolgantes como os debates sobre um “falseamento da história” ou sobre a “história dos vencedores”, no grande embate existente entre opressores e oprimidos não é objeto desta pesquisa.

<sup>169</sup> Outros exemplos de transição negociada: Espanha Pós-Franco; Chile, Pós-Pinochet; Pós-Fujimori no Perú; Afastamento do Partido Nacional (africâner) na África do Sul.

<sup>170</sup> CINTRA, Antônio Octávio. **As comissões de verdade e reconciliação: o Caso da África do Sul**. Estudo de Fevereiro de 2001 realizado pela consultoria legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2231/comissoes\\_verdade\\_cintra.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2231/comissoes_verdade_cintra.pdf?sequence=1)>.

Acesso em 11/10/2013, às 13:15. 4 p.

Van Zyl define a justiça transicional como um verdadeiro esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. Para isso, as estratégias da justiça transicional devem ser consideradas como parte fundamental na construção da paz, já que abordam as necessidades e as reclamações das vítimas, reconciliam, reformam as instituições estatais e restabelecem o Estado de Direito.<sup>171</sup>

Dessa forma, a memória, bem como o esquecimento, podem ser utilizados de forma intencional. A grande resistência ao direito ao esquecimento na seara privada é confundi-lo com o aspecto público, em que se busca a proteção de dados dos eventos de grande repercussão e interesse público.

Como já demonstrado previamente, o controle da memória e da informação já foi deturpado em inúmeras ocasiões na História, principalmente no intuito de supressão de dados ou censura de conhecimento, de forma que tal deturpação atingiu níveis alarmantes nos regimes totalitários do século XX.

Comentando o episódio do Nazismo na Alemanha, Arendt faz uma importante consideração sobre os regimes totalitários do século XX. Assim:

Sempre que galgou o poder, o totalitarismo criou instituições políticas inteiramente novas e destruiu todas as tradições sociais, legais e políticas do país. Independentemente da tradição especificamente nacional ou da fonte espiritual particular da sua ideologia, o governo totalitário sempre transformou as classes em massas, substituiu o sistema partidário não por ditaduras “unipartidárias”, mas por um movimento de massa, transferiu o centro do poder do Exército para a polícia e estabeleceu uma política exterior que visava abertamente ao domínio mundial. Os governos totalitários do nosso tempo evoluíram a partir de sistemas unipartidários; sempre que estes se tornavam realmente totalitários, passavam a operar segundo um sistema de valores tão radicalmente diferente de todos os outros que nenhuma das nossas tradicionais categorias utilitárias — legais, morais, lógicas ou de bom senso — podia mais nos ajudar a aceitar, julgar ou prever o seu curso de ação.<sup>172</sup>

No intuito de estudar com mais clareza o fenômeno de ocultamento da História, é importante emergir no que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra mundial. Em uma tentativa de superação do passado, diversos setores da sociedade preferiram ignorar o nazismo buscando justificativas que não se sustentavam, tais como de que a própria Alemanha seria a primeira vítima do nazismo ou que o Terceiro Reich limitava-se à sua cúpula, setor que seria o verdadeiro responsável pelas atrocidades ocorridas naquele período.

<sup>171</sup> VAN ZYL, Paul. **Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies: Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding**. Alan Bryden e Heiner Hänggi (org.). Genebra: DCAF, 2005, 47 p.

<sup>172</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, 512 p.



Como resistência a esta manobra política de ocultamento da verdade, fatos ocorridos e documentados, a sociedade alemã enfrentou as celeumas de seu tempo por meio do julgamento ocorrido no Tribunal Militar Internacional, o Tribunal de Nuremberg, ocorrido em 1945/1946.

Assim, prevaleceu a ideia de que esquecer não significa desconhecer ou sofrer o induzimento do esquecimento por um núcleo controlador da informação. Enquanto não se enfrenta o acontecido, a ferida não cicatriza. Afrontar o passado, apesar de doloroso e complexo, é necessário à reflexão e ao fechamento das questões essenciais de uma sociedade. Para esquecer, é necessário conhecer.

Interessante observar a forma com que as questões do passado foram tratadas na Alemanha e nos países latino-americanos. Enquanto no país bávaro houve um forte movimento de esquecimento, como forma de vergonha, como mecanismo de superação do passado, apesar de segmentos que buscavam a abertura das informações, nos países da América do Sul, principalmente em razão da modificação do poder por meio dos movimentos de redemocratização negociada, houve uma sensação de impunidade, garantido por lei, resultando em registros públicos fechados e secretos.

Considerar a violência ocorrida no período da ditadura militar como algo não dito, subliminar, por meio de um silêncio oficial do Estado, configura-se como tentativa de induzimento de um reconhecimento de inexistência de um período histórico, desconsiderando todas as pessoas que se doaram e deram sua vida na formação da identidade e da democracia de seu país.

Buscou-se, assim, consolidar um anestesiamiento geral, no intuito de se ocasionar uma falta de responsabilidade histórica por parte do Estado Brasileiro, como forma evidente de beneficiar os estamentos mais próximos do poder.

As palavras de Moraña, que foram direcionadas à mesma prática de irresponsabilidade pública e de silenciamento do passado ocorridos na Argentina e no Uruguai, adequam-se, com perfeição, ao fenômeno ocorrido no Brasil, como se pode observar:

A memória cívica foi, assim, substituída pela lembrança íntima dos que, simplesmente, não podem esquecer; a justiça social foi reciclada como ética privada; a cartase possível do debate aberto e o julgamento dos culpáveis foi substituído por uma aparente *tabula rasa* que instaurou o paradoxo das liberdades recuperadas enquanto se retirava da esfera pública, a discursividade da culpa, consolidado pelas práticas sociais da ditadura.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> MORAÑA, Mabel. (Im)pertinência de la histórica em América Latina. In: BERGERO, Adriana J; REATI, Fernando (Org.). **Memória colectiva y políticas de olvido. Argentina e Uruguay, 1970-1990**. Rosario: Beatriz Viterbo Editora, 1997, 36 p.

Os desaparecidos decorrentes do processo de resistência à opressão do poder do Estado Totalitário não podem ser alijados, desconsiderados e esquecidos. Suas famílias merecem uma resposta, um fechamento digno, justamente como forma de enfrentar o passado e superá-lo.

Esquecer pressupõe o conhecimento. O não-saber impossibilita o acesso aos fatos, a análise, a avaliação, a consolidação, enfim, a superação.

A Justiça de Transição possui diversos objetivos que foram sistematizados por Ost desta forma:

Igualmente, é sobre uma medida em quatro tempos que se toca esta partitura. Lado do passado: a memória e o perdão; lado do futuro: a promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro, como quando ao término de uma reviravolta de jurisprudência o juiz se libera de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa, que liga o futuro através dos compartimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança.<sup>174</sup>

Para tanto, em meados da década de 1980, alguns países que sofreram com governos ditatoriais criaram as Comissões da Verdade (CVs) que se converteram em “estruturas estandardizadas” que, em razão da violação sistemática dos direitos humanos por parte de um Estado, tem por objetivo investigar os fatos e as responsabilidades dos agentes públicos. As CVs constituem, portanto, um mecanismo de grande relevância no processo de globalização do discurso e prática jurídica dos direitos humanos, assim como no campo da chamada “justiça transicional”, que analisa o contexto de transição política de um regime totalitário para um democrático e, em especial, o papel da justiça e do direito.<sup>175</sup>

Assim, após a consolidação da democracia, O Brasil vem passando por um momento de reafirmação de sua História e o tema, já há muito tempo tratado em outros países, passa a ser tratado no território nacional.

---

<sup>174</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 17.

<sup>175</sup> MAESO, Silvia Rodríguez. **O contexto da denúncia na Comissão da Verdade e Reconciliação Peruana: a política do testemunho e o conhecimento científico**. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 2 – p. 349-386 – jul./dez, 2011. 351 p.

Em 18 de novembro de 2011, por meio da Lei nº 12.528, foi instituída no Brasil a Comissão Nacional da Verdade <sup>176</sup>, que tem por finalidade efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional, com a apuração de graves violações dos direitos humanos <sup>177</sup> ocorridas no período de 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

Revisitando o tema, o Conselho Federal da OAB <sup>178</sup> propôs a ADPF <sup>179</sup> nº 153 no intuito de ver declarada interpretação conforme a Constituição do §1º, do art. 1º da Lei 6.683/79 <sup>180</sup> para que a anistia concedida fosse limitada aos crimes políticos e conexos, possibilitando, assim, a penalização dos agentes públicos por crimes comuns.

O processo foi relatado pelo Ministro Eros Grau e foi julgado improcedente por 7 votos a 2. A corte máxima nacional entendeu que não caberia ao Poder Judiciário rever um acordo político, que foi essencial para a transição do regime da ditadura militar para a democracia.

No contexto atual, olhar para o passado (lei da anistia) e criticar a possibilidade da irresponsabilidade penal dos agentes públicos para todas as atrocidades cometidas (tortura, homicídios, estupro) àquela época parece óbvio, mas também injusto.

É necessário que se tenha em perspectiva o contexto fático daquele tempo em que se visualizou a possibilidade da interrupção de abusos, de ilegalidades, mirando um futuro com abertura política e liberdade.

---

<sup>176</sup> BRASIL, Lei 12.528/11. A lei estipula prazo final para conclusão da Comissão, nos termos do art. 11: “Art. 11. A Comissão Nacional da Verdade terá prazo até 16 de dezembro de 2014, para a conclusão dos trabalhos, e deverá apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações.”

<sup>177</sup> A comissão nacional da verdade está dividida nos seguintes grupos de trabalho: Araguaia; Contextualização, fundamentos e razões do Golpe Civil-Militar de 1964; Ditadura e gênero; Ditadura e sistema de Justiça; Ditadura e repressão aos trabalhadores e ao movimento sindical; Estrutura de repressão; Mortos e desaparecidos políticos; Graves violações de Direitos Humanos no campo ou contra indígenas; Operação Condor; O Estado ditatorial-militar; Papel das Igrejas durante a ditadura; Perseguição a militares; Violações de Direitos Humanos de Brasileiros no exterior e de estrangeiros no Brasil. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/2012-05-22-18-30-05/veja-todos-os-grupos-de-trabalho>>. Acesso em 02/01/2014, às 10:34.

<sup>178</sup> Fato curioso que merece ser ressaltado é que o principal articulador e intermediador para edição da Lei da Anistia, propiciando a abertura política, foi feita justamente pelo mesmo conselho Federal da OAB que, por meio da ADPF pretendeu a declaração de inconstitucionalidade da Lei 6.683/79.

<sup>179</sup> A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) é o mecanismo hábil para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público quando houver controvérsia sobre lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal) anteriores à promulgação da Constituição aferindo, assim, a sua compatibilidade com a nova ordem constitucional.

<sup>180</sup> BRASIL, Lei 6.683/79, Art. 1º “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Importantes as palavras do Conselheiro Federal da OAB, Sepúlveda Pertence, que à época da costura da nova legislação que autorizaria a irresponsabilidade penal, já sabia dos efeitos danosos do ajuste, mas que, cotejando com a expectativa de um futuro livre, era favorável à edição da lei atacada pela ADPF:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia. (...) Cremos, por fim, que o pronunciamento da Ordem dos Advogados, a respeito desse projeto não pode terminar sem que a entidade repise, uma vez mais, a advertência, já reiterada, sobretudo através do eminente ex-presidente Raymundo Faoro: no processo de construção o Estado de Direito, a anistia “é uma passo necessário, mas não o suficiente”. Ainda que se tornasse ampla, geral e irrestrita, ela deixaria subsistir, para o futuro, empecilhos institucionais decisivos contra o estabelecimento, no País, dos pressupostos necessários a uma autêntica convivência democrática.<sup>181</sup>

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal significa, em poucas palavras, a irresponsabilidade criminal pelos crimes políticos e comuns ocorridos na época da ditadura militar.

Além do entrave jurídico ocorrido com a decisão da corte máxima pátria, deve-se mencionar ainda a existência da Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso à informação, que prevê a existência de informações que podem permanecer indisponíveis pelo prazo de vinte e cinco, quinze ou cinco anos, em razão de sua imprescindibilidade aos interesses do Estado ou da sociedade (informação ultrassecreta, secreta ou reservada) funcionando como limitador do acesso às informações públicas que possam solucionar as lacunas para eventos de importância nacional.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> Relatoria de J. Paulo Sepúlveda Pertence, membro do Conselho Federal da OAB, no Processo CP 2164/79 (projeto de lei da anistia). Disponível em: <[http://s.conjur.com.br/dl/parecer\\_oab\\_anistia\\_79.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf)> . Acesso em 16/11/2013, às 16:58.

<sup>182</sup> BRASIL, Lei 12.527: “Art. 24: A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista *no caput*, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:

I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; II - secreta: 15 (quinze) anos; e III - reservada: 5 (cinco) anos.

§ 2º As informações que puderem colocar em risco a segurança do Presidente e Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos(as) serão classificadas como reservadas e ficarão sob sigilo até o término do mandato em exercício ou do último mandato, em caso de reeleição.

§ 3º Alternativamente aos prazos previstos no § 1º, poderá ser estabelecida como termo final de restrição de acesso a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação.

§ 4º Transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final”.

Destaque-se que, mesmo com o objetivo de esclarecer fatos; promover a prevenção de novas violações aos direitos humanos; recomendar adoção de medidas e políticas públicas, a lei que instituiu a criação da Comissão Nacional da Verdade prevê, ainda, outra limitação importante, qual seja, a proteção do cidadão, da sua intimidade, nos termos do art. 5º, nestes termos:

Art. 5º As atividades desenvolvidas pela Comissão Nacional da Verdade serão públicas, exceto nos casos em que, a seu critério, a manutenção de sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas.

Independentemente do que foi dito, a irresponsabilidade criminal ou a manutenção de arquivos públicos fechados ou limitados por determinado prazo não significa impossibilidade de investigação e busca por respostas, que é justamente o objetivo da criação da Comissão Nacional da Verdade: dar um desfecho digno às famílias dos desaparecidos que lutaram contra o regime opressivo da ditadura.

A despeito da diferenciação do direito ao esquecimento na esfera pública (memória social) e na esfera privada (aspecto privado), o que se busca com as comissões da verdade é justamente conhecer, saber, assimilar a informação, para então obter um fechamento, a superação, o esquecimento.

Assim, utilizando-se como paralelo a linguagem processual civil, o objeto imediato dos movimentos de memória social é lembrar, saber, mas seu objeto mediato é justamente esquecer.

Ao final das contas, mesmo nos movimentos de memória social observa-se que trabalha a ideia de preservação do passado, mas superando-o, possibilitando que o presente seja vivido em sua integralidade.

Dessa forma, após a demonstração da relação da noção de esquecimento em seu aspecto público, principalmente tendo em vista a noção de Regimes de Transição, manipulação de eventos históricos e na abertura de registros públicos, passa-se à análise da relação do esquecimento na esfera privada, na superação individual de fatos ou informações que, a priori, não possuem qualquer relevância fundamental para a continuidade de uma sociedade, mas que podem ferir gravemente a dignidade de uma pessoa, impedindo-a, justamente, de seguir em frente.

## 2.3 – Esquecimento x memória individual (aspecto privado)

Após o exame da memória e sua ligação com os movimentos de memória social e coletiva, principalmente no que tange à obtenção de informações das atrocidades ocorridas na transição de um governo ditatorial para o regime democrático, passa-se à análise do direito ao esquecimento como mecanismo de proteção individual.

De forma resumida, abordando suas principais características, o direito ao esquecimento pode ser caracterizado como a faculdade de a pessoa não ser molestada por “atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade”.<sup>183</sup>

Todo homem deseja ser lembrado. Em nossa existência fugaz por este mundo, o ser humano deseja imprimir sua marca, deixar seus vestígios, seus descendentes. O homem é um ser sociável e, por meio de suas relações interpessoais, aprende e evolui.

Como dito anteriormente, a evolução tecnológica e as formas de armazenamento e obtenção da informação sofreram uma drástica mudança nos últimos quarenta anos. Uma notícia veiculada no jornal poderia ser obtida em uma pesquisa após um grande esforço. A foto impressa era apenas divulgada e mostrada para as pessoas mais próximas. Com a *internet*, os buscadores de pesquisa transformaram a dificuldade em facilidade e, por meio de um simples clique é possível obter qualquer tipo de informação. Aquela foto privada, quando disponibilizada em redes sociais, mesmo com acesso restrito, transforma-se em foto pública.

### 2.3.1 – Definição de direito ao esquecimento

No primeiro capítulo desta pesquisa analisou-se a evolução dos direitos da personalidade, demonstrando como os direitos mais intrínsecos do ser humano buscam seu fundamento de existência e validade no princípio da dignidade humana.

Estabeleceu-se, ainda, que os direitos da personalidade não se limitam a um rol taxativo. Com o passar dos tempos, novos direitos da personalidade podem surgir, como já

---

<sup>183</sup> DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do *Habeas data***, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). ***Habeas data***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. 300 p.

ocorreu com a proteção do direito à imagem, que se desvinculou da proteção à honra possuindo atualmente caráter independente.

Observa-se, assim, o nascimento de uma nova figura da personalidade, um direito inédito com âmbito de proteção distinto dos demais, com características próprias e diferenciadas.

Não há que se confundir o direito ao esquecimento como apenas uma vertente de qualquer um dos direitos da personalidade já previstos no ordenamento nacional. Em realidade, trata-se de um direito independente cujo objeto está ligado à memória individual, que tal qual a memória coletiva é também digna de tutela pelo ordenamento jurídico. O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja lembrar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade terceiros estranhos a sua pessoa. Como tal, é direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Em outras palavras, o direito ao esquecimento<sup>184</sup> é a possibilidade de defesa que, tal como uma redoma, permite a um particular que não autorize ou retire a veiculação de um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal.

O direito ao esquecimento não se relaciona apenas com a possibilidade do direito de estar só, mas caracteriza-se pela vedação de se obrigar um indivíduo a conviver com pedaços de seu passado trazidos, imprudentemente, por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados e depositados no fundo da memória e do tempo, sem que haja qualquer motivo de fato razoável para a divulgação da informação. Para Bucar:

Com efeito, a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> O termo possui nomes correlatos no Direito Comparado tais como: “Derecho al olvido” (países de língua espanhola); “The right to be let alone”, “The right to be forgotten”(EUA); “Droit à l’oubli” (França); “Recht auf Vergessenwerden” (Alemanha). No Brasil também pode ser encontrado: “Direito de ser deixado só”, “Direito de estar só”.

<sup>185</sup> BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Revista civilistica.com, ano 2º, nº 3. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica-com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em 04/01/2014, às 15:14. 9/10 p.

Não se pode perder de vista que os direitos da personalidade são o aspecto mais intrínseco do ser humano, sem qualquer limitação taxativa legal, podendo ser ampliado na medida em que a sociedade evolui.

### 2.3.2 – A autonomia do direito ao esquecimento e seu fundamento

Situar o direito ao esquecimento dentro do manancial jurídico é tarefa árdua. A jurisprudência passa ao largo do tema, preocupando-se mais com seus efeitos do que seu fundamento. Por outro lado, a doutrina ainda não debateu de forma vigorosa o tema, o que impede a sua melhor caracterização e definição. Esta falta de sistematização pode se verificar pela absoluta ausência de obras jurídicas específicas sobre o tema.

Na tentativa de situar os posicionamentos possíveis, este tópico abordará a problemática da autonomia do direito ao esquecimento e qual seria o seu verdadeiro fundamento.

Em razão de possuir caracterizadores próprios, dentre os mais marcantes o da efetiva utilidade da informação e sua atualidade, o direito ao esquecimento, para uma corrente, retiraria seu fundamento de proteção diretamente do princípio geral da dignidade humana. Neste esteio, seu âmbito de proteção estaria diretamente ligado à proteção da memória individual, da paz espiritual, configurando-se como um novo direito da personalidade.

Pode-se dizer, ainda, que outro fator indicativo de sua autonomia seria o efeito prático de sua aplicação já que, ao se reconhecer a proteção da memória individual permite-se o direito a ser esquecido, abrangendo-se, da mesma forma, a proteção de diversos outros direitos da personalidade (tais como: nome, imagem, honra, privacidade), em razão da limitação da informação. Demonstra-se, assim, que seus objetos jurídicos embora sejam distintos e diferenciados, misturam-se e confundem-se em razão do caráter de essencialidade, já que dizem respeito ao ser humano, que não pode ser cindido de nenhuma maneira.

Apesar do que foi dito, a corrente oposta e predominante visualiza o direito ao esquecimento como uma continuação do direito à privacidade. Assim, o direito à privacidade, em uma leitura atual, deixa de se restringir ao seu aspecto negativo (proteção da intimidade), mas passa a conter um aspecto positivo, qual seja, a possibilidade de autodeterminação de



dados pessoais. Portanto, o direito ao esquecimento poderia ser considerado um consectário lógico da privacidade, na vertente do controle temporal dos dados pessoais.<sup>186</sup>

O âmbito de proteção do direito ao esquecimento é resguardar a exploração da informação já solidificada pelo decurso do tempo. Como se observa, seu espaço de proteção parece ser distinto de todos os outros direitos da personalidade previstos atualmente, embora a sua aplicação prática, por meio de seu reconhecimento, cause efeitos em relação a todos aqueles (nome, imagem, honra, privacidade). A esfera de proteção objetivada pelo direito ao esquecimento é a memória individual da pessoa, relacionando-se com sua paz espiritual, aspecto necessário e fundamental da dignidade da pessoa humana.

Para definir com rigor a autonomia de um direito da personalidade, interessante o estudo feito por Dotti ao traçar o caminho da independência alcançado pelo direito à vida privada, que auxiliará na caracterização ou não da emancipação do direito ao esquecimento. Assim:

A passagem da proteção do direito à vida privada – de sua sede primitiva para os domínios do Direito Público, se fez inicialmente, através da ‘autonomização’. Não deveria mais haver confusão com outros direitos da personalidade como o direito ao domicílio, ao nome, à voz, à imagem, à honra, à reputação, à integridade do corpo humano etc. A doutrina considerou o direito ao respeito da vida privada como geral, absoluto e extrapatrimonial. E a jurisprudência passou a declarar que tal direito pertence ao patrimônio moral de toda pessoa física e constitui, como a imagem (e outros) um ‘prolongamento de sua personalidade’.<sup>187</sup>

Dessa forma, a despeito de entendimentos em contrário, o direito ao esquecimento merece ser considerado como um direito da personalidade autônomo constituindo um prolongamento da personalidade humana, em razão da existência de seus contornos próprios.

O Direito ao esquecimento caracteriza-se, assim, como um direito da personalidade moral, e seus principais atributos são os mesmos de qualquer direito da personalidade sendo inato; permanente; personalíssimo; absoluto (*erga omnes*); indisponível; irrenunciável; extrapatrimonial; impenhorável e imprescritível.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Considerando o direito ao esquecimento como uma vertente do direito da privacidade, vide: BUCAR, Daniel. *Op. Cit.* 13 p. Como exemplo, vide: PENCO, Ángel Acedo. **El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX.** Disponível em: <<http://www.ceddal.com/revista/pdf/tema6.pdf>>. Acesso em 28/12/13, às 14:31. Admitindo o direito ao esquecimento, porém negando-lhe sua autonomia, situando como uma forma de controle temporal da privacidade, vide: BUCAR, Daniel. *Op. Cit.*; RAMINELLI, Francieli Puntel. **Dignidade da Pessoa Humana e intimidade na sociedade informacional:** o direito ao esquecimento de dados pessoais. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. 04/06 de junho, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf>>. Acesso em: 23/01/2014. 884 p.

<sup>187</sup> DOTTI, Renê Ariel. *Op. Cit.* 176 p.

<sup>188</sup> Observe-se que, embora se deseje com a aplicação do direito ao esquecimento regular o prazo com que a informação possa ser divulgada, o caráter imprescritível relaciona-se com a possibilidade de exercer seu direito

Como visto nas lições de Halbwachs, a força e obrigatoriedade da memória coletiva é diretamente proporcional – e ligada umbilicalmente – ao interesse de algum grupo de indivíduos. Quando o dado pretérito perde força e deixa de querer ser rememorado pelos seus membros, a força da memória coletiva dilui-se. Assim:

Quer dizer que a memória individual, por oposição à memória coletiva, é uma condição necessária e suficiente a remorização e ao reconhecimento das recordações? De maneira nenhuma. Já que, se esta primeira memória se anulou, se não se pode recordá-la, é porque o indivíduo já não faz parte do grupo há tempos em cuja memória continuava vivo. (...) A reconstrução da memória deve realizar-se a partir de dados e noções comuns que se encontra na mente do indivíduo da mesma forma que existe nos demais membros do grupo, por ela circula destes para aqueles e vice-versa, o que só será possível se o indivíduo continuar seguindo membro da mesma sociedade.<sup>189</sup>

Pode-se dizer então que, apesar do descolamento do grupo e da falta de interesse em rememorar situações pretéritas, a *internet* inviabiliza o esquecimento, atingindo diretamente a memória individual, aspecto essencial do ser humano.

Schreiber informa que a colisão destes princípios (informação/expressão e proteção à liberdade individual/memória pessoal) ganha contornos mais amplos e dramáticos na atualidade, em razão da facilitação da obtenção e propagação da informação pela *internet*:

A *internet* não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: 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 o direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a sua vida, por um acontecimento pretérito.<sup>190</sup>

Não há que se falar, portanto, em apagar ou modificar o próprio passado, mas impedir que ocorra a exploração indevida de evento passado, que já não possui atualidade ou interesse na divulgação da informação, causando uma violação direta à dignidade de um indivíduo.

Pode-se sistematizar a aplicação do direito ao esquecimento em dois grande blocos: aqueles previstos em lei (prescrição, prazos pré-estabelecidos para utilização da informação, reabilitação, proibição de penas eternas) e aqueles advindos da vontade do particular (desde que demonstre a falta de atualidade da informação e a inexistência de efetivo interesse público na informação).

---

de ser esquecido, que poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que preencha seus requisitos básicos, quais sejam, ocorrência de lapso temporal razoável e a falta de interesse/utilidade na informação.

<sup>189</sup> HALBWACHS, Maurice. *Op. Cit.* 34 p.

<sup>190</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 164.

O direito ao esquecimento desenha-se, assim, como um direito de defesa, de sentido positivo. Permite-se, assim, que o indivíduo negue o acesso à sua informação pessoal, se oponha à sua recolha, difusão, ou qualquer outro modo de tratamento. Mais do que defesa, é um direito a decidir até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe respeitam, construindo-se como uma liberdade, como um poder de determinar o uso dos seus dados pessoais.<sup>191</sup>

No Brasil não há legislação específica sobre a proteção dos dados pessoais e a sua proteção se dá por meio da interpretação de dispositivos constitucionais e legais. A proteção constitucional se extrai do direito à informação (art. 5º, inc. XV), da inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, inc. X), bem como pela garantia do *Habeas data* (art. 5º, inc. LXXII). Outras normas, infraconstitucionais, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor também possibilitam a tutela dos direitos individuais. Portanto, na intenção da repressão ao uso indevido de dados, o cidadão brasileiro deverá socorrer-se do Poder Judiciário, tendo em vista que não possui mecanismos administrativos mais céleres na resolução do abuso.

O uso abusivo de dados pode ocorrer por meio de violação da informação atual, atingindo a privacidade ou pode, em razão do decurso do tempo passar a ser tutelado por outra proteção, qual seja, o direito ao esquecimento, por meio da valorização e defesa da memória individual. Assim, se a informação é presente, o certo é falar de direito à privacidade. Se a proteção se dá em razão da utilidade e atualidade da informação ou dado, protegendo-se a memória pessoal, aí ocorrerá uma especialização, da mesma maneira que já ocorreu o descolamento da imagem do direito à honra.

Assim, importante destacar fatos presentes, que, se não forem tutelados na contemporaneidade pela proteção da privacidade, deverão ser coibidos e defendidos pelo direito ao esquecimento. Dessa forma, destaque-se a questão atualíssima da violação de dados pessoais em dispositivos eletrônicos. Recentemente, dois episódios com Chefes de Estado

---

<sup>191</sup> Sobre o tema: “Actualmente, são fundamentalmente três as Directivas comunitárias vulgarmente conhecidas por *privacy Directives* (que, em bom rigor, respeitam a matéria de protecção de dados pessoais): são elas, a Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, e a Directiva 2002/53/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. Todas elas influenciaram a protecção concedida em matéria de dados pessoais pelos Estados Membros da União Europeia, em virtude da obrigatoriedade da sua transposição”. Vide: CASTRO, Catarina Sarmiento. **O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro.** Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/CatarinaCastro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf)> . Acesso em 27/12/2013, às 15:13. 8 p.

demonstraram a fragilidade destes aparatos, demonstrando a facilidade e potencialização de lesão dos direitos da personalidade dos cidadãos na época atual.

No final de dezembro de 2013 foi noticiado na imprensa mundial, por meio do vazamento do ex-analista da Agência de Segurança Nacional Americana (NSA) Edward Snowden, que o celular pessoal (dentre outros mecanismos) da chanceler alemã Ângela Merkel fora *hackeado*, com o monitoramento de suas ligações e transferência de dados.<sup>192</sup>

A presidente brasileira Dilma Rousseff também sofreu monitoramento por parte da NSA, com patente violação de sua intimidade e do sigilo de suas comunicações (*e-mail*).<sup>193</sup>

Diante do ocorrido, Brasil e Alemanha se uniram e levaram projeto de resolução à Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), que, ao final, foi aprovado em 18 de dezembro de 2013, no intuito de regulamentar e proteger o direito à privacidade na era digital.<sup>194</sup>

Em território pátrio, na tentativa de regular a proteção de dados e outros dispositivos, tramita no Congresso Nacional o projeto batizado como “Marco Civil da *Internet*”, que será abordado oportunamente no próximo capítulo.

Em razão da inexistência de hierarquia entre os princípios constitucionais, a solução do conflito admitirá a prevalência, mesmo que apenas momentânea, de um sobre o outro. Embora não se admita soluções *prima facie* para os conflitos, é possível estabelecer critérios e parâmetros que norteiem o julgador e confirmem maior segurança jurídica à sociedade.

No plano prático, a proteção da memória individual, por meio do direito a ser esquecido, conflitará principalmente com o direito à liberdade de informação – podendo atingir, ainda, o direito à liberdade de expressão. Para tanto, será necessário estabelecer os critérios para que se determine quando existirá o interesse público que autorize a divulgação dos dados. No próximo capítulo da pesquisa o tema será abordado com mais profundidade,

<sup>192</sup> Observe-se a divulgação de tais fatos. Disponível em: <<http://thehill.com/blogs/defcon-hill/operations/194104-top-secret-nsa-hacking-teams-exposed>> e <<http://www.dw.de/ehud-barak-diz-que-revela-C3%A7-C3%A3o-de-grampo-contra-merkel-foi-toque-de-despertar/a-17223627>>.

<sup>193</sup> Além da presidente do Brasil, o presidente do México, Enrique Peña Nieto, também foi monitorado. Sobre o tema na imprensa: disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/dilma-rousseff-foi-alvo-de-espionagem-dos-estados-unidos--segundo-documentos-110027925.html>>; <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/07/dilma-brasil-nao-concorda-com-interferencia-nas-comunicacoes-de>>. Acessos em 28/01/2014, às 11:58.

<sup>194</sup> Vide: **Assembleia Geral da ONU aprova resolução de Brasil e Alemanha sobre direito à privacidade**. “O documento ressalta que o direito à privacidade é um direito humano e afirma, pela primeira vez, que as pessoas têm os mesmos direitos tanto *offline* quanto *online*. Ele reconhece que a segurança pública pode justificar a coleta de determinadas informações, mas reafirma que os países devem cumprir suas obrigações para com o direito internacional”. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/assembleia-geral-da-onu-aprova-resolucao-de-brasil-e-alemanha-sobre-direito-a-privacidade/>>. Acesso em 28/01/14, às 12:54.

para que se possa então sugerir alguns critérios mais claros e objetivos na resolução do embate entre os princípios constitucionalmente protegidos.

### 2.3.3 – Casos célebres de direito ao esquecimento pelo mundo

O direito ao esquecimento não é uma descoberta atual. Como se demonstrará, o esquecimento já foi utilizado em diversas situações, inclusive em casos há mais de um século. Em realidade, o que erigiu o tema à ordem do dia mundialmente foi o surgimento e consolidação da *internet*, que em razão de sua possibilidade de armazenamento ilimitada, possibilita que questões consolidadas no tempo possam ser debatidas, prejudicando interesses de terceiros.

Recentemente, março de 2013, o tema foi objeto de Enunciado, da autoria do professor Doutor Guilherme Magalhães Martins, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), nestes termos: “Enunciado nº 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Vale lembrar que a redação do Enunciado inicialmente proposto era: “A tutela da dignidade da pessoa humana na Internet pressupõe o direito ao esquecimento, tendo em vista o ambiente da rede mundial de computadores, cujos meios de comunicação potencializam o surgimento de danos novos”. Vê-se, portanto, que a redação final do Enunciado não se distancia em nada de sua redação inicial. A justificativa do Enunciado ensina:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando, como no caso da apresentadora Maria das Graças Xuxa Meneghel, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, após anos de disputa judicial (Resp. 1.316.921-RJ, 3ª.t. rel. Min Fátima Nancy Andriighi, DJ 29.6.2012), isentou de responsabilidade o provedor de pesquisa da Google do Brasil, não obstante se tratar de caso de responsabilidade objetiva, regulado pelo artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Anderson Schreiber, *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 166-167).

Segundo Stefano Rodotà (Daí ricordi ai datti l’oblio à un diritto? *La Repubblica*. In: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html> Acessado em 10.12.12, “**apresenta-se como direito de governar a própria memória, para devolver a cada um a possibilidade de se reinventar, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das jaulas em que uma memória onipresente e total pretende aprisionar tudo(...) A Internet deve aprender a esquecer através do caminho de uma memória social seletiva,**

**ligada ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa (tradução livre)."** (Grifo nosso)

É fato que os enunciados proferidos nas Jornadas de Direito Civil não possuem força cogente, no entanto, funcionam como uma importante fonte de pesquisa e interpretação na solução dos espaços duvidosos da lei. O Enunciado em tela, portanto, traz importante contribuição ao chamar a atenção para a necessidade de se pensar no direito ao esquecimento como caminho para preservação de uma memória social seletiva, atenta aos direitos fundamentais do ser humano.

Além da elaboração do enunciado, o STJ julgou recentemente dois processos paradigmáticos, que serão avaliados de forma pormenorizada em tópico próprio, que analisará os parâmetros utilizados pela jurisprudência brasileira.

Um dos precedentes do direito ao esquecimento mais conhecidos no mundo é o chamado "Caso Lebach"<sup>195</sup>, que foi uma reclamação constitucional decidida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 05/06/1973.

A lide discutia o conflito entre liberdade de imprensa em face da afronta aos direitos da personalidade. Tratava-se de um pedido liminar formulado por um reclamante que se envolvera auxiliando empreitada criminosa, junto de outros dois homens, em ação que resultou na morte de quatro soldados, deixando um gravemente ferido. O crime ocorreu pela noite, quando os soldados protegiam um depósito de munição, que foram roubadas.

Os dois principais acusados foram condenados, em agosto de 1970, à prisão perpétua. O reclamante foi condenado, em razão do auxílio na preparação da ação criminosa, a seis anos de reclusão, cumprindo sua pena integralmente.

Momentos antes da soltura do reclamante, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), em razão do interesse da opinião pública no caso, produziu documentário sobre o ocorrido. No documentário, além dos dois condenados à prisão perpétua, também o reclamante era apresentado com foto e nome, para depois serem representados por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais, dos acontecimentos da noite do crime e, finalmente, sua perseguição e prisão pela polícia.<sup>196</sup>

O reclamante tentou impedir a exibição do programa alegando, em suma, a violação dos direitos da personalidade, já que era citado nominalmente no documentário, impedindo a

<sup>195</sup> SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de jurisprudencia do tribunal constitucional federal alemán.** MARTINS, Leonardo (org.). Fundación Konrad Adenauer. Montevideo. 2005. 486/494 p.

<sup>196</sup> *Ibidem*, 487 p.

sua ressocialização. Seu pleito foi negado diante dos tribunais ordinários (Tribunal Estadual de Mainz e Tribunal Superior de Koblenz) que entenderam que o envolvimento do solicitante no crime o tornaria uma personalidade da história recente, visualizando interesse público na divulgação da informação.<sup>197</sup>

O Tribunal Constitucional Alemão julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade, nestes termos:

Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.<sup>198</sup>

Fato amplamente divulgado na imprensa ocorreu na Inglaterra. Dois menores, então com 10 anos de idade, torturam até a morte outro menor de apenas 2 anos. Anos após, quase atingindo a maioridade, a juíza Elizabeth Bitler Sloss, em razão do caráter especial do caso, decidiu por lhes conceder uma proteção sem precedentes ao anonimato, que seria vitalícia. Este esquecimento impede que a mídia possa informar sua localização, novas identidades, tirar fotos, divulgar imagens ou qualquer dado a seu respeito.<sup>199</sup>

Outro caso de envergadura mundial foi o julgamento ocorrido em 1931 pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, que no caso *Melvin versus Reid*, reconheceu a existência do direito ao esquecimento em favor da recorrente, Gabrielle Darley, que teve a vida devassada por um filme (*Red Kimono*) que contara sua biografia, com passado de prostituição e acusação de um homicídio em que fora absolvida em 1918. A autora processou o produtor do filme, alegando o seu direito de ser esquecida, principalmente levando em consideração que já havia casado e levava uma vida digna e honrada e a falta de utilidade na informação.<sup>200</sup>

<sup>197</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem.** Revista de informação legislativa, ano 31, nº 122. Mai./jul. 1994. Brasília. 300 p.

<sup>198</sup> SCHWABE, Jürgen. *Op. Cit.* 487 p.

<sup>199</sup> RIPLEY, Amanda. **When Killer Boys Grow Up.** Revista “Time” digital. Domingo. 14/01/2001. Disponível em: <<http://content.time.com/time/printout/0,8816,95245,00.html#>> . Acesso em 29/01/2014, às 16:35.

<sup>200</sup> DOTTEI, Renê Ariel. *Op. Cit.*, 90/91 p.

Fruto dos tempos atuais, em 2006, Stacy Snyder, jovem universitária americana, adicionou ao seu perfil virtual 'My Space' uma foto com um copo e uma fantasia de pirata, intitulado-a de *drunken pirate* (pirata bêbada). A aluna finalizava seus estudos de pedagogia e, apesar de cumprir todos os créditos exigidos, não conseguiu se formar na faculdade, sob a alegação de um comportamento não condizente com a postura de um professor.

A administração da faculdade baseou-se exclusivamente na mencionada foto postada por Stacy, que chegou a cogitar a retirada da mesma, mas o estrago já estava feito, já que os indexadores dos mecanismos de busca já relacionariam, de forma indeterminada, o nome da aluna ao episódio.<sup>201</sup>

Os casos nacionais serão avaliados em momento oportuno.

Passa-se, assim, ao estudo da aplicação do direito ao esquecimento em âmbito nacional e internacional, mesmo que com a inexistência de previsão de um regramento próprio para tal operação.

---

<sup>201</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Op. Cit.*, 1/3 p.



“Ah, memória, inimiga mortal do meu repouso!”

*Miguel de Cervantes*

### **CAPITULO 3 – A REGULAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: EXPERIÊNCIA COMPARADA E PROJETO NACIONAL**

O direito ao esquecimento possui outras alcunhas, outras designações que possuem o mesmo significado, tais como “o direito de ser deixado em paz”, “o direito de estar só”, e na língua espanhola como “derecho al olvido” ou “caducidade del dato negativo”.

Como já dito no primeiro capítulo, a despeito de entendimentos em contrário<sup>202</sup> sustentando que o direito ao esquecimento trata-se de derivação do direito à vida privada, da intimidade ou da honra, o instituto em estudo fundamenta-se, de fato, diretamente na dignidade da pessoa, com fundamento no art. 1º, III da *Magna Carta*, caracterizando-se como um novo direito da personalidade, com completa autonomia.

O direito ao esquecimento, embora não expresso, pode ser extraído de uma interpretação dos dispositivos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, já que em seu art. 12<sup>203</sup> prevê a proteção da privacidade contra a ingerência e abusos de terceiros.

Assim, a utilização de dados solidificados pelo transcurso do tempo, sem qualquer interesse coletivo na divulgação da informação, traduz-se em afronta aos direitos da personalidade e não pode ser chancelado pelo Estado. Sobre o tema, Acedo tece os seguintes comentários:

<sup>202</sup> Pode-se citar o exame do professor espanhol Ángel Acedo Penco, que entende que o direito ao esquecimento retira seu fundamento de validade no direito à honra. Vide: PENCO, Ángel Acedo. *Op. Cit.*

<sup>203</sup> ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. “Art. 12: Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 04/01/2013, às 15:47.

Se produz uma ingerência ilegítima, o ataque à vida privada das pessoas, quando, mediante a utilização de um simples buscador, ao alcance de todos os cidadãos, é permitido em apenas segundos, ter acesso a dados privados, que, mesmo que em algum momento pudessem chegar a ser públicos, justificada ou injustificadamente, perderam toda a sua vigência e interesse público, três, cinco, dez ou vinte anos depois.<sup>204</sup>

Em 03 de dezembro de 2009, no Panamá, foi editada a Declaração Latino-americana de Direitos Humanos<sup>205</sup> que prevê o “direito à informação verdadeira”, “direito à memória e ao conhecimento verdadeiro dos fatos, à informação e ao acesso à informação pública”, e entende que o “acesso às novas tecnologias de informação e tecnologia como algo inalienável”.

Além de reconhecer a importância do direito à informação e do acesso às novas tecnologias e à *internet*, não se pode supor que tal acesso seja irrestrito e absoluto, sob pena de violar a esfera privada de cada cidadão.

Assim, a Declaração Latino-Americana de Direitos Humanos prevê o *habeas data*, que se traduz em mecanismo de proteção em face dos abusos que possam ser realizados. O seu art. 28 estatui: “O Direito a proteção da intimidade e dados pessoais, mediante o recurso de *habeas data*”.

Após traçar panorama dos principais tratados internacionais que regulam o tema, a pesquisa abordará a legislação aplicável no Brasil, nas mais diversas áreas, demonstrando que, em realidade, tudo leva a crer que o direito ao esquecimento, já é utilizado no arcabouço jurídico nacional por meio de outros nomes, designações e institutos.

### 3.1 – A aplicação legal no Brasil

O direito ao esquecimento tem como escopo a proteção temporal das informações que, em virtude da sua falta de utilidade e contemporaneidade, insere-se em um campo de proteção individual.

A proteção abrangida pelo direito a ser esquecido adquire proporções gigantescas com os avanços tecnológicos, potencializando o risco da exposição da informação. Qualquer dado

<sup>204</sup> PENCO, Ángel Acedo. *Op. Cit.*, 4 p.

<sup>205</sup> Declaração latino-americana de direitos humanos, arts. 23, 24, 25, 26, 28. Disponível em: <<http://www.parlatino.org/pt/orgaos-principais/a-assemblya/declaracoes-e-resolucoes-da-assemblya/declaracoes-aprovadas-durante-la-xxv-assemblya-ordinaria-do-parlatino/declaracoes-aprovadas/1558.html>>. Acesso em 30/10/2013, às 11:56.

inserido na *internet*, em razão da capacidade ilimitada e sem precedentes de acumulação da informação, permite a sua recuperação a qualquer tempo, possibilitando lesão aos direitos individuais. Apesar disso, vale registrar que o direito ao esquecimento não se limita ao meio virtual.

O complexo de normas brasileiro, ao que tudo indica, já prevê e aplica o direito ao esquecimento, mesmo que não se perceba com clareza a aplicação do instituto. Todos aqueles mecanismos de proteção e defesa do indivíduo baseados no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização da informação são, genericamente, formas de aplicar o direito ao esquecimento.

O Direito serve como um fator de estabilização do passado, conferindo segurança jurídica e previsibilidade do futuro em razão da aplicação de seu regramento na sociedade. Vários são os institutos de estabilização, tais como a prescrição, a decadência, o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O Código Penal Brasileiro estipula no art. 107 os casos de extinção da punibilidade, incluindo a anistia neste rol: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: II - pela *anistia*, graça ou indulto”.<sup>206</sup> Retira-se, assim, o direito de punir do Estado.

Capez conceitua a anistia como “a lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais”.<sup>207</sup> Destaque-se a utilização do termo “esquecimento” feito pelo autor.

Ainda na seara criminal, o Código Penal (CP)<sup>208</sup> e de Processo Penal (CPP)<sup>209</sup> e a Lei de Execuções Penais (LEP), Lei 7.210/84, estabelecem outro instituto em que o direito ao esquecimento é aplicado: a reabilitação.

<sup>206</sup> Damásio de Jesus diferencia com clareza a anistia da graça e indulto: a) A anistia exclui o crime, rescinde a condenação e extingue totalmente a punibilidade; a graça e o indulto apenas extinguem a punibilidade, podendo ser parciais; b) A anistia, em regra, atinge crimes políticos; a graça e o indulto, crimes comuns; c) A anistia pode ser concedida pelo Poder Legislativo; a graça e o indulto são de competência exclusiva do Presidente da República; d) A anistia pode ser concedida antes da sentença final ou depois da condenação irrecorrível; a graça e o indulto pressupõem o trânsito em julgado da sentença condenatória. DE JESUS, Damásio. **Código Penal anotado**. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2012. 397/402 p.

<sup>207</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 1**. 16ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. 596/597 p.

<sup>208</sup> BRASIL, Código Penal: “Da Reabilitação. Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e

Para que se compreenda com precisão o objetivo do instituto, será traçada sua evolução, em especial, no que tange ao prazo para sua concessão, avaliando, ainda, se seus efeitos são requeridos ou automáticos, para ao final, abordar a Jurisprudência atual sobre o tema.

O CPP (decreto-lei nº 3.689/41), em seu art. 743 previu a reabilitação nestes termos: “A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo”.

Assim, com a declaração da reabilitação, aplica-se o art. 747 do CPP: “A reabilitação, depois de sentença irrecorrível, será comunicada ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere”.

Proferida a sentença declaratória da regeneração do condenado, após o trânsito em julgado, cumpre ao Juiz determinar a remessa de cópia da decisão ao Instituto de Identificação e Estatística ou outra que faça as vezes, para que se eliminem os dados negativos da ficha do

privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa”.

<sup>209</sup> BRASIL, Código de Processo Penal. “Da reabilitação. Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.

Art. 744. O requerimento será instruído com: I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal, em qualquer das comarcas em que houver residido durante o prazo a que se refere o artigo anterior; II - atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento; III - atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado; IV - quaisquer outros documentos que sirvam como prova de sua regeneração; V - prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.

Art. 745. O juiz poderá ordenar as diligências necessárias para apreciação do pedido, cercando-as do sigilo possível e, antes da decisão final, ouvirá o Ministério Público.

Art. 746. Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício.

Art. 747. A reabilitação, depois de sentença irrecorrível, será comunicada ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Art. 749. Indeferida a reabilitação, o condenado não poderá renovar o pedido senão após o decurso de dois anos, salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documentos.

Art. 750. A revogação de reabilitação (Código Penal, art. 120) será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

condenado. Tal informação só poderá ser solicitada por Juízo Criminal, na forma do art. 748, do CPP.<sup>210</sup>

A Lei. 7.209/84 reformou a parte geral do Código Penal e, no art. 94, estipulou que: “A reabilitação poderá ser requerida, decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, senão sobrevier revogação (...)”.

A prever um prazo inferior para a concessão da reabilitação, operou-se a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, regendo-se, assim, pelo prazo determinado no art. 94 do CP, que revogou o CPP neste particular.

Assim, a reabilitação alcança qualquer pena que tenha sido aplicada em sentença definitiva, possibilitando ao condenado que lhe seja assegurado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, inclusive com a retirada dos dados da folha de antecedentes criminais, desde que requerida em até 2 (dois) anos após a extinção da execução da pena.

Nos termos do art. 93 do CP, a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, podendo atingir os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92 do CP.

Shintati comenta a aplicação da reabilitação aos efeitos secundários da pena, nestes termos:

Obtida a reabilitação: a) o condenado estará habilitado para a investidura só em outro cargo, função pública ou mandato eletivo, vedada a reintegração à situação anterior (parágrafo único do art. 93, CP); b) o condenado estará habilitado a exercer o pátrio poder, tutela ou curatela só em relação aos demais filhos, tutelados ou curatelados, sendo, dessa forma, permanente a incapacidade em relação à vítima (parágrafo único do art. 93, CP); c) o condenado estará habilitado a voltar a dirigir veículo, já que, nesse caso, o parágrafo único do art. 93 do CP não veda a reintegração à situação anterior.<sup>211</sup>

A Lei de Execuções Penais (LEP), Lei 7.210/84, que entrou em vigor na mesma data da reforma da Parte Geral do Código Penal, possui regramento que, à primeira vista, confunde-se com o instituto da reabilitação, mas que, como se observará, objetiva situação distinta.

Dispõe o art. 202 da LEP que “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça,

<sup>210</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**, vol. 2. 14ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. 602 p.

<sup>211</sup> SHINTATI, Tomaz Mituo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro. Forense. 1993. 351 p.

qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

Observe-se que, enquanto o objetivo da reabilitação é permitir o cancelamento do registro da condenação, apagando da folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e restaurando os direitos atingidos pelos efeitos da condenação (art. 92, inc. I e II, do CP), a previsão da LEP é garantir o sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação, que é obtido sem qualquer outro requisito, além da extinção da pena, na forma do art. 202.<sup>212</sup>

Neste passo, o acesso aos registros criminais para fins não legítimos caracterizará uma violação aos direitos da personalidade do cidadão. Sobrinho desenvolve a ideia:

A vida privada da pessoa é protegida pelo sigilo das informações contidas no registro criminal. Mesmo sem o ordenamento jurídico nacional dispor, expressamente, acerca do caráter sigiloso do registro criminal, é necessário interpretá-lo com essa característica sob pena de desvirtuar-lhe o emprego, permitir acessos ilegítimos e violadores da privacidade alheia, exacerbando seu papel estigmatizante, característica que a modernidade exige redução máxima.<sup>213</sup>

Toda a inserção no sistema criminal brasileiro foi necessária para demonstrar que, a reabilitação alcança qualquer pena, inclusive seus efeitos secundários, mas que a veiculação de informação referente à extinção ou cumprimento de pena opera-se automaticamente, não podendo ser utilizada por qualquer meio, salvo para instruir processo criminal.<sup>214</sup>

<sup>212</sup> DA COSTA, Álvaro Mayrink. **Notas sobre a Execução Penal**. Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010. 262/266 p.

<sup>213</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. **Registro criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Tese de doutorado, departamento de direito processual da Universidade de São Paulo, orientado pelo Prof. Dr. Antônio Scarance Fernandes. 257 p. São Paulo. 2009. 28 p.

<sup>214</sup> STJ, 5ª Turma, Recurso de Mandado de Segurança nº 33.300/RJ, Min. Rel. Ministra Laurita Vaz, Min. Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 23.10.2012:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE DADOS CRIMINAIS. MANUTENÇÃO PELO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SIGILOSIDADE. ARQUIVOS DE ACESSO EXCLUSIVO VIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 748 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É uníssono o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, ‘por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado’ (RMS 24.099/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 23/6/08).

2. ‘Tais dados entretanto, não deverão ser excluídos dos arquivos do Poder Judiciário, tendo em vista que, nos termos do art. 748 do CPP, pode o Juiz Criminal requisitá-los, de forma fundamentada, a qualquer tempo, mantendo-se entretanto o sigilo quanto às demais pessoas. (Precedente)’ (RMS 19501/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 1/7/05)

3. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedendo em parte a segurança, determinar a vedação de acesso aos registros constantes dos bancos de dados do Instituto de Identificação, salvo pelo Poder Judiciário para efeito de consulta fundamentada de Juízes Criminais”.

A Constituição Brasileira, art. 5º, inc. XLVII, “b”: estatui que: “não haverá penas: b) de caráter perpétuo”. A reabilitação, prevista no CP e CPP, possibilita a implementação deste regramento no campo penal. Observe-se que o texto constitucional teve o cuidado de utilizar o termo “pena”, e não “prisão”, demonstrando, assim, a impossibilidade de que qualquer sanção possua caráter perpétuo.

Ora, levando-se em consideração que um crime é a ação típica, ilícita e culpável que afronta os bens mais relevantes de uma sociedade, observando-se, ainda, a aplicação dos princípios de intervenção mínima, proporcionalidade da pena e lesividade, não há qualquer razoabilidade em que um ordenamento jurídico permita o esquecimento e superação de um crime, impossibilitando a divulgação de sua existência, e não autorize a um indivíduo a sua autodeterminação pessoal de dados impedindo a veiculação de informações que lhe digam respeito, lícitas ou ilícitas, principalmente levando em consideração a falta de contemporaneidade e utilidade pública na informação.

É possível visualizar ainda a aplicação do direito ao esquecimento com a previsão dos §§ 4º e 6º da lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nestes termos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.<sup>215</sup>

No campo civil também há a previsão do direito ao esquecimento. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seus art. 43 e 44<sup>216</sup>, dispõe sobre o banco de dados e

---

<sup>216</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor: “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. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a

cadastros dos consumidores<sup>217</sup> estipulando prazo máximo de 5 (cinco) anos para a utilização de informações negativas relativas ao crédito do consumidor, bem como a proibição da utilização de tais dados no intuito de impedir ou dificultar acesso ao crédito, nestes termos:

Art. 43. (...) § 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. (...)  
 § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Apesar da redação do mencionado dispositivo legal, em qualquer relação consumerista, o âmbito de proteção do consumidor não se limita apenas aos cadastros de proteção de crédito, mas a todo e qualquer banco de dados de arquivo de informações a respeito de consumidores – pessoas físicas ou jurídicas.<sup>218</sup>

A abertura de arquivos de consumo com anotações pessoais sobre o consumidor constitui violação dos direitos fundamentais do cidadão (art. 5, incs. X, XIV, XXXIII e LXXII, CR). Além de poder exigir a supressão de tais dados, o lesado poderá reclamar indenização pelos danos patrimoniais e morais em face do arquivista e o fornecedor dos dados.<sup>219</sup>

O Direito Processual brasileiro também prevê o esquecimento com a previsão da destruição dos autos, na forma do que preceitua o art. 1215 do Código de Processo Civil.<sup>220</sup>

A esfera Administrativa também regula o direito ao esquecimento. A Lei 8.112 de 1990, que estatui o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis no âmbito federal, prevê a possibilidade do esquecimento nos termos do art. 137:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

---

reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. § 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

<sup>217</sup> A despeito de discussões iniciais, a manutenção de banco de dados sobre consumidores não são proibidas pelo CDC, mas exigem a observância dos parâmetros gerais de lealdade, transparência e cooperação no intuito de prevenir e diminuir os dados que podem ser causados pelos fornecedores que os utilizam no mercado. Vide: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. 853 p.

<sup>218</sup> NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013. 639 p.

<sup>219</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. 2012. 158 p.

<sup>220</sup> BRASIL, Código de Processo Civil: “Art. 1.215. Os autos poderão ser eliminados por incineração, destruição mecânica ou por outro meio adequado, findo o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do arquivamento, publicando-se previamente no órgão oficial e em jornal local, onde houver, aviso aos interessados, com o prazo de 30 (trinta) dias.”



Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

O *caput* do art. 137 da L.8112/90 prevê o prazo de 5 (cinco) anos de incompatibilidade para o retorno às atividades públicas, estipulando, assim, um verdadeiro direito ao esquecimento de tais informações, que não poderão ser utilizadas contra o servidor.

Cumprido destacar, ainda, que o parágrafo único do mencionado disposto legal é absolutamente incompatível com a Constituição Federal (art. 5, XLVIII, b, CF), em razão da proibição da pena em caráter definitivo e perpétuo, em qualquer âmbito (civil, administrativo ou criminal).<sup>221</sup>

Situação excepcional, ainda, é a da criança ou do adolescente que se envolvem em fatos que alcancem notoriedade pública (ex. disputa de guarda; autor ou vítima de crime), que, em razão de sua situação especial precisam ter o direito a ser esquecido assegurado, para que assim se possa permitir a evolução de sua individualidade, reconquistando as condições necessárias ao desenvolvimento sadio e pleno.<sup>222</sup>

No caso do menor infrator que tenha cumprido medida sócio-educativa, além da proteção conferida pelos artigos 143 e 144<sup>223</sup>, da Lei n. 8.069/90, relativos a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos, é evidente a aplicação do direito ao esquecimento em relação ao ato criminoso que tenha praticado quando era penalmente inimputável, que não pode permanecer como pecha, como pena eterna em face daquele menor. O STJ já decidiu neste sentido impossibilitando a utilização daqueles fatos pretéritos ocorridos sob a proteção do ECA serem aproveitados na investigação social prevista em edital de concurso público.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012. 337 p.

<sup>222</sup> CURY JÚNIOR, David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), orientação: Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura. 269 p. São Paulo. 2006. 97 p.

<sup>223</sup> BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90: Art. 143. E vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome. Art. 144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

<sup>224</sup> BRASIL, STJ, REsp nº 48.278 / DF, Rel. Min. Pedro Aciole; Rel. para acórdão: Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª Turma, Data do Julgamento: 27/08/1996: Ementa:

“Administrativo. Mandado de segurança. "concurso público". Agente de polícia. "investigação social". Crime (homicídio) cometido por candidato quando era "menor inimputável". Ilegalidade da investigação social da "banca examinadora", com violação literal do "estatuto da criança e do adolescente (arts. 143 e 144)". A presunção de irrecuperabilidade de quem já cometeu delito penal, a par de solapar um dos primados da civilização ocidental, jogaria por terra toda a política criminal da reabilitação e reintegração do delinquente a seu meio social. Recurso especial conhecido pela alínea "a" do autorizativo constitucional.

### 3.2 – *Habeas data* e a lei de acesso à informação

Em 05 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa Brasileira foi promulgada, superando um grave período de ditadura militar caracterizada pela restrição de direitos e liberdades individuais.

A “Constituição Cidadã”, termo cunhado pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, foi um marco na redemocratização do Estado Brasileiro que tem como uma de suas características fundamentais a consagração de amplo rol de garantias e direitos individuais e coletivos.

Ao lado dos direitos, a *Magna Carta* fez previsão de alguns instrumentos processuais que teriam o objetivo precípuo de dar efetividade em juízo aos direitos consagrados materialmente, tais como: mandado de segurança; mandado de injunção; *habeas corpus*; ação popular e *habeas data*.

A despeito dos outros instrumentos que já eram conhecidos na ordem jurídica brasileira, o mandado de injunção<sup>225</sup> e o *Habeas data* foram inovações constitucionais, que àquela época necessitavam da regulamentação ordinária.

Assim, o *habeas data* está previsto na Constituição da República, nestes termos:

“Art. 5, LXXII - conceder-se-á "*habeas data*":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

---

I - o recorrente especial, quando menor penalmente inimputável, assassinou colega. Ao candidatar-se a concurso público (agente de polícia), teve seu pedido indeferido, porque a banca examinadora apurara, por conta própria, o fato, ocorrido perto de 10 anos atrás. Irresignado, o ora recorrente especial ajuizou ação de mandado de segurança. O TJ teve como legal o ato impetrado.

II - O STJ tem considerado legal o indeferimento de Inscrição de candidato com base na "investigação social" prevista em edital do concurso (RMS n. 45/MT, Min. Mosimann; REsp n. 15.410/DF, Min. Garcia e Resp n. 50.524/DF, Min. Maciel). No caso concreto, todavia, o órgão Impetrado violou expressamente os arts. 143 e 144 do ECA (lei n. 8.060/1990), que vedou "a divulgação de atos Judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional". Ademais disso, no caso particular do recorrente a vedação de participar de concurso para cargo público, viável até para o penalmente reabilitado, Jogaria por terra toda a política criminal de reajustamento e reintegração a vida social, além de solapar um dos Primados de nossa civilização.

III - recurso especial conhecido pela alínea 'a'.”

<sup>225</sup> Cumpre esclarecer que, a despeito do mandamento constitucional, ainda não há previsão legal regulamentando o mandado de injunção. Neste esteio, no intuito de dar efetividade ao remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal aplica, por analogia, o rito do mandado de segurança ao mandado de injunção ao interpretar o art. 24, Parágrafo único da Lei 8.038/1990: “Art. 24 [...] parágrafo único – No mandado de injunção e no *Habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.” Vide: FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O mandando de injunção no direito constitucional brasileiro**: análise dos projetos de lei em tramitação e modelos de competência nas constituições estaduais. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez. 2012. 118 p.

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”

Como se observa, a Constituição da República erigiu a direito fundamental a proteção da intimidade, da vida privada, bem como a possibilidade de retificação dos dados relativos a um particular.

Até o advento da Lei nº 9.507/97, o *habeas data* era regulado pelas normas do mandado de segurança, na forma da legislação específica aplicável ao caso (Lei 8.038/90). Além das duas hipóteses já elencadas na Constituição (art. 5º, CR, inc. LXXII, “a” e “b”), a lei do *habeas data* previu uma nova hipótese para a utilização do remédio constitucional para “a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.507/97.

O *habeas data* é um instituto concebido pelo legislador brasileiro de forma inovadora e apresenta a peculiaridade de ter influenciado em outras legislações latino-americanas, a ponto de até poder ser tratado, em certa medida, como um modelo seguido dentro do continente.<sup>226</sup>

Em consonância com a exegese das determinações constitucionais e legais, o *habeas data* possui natureza personalíssima, de modo que apenas o “interessado” poderá pleitear a retificação, conhecimento e justificação de seus dados pessoais.<sup>227</sup> Apesar do caráter personalíssimo, Sobrinho sustenta que, em caso de morte do interessado, deveria ser concedida a possibilidade de substituição processual pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do interessado, tendo em vista que o bem tutelado no caso é a proteção de dados do falecido.<sup>228</sup>

<sup>226</sup> “Esta sua inserção em outros ordenamentos latino-americanos não chega a surpreender, após uma breve análise – afinal, fatores de ordem geopolítica parecem ter contribuído decisivamente para isso. Sinteticamente, há de se apontar para o fato de que um instituto do gênero tenha uma especial razão de ser em sociedades recém-saídas de regimes militares, como em diversos países latino-americanos na década de 1980 em diante, em cujas sociedades persistia o trauma pelo uso autoritário da informação. (...) Após o fim destes regimes, um instrumento para a requisição das informações pessoais em mãos do poder público era tanto desejado quanto necessário, seja para a tutela dos direitos fundamentais envolvidos como também pelo seu importante papel na formação de uma cultura democrática.” Neste sentido, vide: DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro e a ação de Habeas data.** Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/12297/30655>>. Acesso às 13/12/2013, às 11:26. 130 p.

<sup>227</sup> Sobre o tema ver: TUCCI, Rogério Lauria. **Processo e procedimento na ação de habeas data.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. 335-336 p.; WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia. **O habeas data na Lei nº 9.507/97.** Revista de informação legislativa, Brasília, a. 35, nº 137 jan/mar. 1998. 303/312 p.

<sup>228</sup> SOBRINHO, Mário Sérgio. *Op. Cit.*, 204 p.

No *habeas data* são legitimados passivos qualquer órgão público, pessoa ou entidade de natureza privada que conservem registros ou dados públicos, em todo âmbito e poder, bastando para tanto que as informações arquivadas possam ser acessadas por terceiros.

O rito procedimental do remédio constitucional exige a negativa prévia administrativa<sup>229</sup>, nos termos do que disciplina o art. 8 da Lei 9.507/1997, que determina:

“Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

A exigência da recusa prévia comunicação administrativa como condicionante à ação judicial é severamente criticada na doutrina<sup>230</sup>, já que esvazia e impede a resolução rápida e emergencial que os dias atuais merecem, em função da velocidade com que a informação pode circular, a despeito de ser aceita pela jurisprudência<sup>231</sup>. Doneda sintetiza a crítica:

Aquela que é, provavelmente, a maior limitação do *Habeas data* é visível somente quando levamos em consideração todo o contexto no qual se insere: um sistema de proteção de dados pessoais que possui como instrumentos principais de atuação o recurso a uma ação judicial (e isso somente após o périplo administrativo) não se nos apresenta como um sistema adequado às exigências da matéria. Os problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme observamos, processam-se cada vez mais "em branco", sem que o interessado perceba. Este, nas situações em que sabe ou suspeita da falsidade dos seus dados armazenados em algum banco de dados, ou do uso indevido que deles é feito – ou mesmo quando deseja simplesmente fazer uma verificação – encontra-se diante da necessidade de recorrer a uma incerta via administrativa (cujo não atendimento, aliás, não implica

<sup>229</sup> BRASIL, STJ, súmula nº 2: “Não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

<sup>230</sup> “A facultatividade do requerimento administrativo é constitucional, pois o art. 5º, inciso XXXV, não subordina o exercício do direito de ação à existência deste. De fato, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no seu art. 5º, inciso XXXV, vedou que se condicionasse o exercício do direito de ação a qualquer requisito, dispensando, assim, o prévio esgotamento da via administrativa para se interpor o *habeas data*, no caso da Lei nº 9507/97. E se assim dispõe, garante a constitucionalidade da facultatividade deste requerimento”. Vide: MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **O *habeas data* brasileiro na perspectiva da sua inefetividade e como instrumento do acesso à justiça**. Disponível em: <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/id/38547452.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/38547452.html)>. Acesso em 13/012/2013, às 15:35. No mesmo sentido: PIZZOLANTE, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque. ***Habeas data* e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 129/130 p.; MEDINA, José Miguel Garcia. **Análise dos requisitos exigidos pela lei 9507/97, de 12.11.97, para a impetração do *habeas data*** - constitucionalidade, natureza jurídica e tentativa de sistematização, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). ***Habeas data***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 151/152 p.

<sup>231</sup> BRASIL, precedentes: STF, RHD 22/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/91; STJ, HD 4/DF, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 1ª Seção, julgado em 28/08/89 e HD 5/DF. Rel. Min. Américo Luz, 1ª Seção, julgado em 27/06/89.

diretamente em nenhuma penalidade objetiva ao responsável pelo armazenamento dos dados) e, no insucesso desta tentativa, deve utilizar-se do *Habeas data* que, diferentemente do *habeas corpus*, exige um advogado para sua interposição. Em suma, um tratamento inadequado para um interesse cuja atuação necessita de instrumentos promocionais ágeis e versáteis, capazes de acompanhar a dinâmica das informações pessoais e seu trânsito em um ambiente de segurança e respeito.<sup>232</sup>

As críticas ao *habeas data* não se limitam aos doutrinadores brasileiros. Guadamuz comenta a limitação da proteção abarcada pelo instrumento no sistema brasileiro: “sendo a pátria de nascimento do *Habeas data*, a legislação brasileira é a menos desenvolvida e pode-se dizer que é a que oferece um dos instrumentos de proteção da privacidade mais pobres”.<sup>233</sup>

Além do rito, outra grave limitação do *habeas data* diz respeito ao seu âmbito de proteção (conhecimento, explicação ou retificação), deixando de fora a possibilidade da exclusão ou cancelamento de qualquer dado ou informação.

Em um esforço interpretativo, buscando conferir uma utilidade prática e atual ao remédio constitucional, algumas vozes<sup>234</sup> buscam conferir uma elasticidade ao conceito de retificação. Nas palavras de Barbosa Moreira:

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do *habeas data*, delimitado na Carta Política. De resto, apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência *mais intensa* (retificação de dados), é razoável admitir, *a fortiori*, que se preste à de providência *menos intensa* (simples anotação de explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentamentos existentes).<sup>235</sup>

Apesar dos esforços, o fato é que a ação de *habeas data* já não é instrumento capaz de proporcionar uma tutela integral e completa aos dados pessoais, sendo o seu âmbito de atuação específico à garantia do direito de acesso, sem estabelecer outras formas de tutela que se fazem necessárias na Sociedade da Informação.<sup>236</sup> Neste esteio, o *habeas data* praticamente deixou de ser utilizado sendo prescindido pela utilização de ações ordinárias ou mandado de segurança<sup>237</sup>, em razão de sua maior amplitude, permitindo que se almeje à exclusão ou cancelamento de qualquer dado ou informação.

<sup>232</sup> DONEDA, Danilo. *Op. Cit.* 135 p.

<sup>233</sup> GUADAMUZ, Andrés. *Habeas data: The Latin-American Response to Data Protection*, in: The Journal of Information Law and Technology. v. 2, 2000. Disponível em: <[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000\\_2/guadamuz/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_2/guadamuz/)>. Acesso em 13/12/2013, às 12:35.

<sup>234</sup> Neste sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998 e SOBRINHO, Mário Sérgio. *Op. Cit.*, 207 p.

<sup>235</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 35, nº 138, abr./jun.1998, 95 p.

<sup>236</sup> DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, 140 p.

<sup>237</sup> Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

No intuito de conferir maior proteção aos direitos protegidos constitucionalmente, principalmente aqueles que dizem respeito ao caráter mais intrínseco do ser humano, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que busca atualizar a legislação brasileira no que tange à proteção de dados e conferir regramentos à utilização da *internet*.

O direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas é regulado pela Lei de Acesso à Informação (L. 12.527/11) sendo aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, representando importante passo para a consolidação do regime democrático brasileiro, fortalecendo a transparência pública.

A Lei determina como princípio fundamental o acesso à informação pública como regra, e o sigilo apenas como exceção. Para garantir o exercício pleno do direito de acesso previsto na Constituição Federal, a Lei define os mecanismos, prazos e procedimentos para a entrega das informações solicitadas à administração pública pelos cidadãos.

No que diz respeito à obtenção e divulgação da informação, a Lei 12.527/11 dispõe: Art. 6º. "Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: (...) III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso".

As regras para a classificação de informações sigilosas, aquelas deverão ter o seu acesso restrito por determinado período de tempo, são rigorosas e justificam-se pela salvaguarda da segurança do Estado ou da própria sociedade, nos termos da lei:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

As informações imprescindíveis ao Estado poderão sofrer restrição temporal em seu acesso, na forma do art. 24, §1: “Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes: I - ultrassecreta: 25 anos; II - secreta: 15 anos; e III - reservada: 5 anos”.

Com relação às informações privadas, o art. 31 da lei garante a proteção individual, bem como seu §4º, nestes termos:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Portanto, a lei de proteção à informação protege tanto o interesse coletivo, como deixa ressalvado que não poderá ocorrer a violação à liberdade individual. Por isso, não há qualquer motivo para espanto ao se buscar a proteção de um indivíduo, limitando-se a divulgação de dado ou fato ocorrido após considerável decurso de tempo, em que a informação não possui qualquer conteúdo público latente. Como já observado, o sistema legal nacional já autoriza a proteção individual, o direito ao esquecimento é apenas a sistematização da proteção em prol do indivíduo.

Não se deve perder de vista que o Estado foi criado, fundamentalmente, para a proteção do indivíduo. Assim, não se pode permitir que no confronto entre a dignidade humana e um suposto interesse coletivo que se privilegie a coletividade, sob pena de violar o interesse individual, que é a base do sistema, principalmente levando-se em consideração a previsão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.3 – A experiência estrangeira <sup>238</sup>

O impacto da revolução tecnológica dos últimos quarenta anos e, em especial, com o advento da *internet*, modificou o mundo integrando-o, reduzindo suas fronteiras, trazendo benefícios e problemas a serem enfrentados, que, obviamente, não são exclusivos da sociedade brasileira. Justamente por isso, o recurso à experiência estrangeira pode ajudar a identificar soluções que possam de alguma forma servir como fonte de inspiração ao modelo nacional, possibilitando a criação de mecanismos que auxiliem o julgador na resolução dos conflitos.

A abordagem da análise do direito estrangeiro em pesquisas sofre diversas críticas, principalmente no que tange à incapacidade de se estudar um ordenamento jurídico em toda sua magnitude e perspectivas, fazendo com que qualquer comparação seja ineficiente e falsa. A existência de um determinado regramento na legislação de um país não significa, por si só, que tal norma ou instituto possua legitimidade, aceitação ou efetiva aplicação. Assim, para que se faça um tratamento acurado sobre um ordenamento jurídico específico seria imprescindível o exame não apenas da existência legal de um ou outro instituto, mas realizar seu cotejo com a avaliação da opinião da doutrina, bem como conferir a sua aplicabilidade na Jurisprudência.

Neves comenta que é da cultura jurídica brasileira fazer referências acríticas a dispositivos, jurisprudências e doutrinas estrangeiras chamando tal prática de um verdadeiro “bacharelismo”, que pode ser observada em decisões jurisprudenciais e textos acadêmicos como prova de erudição, sem qualquer preocupação de vinculação relevante à efetiva aplicação do instituto.<sup>239</sup> Efetivamente, o grande problema das importações é a aplicação

---

<sup>238</sup> Não se pretende aqui ingressar a fundo na discussão sobre o caráter científico do direito comparado (como ciência autônoma) ou se, em realidade, traduz-se apenas em método de investigação ocorrido pelo estudo em paralelo de regras e institutos de diferentes países. Tudo leva a crer que, por não possuir objeto ou conteúdo próprio e distintos das demais ciências ou disciplinas, não se pode considerar o direito comparado como ciência autônoma. Assim, no mesmo sentido, vide: SILVA, José Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30/35. Já para Coutinho: “A importância do Direito comparado, no meu entender, transcende a discussão doutrinária: direito comparado, método ou ciência? E arrisco-me a ir mais além, afirmo que esta discussão é uma discussão filosófica, que deveria se ater ao âmbito da filosofia e cuja conclusão pouco, ou quase nada, afeta a importância do direito comparado e a sua participação na criação e modificação de institutos jurídicos, na interpretação da norma e na própria ampliação do conceito de ordenamento jurídico (que anteriormente era apenas considerado conjunto de normas intra-estatal e agora passa a ser considerado no seu aspecto extra-estatal). Vide: COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Direito Comparado e Globalização**. Revista Prim@facie, João Pessoa, ano 2, nº 3, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccej.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 09/01/2014, às 12:38. p. 39.

<sup>239</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 178-179.



acrítica de institutos estrangeiros a realidade nacional, sem observar as particularidades existentes entre os dois mundos jurídicos.<sup>240</sup>

Mesmo que se esteja ciente das limitações decorrentes de uma observação da experiência estrangeira e de eventuais críticas com relação à impossibilidade de serem abordados todos os fatores definidores de uma nação (história, economia, sistema jurídico, condições sócio-políticas), a consolidação da *internet* erigiu o direito ao esquecimento a matéria de interesse e envergadura mundial, motivo pelo qual não se podem ignorar as tentativas de sistematização sobre o tema.

Assim, com a globalização e o desenvolvimento científico e tecnológico difundidos pela grande rede mundial, ocorreu uma verdadeira reestruturação nas relações entre os povos<sup>241</sup>, em razão dos novos dilemas e problemas partilhados por todas as nações contemporâneas, tais como o balanceamento entre a liberdade de informação e a liberdade individual.

Além do que foi dito, no que tange ainda à crítica da impossibilidade comparativa de institutos e regramentos, cumpre destacar que o direito ao esquecimento e à proteção de dados, pelo menos de forma explícita, não estão previstos no ordenamento jurídico nacional, o que inviabilizaria qualquer comparação. Pretende-se, assim, observar como as legislações mais recentes tratam do tema, quais suas principais questões e soluções.

### 3.3.1 – A Lei de proteção de dados na Espanha e o regramento europeu

A legislação espanhola é uma das mais avançadas e atuais sobre proteção de dados no planeta, motivo pelo qual merece um estudo cuidadoso de seus dispositivos como fonte de solução para enfrentar os dilemas atuais, em especial com relação à proteção individual da pessoa, com base na autodeterminação pessoal informacional e ao direito ao esquecimento.

---

<sup>240</sup> Os problemas da importação de institutos heterogêneos do direito estrangeiro não se limitam ao plano constitucional. O Direito Processual Civil, por exemplo, encontra uma série de problemas inerentes à importação de institutos do direito italiano, alemão e português. Apenas como um rápido exemplo, o art. 485, VIII do atual Código de Processo Civil prevê dentre as causas de cabimento da ação rescisória quando houver fundamento para invalidar desistência do autor. Mas no direito processual civil brasileiro a desistência resulta em sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VIII, que não pode ser rescindida, já que a rescisória não é admitida para sentenças terminativas. Trata-se de erro do legislador ao extrair o dispositivo do CPC português de 1939, que ao mencionar “desistência” referia-se no português de Portugal ao que no Brasil corresponderia à renúncia do art. 269, V. Para tanto, vide: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 19ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 20.

<sup>241</sup> COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Op. Cit.*, 31 p.

A ‘Constitución Española’ de 1978 <sup>242</sup> prevê como direito fundamental o direito à intimidade em dois ‘apartados’ (incisos) do art. 18: “1 – Se garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”; “4 – A lei limitará o uso da informática para garantir à honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos”. No mesmo passo, também prevê a liberdade de expressão no art. 20, já com alusão às suas limitações, como se verifica do apartado 4: “Estas liberdades possuem seu limite no respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos das leis que venham a ser editadas e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância”. (tradução livre)

No intuito de dar aplicabilidade ao art. 18, apartado 4 da Constituição Espanhola, foi editada a Lei Orgánica nº 15/1999, a chamada ‘Lei de Protección de Datos de Carácter Personal’ (LOPD) <sup>243</sup>, que, além de conter o regime jurídico dos dados, regula a ‘Agencia Española de Protección de Datos’ (AEPD), regulamentada pelo ‘Real Decreto’ nº 1720/2007, com texto consolidado em 05/03/11.

No art. 6º, apartados 1º e 3º, a lei de proteção de dados exige o consentimento prévio do indivíduo e possibilita a revogação de sua autorização, nestes termos: “1. O tratamento dos dados de carácter pessoal necessitará do consentimento inequívoco do afetado, salvo disposição legal em contrário” e “3. O consentimento a que se refere o artigo poderá ser revogado quando exista causa justificada para tanto y não se lhe atribuem efeitos retroativos”.

O apartado nº 4 do art. 6º da LOPD autoriza que o indivíduo, por motivos fundados e legítimos, possa se opor ao tratamento da informação exigindo a exclusão de tais dados:

4. Nos casos em que não seja necessário o consentimento do afetado para o tratamento dos dados de carácter pessoal, e sempre que uma lei não disponha o contrário, este poderá opor-se ao seu tratamento quando existam motivos fundados e legítimos relativos a uma concreta situação pessoal. Em tal caso, o responsável pelo arquivo excluirá do tratamento os dados relativos ao afetado.

Além do que foi dito, a lei de dados espanhola prevê outros direitos (art. 13 a 19), tais como: direito de consulta, direito de acesso aos autos, direito de retificação e cancelamento, possibilidade de reclamação junto à AEPD, direito de indenização em caso de descumprimento do prazo estabelecido para tratamento da informação, dentre outros dispositivos.

<sup>242</sup> ESPANHA. Constituição. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion\\_ES.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf)>. Acesso em 05/01/2014, às 15:58.

<sup>243</sup> ESPANHA. Ley orgánica nº 15/1999 – Protección de Datos de carácter personal, texto consolidado em 05 de março de 2011. Disponível em: <[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/estatal/common/pdfs/LOPD\\_consolidada.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/estatal/common/pdfs/LOPD_consolidada.pdf)>. Acesso em 05/01/2014, às 20:01.

A análise do art. 16 da LOPD é essencial, pois, além de permitir o cancelamento dos dados, vai além e determina a estipulação de prazo em que a informação poderá estar disponível para utilização, como se observa dos apartados 3º e 5º, nestes termos:

Artigo 16. Direito de retificação e cancelamento

1. O responsável pelo tratamento terá a obrigação de fazer efetivo o direito de retificação ou cancelamento do interessado no prazo de dez dias.
2. Serão retificados ou cancelados, em seu caso, os dados de carácter pessoal cujo tratamento não se ajuste ao disposto na presente Lei e, em particular, quando tais dados resultem inexatos ou incompletos.
3. *O cancelamento dará lugar ao bloqueio dos dados, conservando-se unicamente à disposição das Administrações Públicas, Juízes e Tribunais, para a atenção das possíveis responsabilidades nascidas do tratamento, durante o prazo de prescrição destas. Cumprido o citado prazo deverá se proceder à supressão.*
4. Se os dados retificados ou cancelados tiverem sido comunicados previamente, o responsável do tratamento deverá notificar a retificação ou cancelamento efetuado a quem tenha feito o pedido.
5. *Os dados de carácter pessoal deverão ser conservados durante os prazos previstos nas disposições aplicáveis ou, se for o caso, naqueles estipulados nas relações contratuais entre a pessoa ou entidade responsável do tratamento e o interessado.*

Como se observa, a lei tutela a autodeterminação informativa pessoal, que se traduz em mecanismo de defesa às intervenções alheias, protegendo o carácter mais intrínseco do ser humano.

Assim, a intimidade pessoal possui dois aspectos básicos: um negativo, que é a faculdade de excluir o conhecimento dos demais de tudo que se derive da esfera privada da pessoa; e outro positivo, que outorga a possibilidade de seu titular controlar os dados e informações que lhe digam respeito e que poderão ser conhecidas pelos outros.<sup>244</sup>

Para a solução de litígios envolvendo a proteção de dados, a legislação espanhola criou a “Agencia Española de Protección de Datos”, com personalidade jurídica própria, que atua com independência técnica e, nos termos do art. 37 da LOPD, possui as funções de: velar pelo cumprimento da lei controlando os direitos de informação, acesso, retificação, oposição e cancelamento de dados; emitir autorizações; atender às petições e reclamações dos reclamantes; exercer a faculdade sancionadora; velar pela publicidade dos datos; dentre outras.

Portanto, o regramento espanhol é detalhado e prevê diversos mecanismos de proteção ao indivíduo, no âmbito virtual ou não, prevendo expressamente a autodeterminação da informação pessoal e o direito ao esquecimento (art. 16, apartado 3, LOPD).

---

<sup>244</sup> PENCO, Ángel Acedo. *Op. Cit.*, 6 p.

Ocorre que o ordenamento espanhol não pode ser analisado de forma isolada, já que, após décadas de movimentos e fases de integração, enfim foi concretizado o sonho de União Europeia. Solidificado, o bloco europeu já possui diversos órgãos e legislação própria.

No âmbito supranacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia <sup>245</sup> é a jurisdição suprema e única para todas as questões decorrentes do Direito da União, garantindo a interpretação e aplicação dos Tratados e regramentos do bloco. A sua função essencial é conceder uniformidade na consolidação da legislação europeia. <sup>246</sup>

Moura traça os três princípios fundamentais que possibilitam a coexistência entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais dos Estados-membros, destacando:

O diálogo entre o TJUE e as cortes nacionais é regido por três pilares fundamentais: o princípio da autonomia, do primado da União e do efeito direto.

O princípio da autonomia do direito comunitário resulta da interpretação do TJUE e é a linha condutora da interação jurisdicional entre este e as cortes nacionais. As regras do direito da União, mesmo integradas na ordem jurídica nacional, mantêm a sua marca congênita, isto é, preservam suas propriedades, garantindo a sua eficácia própria e diversa daquela do direito interno.

O primado do direito da União sobre a ordem jurídica estatal, por sua vez, constitui exigência para a própria existência do ordenamento supranacional. Trata-se de princípio relativo à superioridade hierárquica do direito da União originário ou derivado sobre qualquer norma nacional, seja ela anterior ou posterior, de natureza constitucional ou infraconstitucional. Por tal razão, os poderes públicos nacionais não podem produzir legislação incompatível com as disposições adotadas em nível supranacional nem as instâncias jurisdicionais prolatar decisões contrárias ao ordenamento jurídico da União. Em caso de dúvida sobre a aplicação do princípio, os juízes nacionais podem, se necessário, recorrer à decisão prejudicial a fim de fazer respeitar o princípio do primado.

No tocante ao princípio do efeito direto, destaca-se que as normas da União, ao entrarem em vigor, geram direitos e impõem deveres aos particulares, que podem invocá-las perante os órgãos jurisdicionais nacionais. <sup>247</sup>

Nesta esteira, caso uma norma de um Estado-membro seja contrária ou incompatível com as instruções europeias, aquela não será aplicada e não podem ser introduzidas novas disposições de direito interno contrárias à legislação da União. <sup>248</sup>

<sup>245</sup> O Tribunal de Justiça interpreta o direito da União Europeia no intuito de garantir a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros, resolvendo litígios entre os governos nacionais e as instituições europeias. Além disto, particulares, empresas e organizações podem recorrer ao Tribunal se considerarem que os seus direitos foram infringidos por uma instituição europeia. Sua estrutura pode ser estudada no sítio da União Europeia. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm)>. Acesso em 06/01/2014, às 16:06.

<sup>246</sup> MOURA, Aline Beltrame de. **A interação entre Direito da União Europeia e Direito Nacional: o papel dos tribunais na interpretação e na aplicação das leis**. Anais do Congresso Internacional “Jurisdições Internacionais: Fragmentação e Obrigatoriedade”. Fundação José Arthur Boiteux. Florianópolis. Agosto de 2012. 70 p.

<sup>247</sup> *Ibidem*, 75/77 p.

<sup>248</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do Direito da União Europeia**. Serviço das Publicações da União Europeia. Luxemburgo. 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf>>. Acesso em 06/01/2014. 133 p.

No que tange à proteção de dados, a legislação europeia <sup>249</sup> é a seguinte: a) Regulamento nº 45/2001, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; b) Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; c) Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas; d) Diretiva 2009/136/CE alterando a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas; e) Decisão-quadro 2008/977/JHA, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal. <sup>250</sup>

Os principais dispositivos legais europeus são os Regulamentos e as Diretivas. Os regulamentos aplicam-se diretamente, de forma vinculativa, a todos os estados-membros e pessoas individuais ou coletivas, enquanto as Diretivas aplicam-se a todos ou determinados Estados-membros e possuem vinculação relativa aos resultados, aplicável diretamente apenas em condições especiais. <sup>251</sup>

Todo o introito a respeito da legislação europeia, seus órgãos e mecanismos de aplicação são fundamentais para a elucidação do conflito entre o ordenamento supranacional e o Estado-membro espanhol, que agora se passará a estudar.

Com base na lei espanhola de proteção de dados, cidadãos espanhóis exercendo seu direito de autodeterminação pessoal pleitearam a retirada de conteúdos indesejados, com base no direito ao esquecimento, o que foi prontamente negado pelos motores de busca. Ao receber tais denúncias, a Agência Espanhola de Dados determinou a retirada dos conteúdos sem, no entanto, obter qualquer sucesso e a questão foi lançada ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário Espanhol, no cotejo da legislação espanhola de dados com a Diretriz Europeia nº 95/46/CE, encaminhou o processo ao Tribunal de Justiça da União Européia para que se determine, entre outras coisas, se há no ordenamento europeu a tutela do

---

<sup>249</sup> EUROPA. O art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece o direito a proteção de dados como direito fundamental e autônomo, distinto do direito à intimidade e privacidade das pessoas. Informação disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)>. Acesso em 10/01/2014, às 16:03.

<sup>250</sup> Toda legislação pode ser obtida no sitio da “European Data Protection Supervisor”, disponível em: <<https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS/Dataprotection/Legislation>>. Acesso em: 06/01/2014, às 18:11.

<sup>251</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Op. Cit.*, 93/97 p.

direito ao esquecimento.<sup>252</sup> A solução do caso<sup>253</sup> ainda é nebulosa, extremamente complexa e pendente de julgamento final.

A primeira questão suscitada pelo Tribunal Espanhol ao Tribunal de Justiça da União Europeia diz respeito ao aspecto territorial da aplicação da legislação europeia. No caso concreto, a *Google Spain* afirma ser apenas uma filial da Google United States (US), tendo em vista que sua sede se localiza em território americano (Califórnia), submetendo-se, portanto, àquele regramento, fato que impossibilitaria a retirada ou cancelamento de qualquer dado de seus motores de busca. Por outro lado, alega-se que ao possuir um domínio próprio no país (*Google Spain*) levaria a crer que esta empresa se submeteria à legislação daquele Estado.

A segunda grande questão suscitada ao Tribunal de Justiça da União Europeia diz respeito à possibilidade de cancelamento de dados, na compatibilização do apartado 3º do art. 16 da LOPD e os art. 12, “b” e art. 14, “a” da Diretiva 95/46/CE, que determinam:

LOPD. Artigo 16, apartado 3. O cancelamento dará lugar ao bloqueio dos dados, conservando-se unicamente à disposição das Administrações Públicas, Juízes e Tribunais, para a atenção das possíveis responsabilidades nascidas do tratamento, durante o prazo de prescrição destas. Cumprido o citado prazo deverá se proceder à supressão.

Diretiva 95/46/CE. Art. 12: Direito de acesso. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável o tratamento: b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados; Artigo 14. Direito de oposição da pessoa em causa. Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7.º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados;

<sup>252</sup> “Las dificultades en la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE respecto a las tecnologías desarrolladas después de su publicación y la necesidad de obtener una interpretación uniforme de la misma justifican, a juicio de este Tribunal, el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación en relación con determinados preceptos de dicha Directiva, dirigida a resolver diferentes dudas relacionadas con la actividad de los buscadores de información en internet y su sometimiento a la normativa en materia de protección de datos.” Pode-se acompanhar toda discussão judicial ocorrida na Audiencia Nacional, por meio do Recurso nº 725/2010, com julgamento em 27/02/2012. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FJURISPRUDENCIA%2FFICHERO%2F20120227%2520Auto%2520ANCA%2520REC%2520725.2010.pdf&ei=-bDzUvSMOM-ysASBxYCQCQ&usg=AFQjCNG30xQy9ygW6BxMVMb45ahc3tZTUQ&sig2=nq1SNgQ9Ilo834SVdDT5qw&bvm=bv.60799247,d.cWc&cad=rja>>. Acesso em 06/01/2014, às 14:02.

<sup>253</sup> EUROPA, Tribunal de Justiça Europeu. Processo C – 131/12. Partes: Agencia Española de Protección de Datos (AEDP) e Google Spain. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123131&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=424453>>. Acesso em 05/01/2014, às 20:12.

A Diretiva 95/46/CE, nos termos do art. 3, inc. 1, aplica-se ao “tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados”.

O art. 2, “b” do mesmo dispositivo legal define o conceito de tratamento de dados como “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”.

Assim, a dúvida suscitada pelo Tribunal Espanhol refere-se à exegese de qual operação é realizada pelos motores de busca, se a atividade de indexar uma informação existente na rede com outras informações pessoais pode ou não ser considerada como tratamento da informação, nos termos da Diretiva europeia, permitindo assim a sua exclusão ou cancelamento do dado.

Os motores de busca alegam que a captação automática da informação, sem qualquer controle efetivo sobre seu conteúdo, principalmente no que diz respeito à veracidade e exatidão do dado, demonstram que não se realiza qualquer tratamento da informação. Assim, a responsabilização pela divulgação da informação deveria recair sobre o servidor que aloja a informação, que poderá excluir total ou parcialmente determinada informação por meio de um protocolo chamado “robot.txt”, “noindex” ou “noarchive”, para que assim não seja feita a indexação da informação.

Por outro lado, a atividade de localizar, armazenar e disponibilizar a informação, mesmo sem a análise de seu conteúdo, já seria suficiente para a configuração do ‘tratamento de dado’, tendo em vista que, no mínimo, houve a facilitação e difusão da informação, sendo esta, em realidade, a função essencial dos motores de busca, não podendo auferir lucro e o bônus, sem arcar com o ônus e risco da atividade que se propõe realizar.

O julgamento pendente no Tribunal de Justiça da União Europeia definirá se a possibilidade de cancelamento, supressão e oposição previsto na Diretiva nº 95/46/CE inclui a possibilidade de retirada de dados disponibilizados em motores de busca e se existe a previsão do direito ao esquecimento, impedindo a indexação ou a manutenção indefinida por partes destes buscadores na *internet*.

Seguindo o rito procedimental do julgamento, em junho de 2013 foi emitido parecer<sup>254</sup> pelo Advogado Geral da Corte, Niilo Jääskinen, no sentido de que, embora a *Google US* deva se submeter aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros da União Europeia, a função do motor de busca não é tratar dados, mas apenas indexá-los. Assim, qualquer pedido de retirada ou cancelamento de dados deve ser dirigido ao sítio que divulga a informação lesiva.

Pelo que se observa, ao passo atual, a tendência é a realização de um julgamento com alto conteúdo político, determinando que os grandes conglomerados da tecnologia submetem-se à legislação europeia, mas que não há responsabilidade dos motores de busca pelas informações que disponibilizam. Ainda não há data estipulada para o julgamento da questão.

Independente do processo em tramitação cujas partes são a AEPD e a *Google Spain*, tramita no Parlamento Europeu proposta para reformar a Diretiva nº 95/46/CE, que é a responsável pela regulação de dados pessoais. No esteio da legislação espanhola, o texto enviado prevê expressamente a autodeterminação pessoal informativa, bem como a garantia da proteção ao direito ao esquecimento. Caso seja aprovada, o novo regramento será aplicável a toda Europa. O projeto estipula que:

*Artigo 17.º - Direito a ser esquecido e ao apagamento*

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se aplique um dos motivos seguintes:

(a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

(b) O titular dos dados retira o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados;

(c) O titular dos dados opõe-se ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19.º;

(d) O tratamento dos dados não respeita o presente regulamento por outros motivos.

2. Sempre que o responsável pelo tratamento referido no n.º 1 tiver tornado públicos os dados pessoais, deve adotar todas as medidas razoáveis, incluindo de caráter técnico, em relação aos dados publicados sob a sua responsabilidade, tendo em vista informar os terceiros que tratam esses dados que um titular de dados lhe solicita o apagamento de quaisquer ligações para esses dados pessoais, cópias ou reproduções desses dados. Se o responsável pelo tratamento tiver autorizado um terceiro a publicar dados pessoais, o primeiro é considerado responsável por essa publicação.

3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária:

(a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80.º;

(b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81.º;

<sup>254</sup> Conclusões do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia, Niilo Jääskinen, apresentadas em 26 de junho de 2013, relativo ao processo em que litigam Google Spain / Google x AEPD. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=424453>>. Acesso em 05/02/2014, às 20:36.



(c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83.º;

(d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido;

(e) Nos casos referidos no n.º 4.

4. Em vez de proceder ao apagamento, o responsável pelo tratamento deve restringir o tratamento de dados pessoais sempre que:

(a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a exatidão dos dados;

(b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados para efeitos de prova;

(c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;

(d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18.º, n.º 2.

5. À exceção da sua conservação, os dados pessoais referidos no n.º 4 só podem ser objeto de tratamento para efeitos de prova, ou com o consentimento do titular dos dados, ou para proteção dos direitos de outra pessoa, singular ou coletiva, ou por um motivo de interesse público.

6. Sempre que o tratamento de dados pessoais for limitado nos termos do n.º 4, o responsável pelo tratamento informa o titular dos dados antes de anular a limitação ao tratamento.

7. O responsável pelo tratamento deve aplicar mecanismos para assegurar o respeito dos prazos estipulados para o apagamento dos dados pessoais e/ou para a fiscalização periódica da necessidade de conservar esses dados.

8. Se o apagamento for efetuado, o responsável pelo tratamento não pode realizar qualquer outro tratamento dos dados pessoais em causa.

9. São atribuídas competências à Comissão para adotar atos delegados em conformidade com o artigo 86.º, a fim de especificar mais concretamente:

(a) Os critérios e requisitos para a aplicação do n.º 1 em setores e situações específicos que envolvam o tratamento de dados;

(b) As condições para o apagamento de ligações para esses dados, cópias ou reproduções destes dados existentes em serviços de comunicação acessíveis ao público, tal como previsto no n.º 2;

(c) Os critérios e condições aplicáveis à limitação do tratamento de dados pessoais referidos no n.º 4.

A exposição de motivos do projeto alerta para a necessidade fundamental do controle temporal das informações, regulando a autodeterminação das informações, atualizando a Diretiva n.º 95/46/CE aos problemas atuais:

O artigo 17.º confere ao titular dos dados o direito a ser esquecido e ao apagamento. Desenvolve e especifica mais detalhadamente o direito de apagamento consagrado no artigo 12.º, alínea b), da Diretiva 95/46/CE, e prevê as condições do direito a ser esquecido, incluindo a obrigação do responsável pelo tratamento que tornou públicos os dados pessoais de informar os terceiros sobre o pedido da pessoa em causa de apagamento de quaisquer ligações para esses dados, ou cópias ou reproduções que tenham sido efetuadas. Este artigo integra igualmente o direito à limitação do tratamento em determinados casos, evitando o termo ambíguo de «bloqueio».

### 3.3.2 – O sistema americano e a influência do regramento europeu

Conhecido pela alcunha de “terra da liberdade”, os Estados Unidos da América possuem tradição em proteger de forma irrestrita a liberdade individual, com mínimo a existência de um mínimo de controle por parte do Estado, com exceção da proteção da segurança, que se tornou um tema extremamente sensível aos norte-americanos, principalmente após o evento de 11 de setembro de 2001.

Ao contrário da Europa, que busca a sistematização da proteção de dados por meio de Regulamentos e Diretivas, os Estados Unidos não possuem qualquer regramento nacional específico sobre o tema, como informa Mendes:

Importa ressaltar que, nos EUA, o panorama a respeito do referido assunto é bastante diferente. Nesse país, em que não há uma lei abrangente sobre a proteção de dados pessoais, mas diversas normas setoriais, a estrutura legal para a proteção desse direito compreende duas leis básicas: o “Fair Credit Reporting Act”, de 1970 (que se aplica às empresas que emitem relatórios sobre consumidores), e o “Privacy Act”, de 1974 (que se aplicam às empresas federais e privadas).<sup>255</sup>

Bennett analisa a visão americana sobre liberdade, justificando-a como uma escolha política baseada em pensamento filosófico e ideológico que privilegia a autonomia individual. Assim:

Assim, a privacidade tem um apelo estético à autonomia individual e da dignidade. Ele pode ser justificada em termos políticos, a fim de promover as instituições da democracia liberal, e tem uma série de valores instrumentais. Se justificado em termos filosóficos, políticos ou utilitárias, a privacidade é quase sempre vista como uma reclamação, direito de interesse de indivíduos que é ameaçada por um conjunto generalizado de sociais e as forças tecnológicas.<sup>256</sup>

Schwartz considera que o regramento europeu e, em especial, sua proposta de reforma, ao garantir a possibilidade do direito ao esquecimento ocasionará um conflito direito com a legislação americana aplicável ao caso<sup>257</sup>, qual seja, a primeira emenda da constituição

<sup>255</sup> SCHERTEL MENDES, Laura. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 156 p. Brasília, 2008. 140 p.

<sup>256</sup> BENNETT, Colin J. **What Government Should Know about Privacy: a foundation paper**. University of Victoria. 2001. Disponível em: <<http://www.colinbennett.ca/wp-content/uploads/2012/06/What-Government-Should-Know-about-Privacy.pdf>>. Acesso em 10/01/2013, às 20:34. 6 p.

<sup>257</sup> SCHWARTZ, Paul. **The E.U.-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures**. Harvard Law Review. N° 126. Cambridge. 2012. Disponível em: <[http://www.harvardlawreview.org/issues/126/may13/Symposium\\_9478.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/126/may13/Symposium_9478.php)> . Acesso em 10/01/2013, às 20:03. 1966 p.

americana.<sup>258</sup> Assim, a reforma da diretriz europeia poderia acarretar uma verdadeira revolução no tratamento do dado de caráter individual, com reflexos em escala global. Este é o alerta do professor americano:

Pretende-se analisar o impacto provável da proposta de regulamento, prevista para substituir a directiva. A proposta de regulamento ameaça desestabilizar o equilíbrio atual da política de privacidade e impedir o tipo de formulação de políticas globais descentralizada na forma que vem ocorrendo. O regulamento proposto inverte a balança para equilibrar, através da intensificação de certos direitos individuais, para além daqueles reconhecidos na política de Direito à informação nos EUA.<sup>259</sup>

O alerta de Schwartz se concretizou antes mesmo da efetiva alteração da Diretiva Europeia nº 95/46CE, pois o Estado da Califórnia aprovou em 23/09/2013 a chamada “*Eraser Law*” (*Chapter 22.1. Privacy Rights for California Minors in the Digital World*), que obriga os sítios de redes sociais a garantir uma opção que permita aos menores de idade a possibilidade de apagarem suas próprias postagens ou uma forma de solicitar a remoção de tais conteúdos.<sup>260</sup>

Outras legislações regulamentaram recentemente a proteção de dados, tais como na Argentina<sup>261</sup>, no México<sup>262</sup>. A despeito da importância de se observar como o caso se

<sup>258</sup> “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas” (tradução livre). Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment)>. Acesso em 11/01/2014, às 10:13.

<sup>259</sup> SCHWARTZ, Paul. *Op. Cit.*, 1968 p.

<sup>260</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Legislação da Califórnia: Section 1. Chapter 22.1 (commencing with Section 22580), Privacy Rights for California Minors in the Digital World, 22581: (a) An operator of an Internet Web site, online service, online application, or mobile application directed to minors or an operator of an Internet Web site, online service, online application, or mobile application that has actual knowledge that a minor is using its Internet Web site, online service, online application, or mobile application shall do all of the following: (1) Permit a minor who is a registered user of the operator’s Internet Web site, online service, online application, or mobile application to remove or, if the operator prefers, to request and obtain removal of, content or information posted on the operator’s Internet Web site, online service, online application, or mobile application by the user. Disponível em: <[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB568&search\\_keywords=>](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568&search_keywords=>)>. Acesso em 11/01/2014.

<sup>261</sup> ARGENTINA. Constituição da Argentina, embora não preveja expressamente a proteção ao direito ao esquecimento, a prevê implicitamente no parágrafo terceiro do art. 43: “Toda pessoa poderá interpor [*Habeas data*] esta ação para tomar conhecimento dos dados a ela referentes, bem como ter ciência de sua finalidade, que constem em registros ou bancos de dados públicos, ou privados de caráter público, e no caso de falsidade ou discriminação, para exigir a supressão, retificação, confidencialidade ou atualização daqueles. Não poderá se atingir o segredo das fontes de informação jornalística”. (tradução livre) Além da previsão constitucional, o ordenamento argentino possui legislação específica sobre proteção de dados, a Lei 25.326 de 30 de outubro de 2000, que divide internamente seu âmbito de incidência em três tipos de proteção: a genérica (qualquer tipo de dado pessoal negativo), a “proteção de serviços informatizados” e a proteção aos serviços de “informação creditícia”. Para tanto, vide: PUCCINELLI, Oscar R. **El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino.** Revista Internacional de Protección de Datos Personales, nº 1, Julio. 2012. Bogotá. 6 p.

desenrolará na União Europeia e Estados Unidos, é certo que o Brasil possui independência e enfrentará a questão com base em sua Constituição e legislação própria, encontrando-se atualmente no Congresso Nacional a discussão sobre o Projeto de Lei nº 2126/2011, o chamado “Marco Civil da *Internet*”.

### 3.4 – Projeto de lei brasileiro (Marco civil da *internet*)

Ao contrário dos países já analisados, o Brasil não possui uma legislação específica referente à proteção dos dados pessoais. Apesar disto, a ausência de regramento próprio não impede a proteção dos direitos da personalidade, já que podem ser extraídos genericamente dos mandamentos constitucionais e legais.

Em razão da modificação social propiciada pela *Internet*, que revolucionou a facilidade de coleta e armazenamento da informação, é essencial que o Estado dite as normas fundamentais que regule as relações entre particulares e prestadores de serviços, protegendo os interesses públicos resultantes da utilização da rede mundial, tais como garantir a neutralidade, a imparcialidade e o amplo acesso a todos os brasileiros,

O Projeto de Lei nº 2126/2011 visa “estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.<sup>262</sup> O projeto, batizado como “Marco Civil na internet” foi apresentado em 2011 e ganhou força nos últimos meses de 2013, em razão dos

---

<sup>262</sup> ESPANHA, “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDP)”, de 5 de julio de 2010, regula a proteção de dados, o direito ao esquecimento e a autodeterminação informativa dos mexicanos em dois artigos: Art. 11, 3ª parte: “O responsável da base de dados estará obrigado a eliminar a informação relativa ao descumprimento de obrigações contratuais, uma vez que transcorra um prazo de setenta e dois meses, contado a partir da data calendário em que se apresente o mencionado descumprimento”; Art. 25: “O titular terá a todo momento o direito a cancelar seus dados pessoais. O cancelamento dos dados pessoais dará lugar a um período de bloqueio no qual se procederá à supressão do dado. O responsável poderá conservá-los exclusivamente para efeitos das responsabilidades nascidas do tratamento. O período de bloqueio será equivalente ao prazo de prescrição das ações derivadas da relação jurídica que funda o tratamento nos termos da Lei aplicável à matéria. Uma vez cancelado o dado se dará aviso ao seu titular. Quando os dados pessoais tiverem sido transmitidos com anterioridade à data de retificação ou cancelamento e continuem sendo tratados por terceiros, o responsável deverá comunicar a referida solicitação de retificação ou cancelamento, para que os terceiros também a possam efetuar”. Vide: MÉXICO, Lei de 05/07/2010, disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>>. Acesso em 10/01/2014, às 15:02.

<sup>263</sup> BRASIL. Projeto de lei nº 2126/2011, que tramita no Congresso Nacional. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D9E867F08BAF46E49DE5AF1C6EE08CA8.node2?codteor=912989&filename=PL+2126/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D9E867F08BAF46E49DE5AF1C6EE08CA8.node2?codteor=912989&filename=PL+2126/2011)>. Acesso em 11/02/2014, às 13:38 e seu substitutivo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/459211-RELATOR-MANTEM-PONTOS-POLEMICOS-EM-NOVO-TEXTO-DO-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET.html>>. Acesso em 12/02/2014, às 15:46.

episódios de espionagem que atingiram à Presidente Dilma, passando a tramitar desde então em regime de urgência.

O marco civil da internet possui três pontos que podem ser considerados a sua espinha dorsal: a proteção à privacidade, a garantia de liberdade do internauta e a neutralidade de rede.

A garantia da neutralidade, talvez o ponto mais polêmico do projeto, está inserida no art. 9º, nestes termos: “O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

O objetivo da neutralidade da *internet* é a garantia de acesso irrestrito e ilimitado, impedindo que fornecedores de serviço criem pacotes diferenciados, com a inviabilização de acesso a determinado conteúdo ou aplicativo. Os opositores à neutralidade defendem a possibilidade do fracionamento do serviço, que, em tese, possibilitaria uma maior vantagem ao consumidor que utilize apenas poucos serviços na grande rede. Sem a neutralidade, a *internet* poderia ser fatiada e, além da contratação da velocidade de conexão, o consumidor pagaria pelos tipos de conteúdo a serem acessados na rede, propiciando-se o oferecimento de “pacotes diferenciados”, nos moldes das televisões por assinatura (p. ex. pacote para acesso de *e-mail* e redes sociais; pacote de acesso a vídeo; pacote para acessar motores de busca; pacotes completos).

Para o relator do projeto, Alessandro Molon (PT/RJ), a garantia da neutralidade da rede: “é a exigência de que a velocidade que nós pagamos para ter na *Internet* possa ser usada por nós para aquilo que quisermos, para acessarmos *e-mails*, redes sociais, vídeos e músicas, sem que os provedores de conexão possam nos cobrar preços extras - como gostariam de fazer; e dizem isso abertamente - por cada tipo de conteúdo que queiramos acessar”.<sup>264</sup>

Apesar dos interesses comerciais envolvidos, parece ser óbvio que a limitação de conteúdo condicionado à assinatura de um ou outro plano seria medida extremamente negativa para o cidadão brasileiro, diferenciando-o, criando internautas de primeira e segunda classe em função de sua capacidade financeira.

O artigo 8º do projeto discutido no Congresso Nacional prevê “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

---

<sup>264</sup> Discursos e notas taquigráficas. Discurso realizado, em 07/11/2013, pelo Relator do Projeto do “Marco Civil da *Internet*”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_discursos?idProposicao=517255&nm=ALESSANDRO+MOLON&p=PT&uf=RJ](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=517255&nm=ALESSANDRO+MOLON&p=PT&uf=RJ)>. Acesso em 11/02/2014, às 16:45.

A segunda base do projeto é garantia da liberdade de expressão, que também está previsto no art. 2: “A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”. Nestes termos, tal liberdade já é previsto constitucionalmente e sua aplicação não significa irresponsabilidade cível ou criminal sobre atos ilícitos e causadores de dano.

A proteção do indivíduo é o terceiro pilar do projeto. A privacidade é a grande preocupação no mundo virtual. Por óbvio que ao mencionar apenas a privacidade como condição ao exercício de acesso ao mundo virtual não se afasta a proteção de qualquer outro direito fundamental, apenas dá-se ênfase às informações pessoais e mais sensíveis.

Além dos três alicerces do projeto, o texto enfrenta questões importantes e controversas, abordando em especial os seguintes pontos: responsabilidade dos provedores (regra geral e exceção) e manutenção de bancos de dados em território nacional.

O art. 19 do projeto (substitutivo) disciplina a regra geral acerca da responsabilidade dos provedores, do seguinte modo: “O provedor de conexão à *Internet* não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

A primeira questão fundamental é determinar o alcance do termo “provedor de conexão”. O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.<sup>265</sup>

A solução encontrada no projeto de lei já era o pensamento predominante na Jurisprudência brasileira<sup>266</sup>, nos termos do julgamento do Resp nº 1.1193.764 – SP, da lavra da Min. Rel. Nancy Andrighi, cuja ementa é:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no

<sup>265</sup> LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrepsi.pdf>>. Acesso em 11/01/2014, às 19:27. 27 p.

<sup>266</sup> Neste sentido, vários julgados do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.186.616. Rel. Min. Nancy Andrighi, 31/08/11; AgRg no REsp 1.309.891. Rel. Min. Sidnei Beneti, 29/06/12; AgRg no AREsp 231.883. Rel. Min. Sidnei Beneti, 04/02/13.

art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na *internet* (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de *internet*.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

Com relação à responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros o art. 20 do projeto (substitutivo) dispõe:

Art. 20. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Apesar de seguir a tendência da jurisprudência do STJ<sup>267</sup> que apenas responsabiliza o provedor de qualquer dano após a sua notificação, que, caso permaneça inerte assume a condição de agente causador do dano, respondendo nos termos da lei civil (Art. 186, Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”), o projeto judicializa a questão, condicionando-o à “ordem judicial específica”.

De todas as soluções possíveis, a encontrada pelo Projeto foi a pior, já que existem duas melhores soluções: 1) poderia ter optado pela criação de uma agência reguladora técnica para solucionar os casos em tela; 2) não condicionar a comunicação do dano, da

<sup>267</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.193.764-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/08/2011.

disponibilização da informação a ser retirada, por meio apenas de ordem judicial, tendo em vista a existência de outros mecanismos mais céleres e menos burocráticos, sem, obviamente, impedir o acesso ao poder Judiciário, em consonância com o art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República, que prevê a sua inafastabilidade.

Atualmente, o Brasil possui 10 agências reguladoras<sup>268</sup>, que tem a função de fiscalizar a prestação de serviços de interesse público pela iniciativa privada. O grande diferencial das Agências Reguladoras é o seu caráter técnico. Como analisado na abordagem da experiência internacional, países como Espanha e Argentina optaram por criar uma Agência de Proteção de Dados própria, no intuito de dar maior proteção e segurança na análise do confronto entre liberdade de expressão/informação e proteção individual.

Além de evitar uma enxurrada de ações judiciais na tutela da proteção da intimidade, a criação de uma agência facilitaria o estabelecimento de critérios técnicos e seguros na ponderação entre os direitos guerreados, dando homogeneidade e segurança jurídica, além de obviamente, ser mais célere, em função do elevadíssimo número de demandas judiciais propostas diariamente.

Outro ponto que não pode se perder de vista diz respeito à celeridade da resolução do conflito. A velocidade com que a informação atualmente é assustadora, possibilitada pelos “repliques”, fazendo com que em questões de horas um vídeo, foto, comentário ou notícia se tornem *virais*. Assim, impedir com velocidade a divulgação do fato danoso é fundamental, sob pena de completa ineficácia da medida.

Pelo dito, condicionar a retirada de um conteúdo ofensivo à uma ordem judicial específica não atende satisfatoriamente à velocidade com que o caso deve ser resolvido, não impedindo a ampla divulgação do material ilícito.<sup>269</sup>

A *via crucis* de um ofendido pela divulgação de uma informação ou dado na rede é uma luta contra o tempo. Nos termos do projeto, o lesado deverá identificar o local onde a informação está divulgada; contratar um advogado, que deverá elaborar uma ação judicial pleiteando a retirada do conteúdo; aguardar os trâmites normais e procedimentais da distribuição de um processo, seleção do julgador que, a partir de então analisará o caso, sem qualquer imposição legal quanto ao prazo que, verificando a existência da ilegalidade, concederá a ordem específica para retirada do conteúdo, assinalado um prazo para a retirada

---

<sup>268</sup> As Agências Reguladoras existentes no Brasil são: ANATEL, ANP, ANEEL, ANS, ANVISA, ANA, ANCINE, ANTAQ, ANTT, ANAC. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 12/01/2014, às 12:49.

<sup>269</sup> LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. **Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana**. Revista de Direito das Comunicações, vol. 1, Janeiro, 2010. 9 p.



do conteúdo, que só se iniciará com a citação da ré. A partir da citação, dentro do prazo concedido, é que a informação será retirada sem ônus para o provedor. Transcorrido o prazo, sem retirada do conteúdo, só então o provedor passará a ser responsabilizado pela divulgação da informação. Entre a divulgação da notícia e a sua efetiva retirada, a informação já se tornou pública, replicada, traduzindo-se em pouca ou nenhuma efetividade.<sup>270</sup>

Caminho muito mais célere seria a criação de Agência Reguladora específica sobre o tema que, em razão da sua especificidade, analisaria o caso em 24 horas e possuiria poderes de multa, dentre outras medidas, que condicionassem à rápida retirada da informação.

Mesmo que não se opte pela criação de Agência Reguladora, o projeto poderia ter optado por estipular prazo específico para retirada da informação, a partir da comunicação do lesado por instrumento público, por meio de notificação pública, que deveria identificar de forma clara e específica o conteúdo considerado abusivo. Caso o provedor não retire a informação, passa a ser responsável pela lesão.

No mesmo tom de crítica à judicialização de questões emergenciais, Thompson propõe ainda a distinção de situações com relação ao seu nível de violação. Uma violação de caráter patrimonial admitiriam uma cognição diferida, podendo ser analisada pelo Poder Judiciário. No entanto, questões mais sensíveis, como a proteção dos direitos da personalidade, mereceriam uma tutela especial, que não deveria ser restringida ao Poder Judiciário.<sup>271</sup>

Assim, no tocante à responsabilização de provedores por conteúdo gerado por terceiro se dará nos termos da responsabilidade subjetiva, apenas em caso de descumprimento de ordem judicial.

Importante destacar que o projeto de lei passou ao largo da discussão com relação aos motores de busca, se a indexação pode ser considerada como tratamento da informação, gerando então a responsabilização pela sua divulgação potencializando o encontro de informações lesivas.

Outro tema de destaque diz respeito à proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas no que tange, em especial, à obrigatoriedade da manutenção de bancos de dados em território nacional, nos termos do art. 11 do projeto (substitutivo):

---

<sup>270</sup> No mesmo sentido: MOREIRA, Fábio Lucas. **Da “Sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da internet**, in **O direito na era digital**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012. 38 p. e BLUM, Renato Opice Blum e VAINZOF, Rony. **Marco civil da internet e a legislação brasileira**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/artigos/2010-2012/o-marco-civil-da-internet-e-a-legislacao-brasileira>>. Acesso em 12/01/2014, às 14:51.

<sup>271</sup> THOMPSON, Marcelo. **The Insensitive Internet: Brazil and the Judicialization of Pain**. Disponível em: <<http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/05/Marcelo-Thompson-The-Insensitive-Internet-Final.pdf>>. Acesso em 12/01/2014, às 14:40. 17/20 p.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de *internet* em que pelo menos um desses atos ocorram em território nacional, deverá ser respeitada a legislação brasileira, os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Tal dispositivo impõe o armazenamento de todos os dados no Brasil, impossibilitando qualquer alegação de inaplicabilidade das normas locais (nacionais) à empresas estrangeiras, com sede em outros países.

A análise realizada levou em consideração os principais pontos do Projeto de Lei 2126/2011, que, a princípio, já gozam de certo consenso aparente no Congresso Nacional, o que significa que não possam ser modificados. No entanto, em essência, as questões tratadas são as de maior relevo.

“Quem controla o passado controla o futuro;  
quem controla o presente controla o passado”.  
George Orwell, 1984.

## **CAPÍTULO 4 – DIREITO AO ESQUECIMENTO: CRITÉRIOS PARA SUA APLICAÇÃO**

O direito ao esquecimento, como antes observado, mesmo que sem menção expressa, já está previsto no ordenamento nacional. O tema não é absolutamente novo, mas, em razão dos avanços tecnológicos propiciados pela internet, que permite a recuperação de todo e qualquer dado nela inserida, mesmo que já solidificado no mundo real, adquire grande importância como mecanismo de proteção da liberdade individual, podendo-se dizer que objetiva tutelar a proteção da memória individual.

A solução para a resolução do conflito entre os direitos à liberdade de expressão e informação e a proteção do direito ao esquecimento é tarefa extremamente complexa. Para tanto, passa-se ao exame da Jurisprudência pertinente, para que, a partir dos critérios estabelecidos, se possa efetuar propostas e sugestões no intuito de conferir maior segurança e efetividade na consolidação e aplicação do direito ao esquecimento.

### **4.1 – O conflito da liberdade de expressão e informação x a proteção/controlado de dados fundados no direito ao esquecimento**

O avanço da tecnologia acarretou uma verdadeira revolução na sociedade contemporânea. O Direito, por sua vez, atuando como uma espécie de esponja, sistematiza as modificações sociais com escopo de conferir segurança e estabilidade dentro de um Estado. Ocorre que, por vezes, a modificação no mundo fático é tão célere e complexa, que sua tradução em normas realiza-se de forma mais problemática.

Hodiernamente, pode-se dizer que “nenhuma reflexão séria sobre o devir da cultura contemporânea pode ignorar a enorme incidência das mídias eletrônicas (sobretudo a televisão) e da informática”.<sup>272</sup>

Aliás, Negroponte alerta para a modificação do estágio de evolução da sociedade moderna, que deixou de ser industrial e passou a ser informacional. Assim, pode-se dizer que: “Nossa economia está se convertendo em economia da informação. A era industrial baseou-se na produção em larga escala, enquanto que a era da informação baseia-se na comunicação e na informação eletrônica, também em larga escala.”<sup>273</sup> (tradução livre)

Os benefícios obtidos com a revolução tecnológica são inegáveis, sendo completamente inconcebível hoje imaginar a vida sem celulares, smartphones, internet, facilitação na comunicação, dentre outras vantagens. Ocorre que não se pode fechar os olhos para os riscos decorrentes desta transformação, tais como a utilização ilegal do direito de imagem, violação da privacidade, superexposição individual, divulgação de informações privadas e venda de dados pessoais para fins econômicos.

Reconhecer a iminente possibilidade de violação de direitos fundamentais é essencial para que se possa buscar soluções e mecanismos de proteção ao indivíduo. Com novas tecnologias surgem novas formas de violação aos direitos da personalidade. O Direito ainda procura resposta para as consequências da *internet*. Schreiber alerta que:

Se os meios tradicionais de comunicação já possuíam características que dificultavam a aplicação efetiva de remédios jurídicos, tal dificuldade tem se intensificado imensamente com a *internet*. A celeridade na difusão de imagens e notícias, a frequente impossibilidade de identificação do autor da ofensa (muitas vezes, um usuário anônimo, que se vale de um computador de acesso público ou não rastreável) e o imenso esforço necessário para se retirar da rede uma notícia falsa ou de conteúdo ofensivo são alguns dos obstáculos que vêm sendo enfrentados pelos tribunais neste campo.<sup>274</sup>

A liberdade de expressão e de informação são direitos fundamentais previstos na Constituição Federal nos arts. 5º, inciso IX e 220, §§1º e 2º, nestes termos:

Art. 5º (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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.

<sup>272</sup> LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000, p. 17.

<sup>273</sup> NEGROPONTE, Nicholas. **El mundo digital**. Barcelona. Ediciones B. 1995. 25 p. Disponível em: <<http://bz.otsoa.net/Libros%20de%20Divulgacion%20Cientifica/Nicholas%20Negroponte%20-%20El%20mundo%20digital.pdf>>. Acesso em 16/12/2013, às 21:32.

<sup>274</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**, in **Direito e mídia**, SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013. 13 p.

§ 1º - 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.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Carvalho situa a liberdade de imprensa e de informação como “uma liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva, fundamental e essencial, fazendo parte dos denominados direitos fundamentais”.<sup>275</sup> Mendes alerta a condição de essencialidade de tais liberdades, já que o ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se que “a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano”.<sup>276</sup>

Como se observa, o §1º, do art. 220, CF, informa que a liberdade de informação ocorrerá sem qualquer restrição, salvo, a proteção da “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; a garantia do “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; a inviolabilidade da “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”; o “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, bem como assegurar a todos “o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Vê-se, portanto, que a própria *Magna Carta* relativiza a amplitude da liberdade de expressão e da informação e impõe a proteção dos direitos fundamentais e, em especial, os direitos da personalidade como fator limitador. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição e não se restringe aos direitos fundamentais expressos<sup>277</sup>. Sobre o tema, Tepedino informa:

Deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir um aumento das hipóteses de ressarcimento, mas, de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.<sup>278</sup>

<sup>275</sup> CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. 21-22 pp.

<sup>276</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 403 p.

<sup>277</sup> BRASIL, Art. 5º, §2, CRFB: “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”.

<sup>278</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos da personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 03. 2002. Pág. 4.

A tutela dos direitos da personalidade também não se limita ao rol dos direitos protegidos pelo Código Civil. Seria impossível ao legislador a previsão de todos os direitos da personalidade, tendo em vista que os valores e direitos mais importantes de uma sociedade podem variar no tempo, de acordo com o grau de sua evolução.

Dessa forma, tanto a liberdade de expressão e informação, quanto à proteção da liberdade individual são protegidas no ordenamento nacional, constituindo-se em aparente contrariedade, principalmente levando-se em consideração o princípio constitucional da unidade<sup>279</sup>. Com relação ao conflito entre princípios Alexy<sup>280</sup> leciona:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo está proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.<sup>281</sup>

Por meio da ponderação, o julgador verificará, com base no contexto probatório, o grau de realização e sofrimento imposto a um e outro princípio, na tentativa de dar a máxima efetividade a ambos. Moraes avalia que:

Toda e qualquer ponderação somente poderá ser feita no caso concreto porque a seleção de fatos a serem levados em consideração também deve ser submetida a um “critério racional de avaliação”. Há, portanto, necessidade de que o juiz tenha conhecimento de todo o conjunto de dados sobre os fatos de modo a ter como

<sup>279</sup> “Dentro do mesmo espaço territorial há uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isso, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais”. Vide: SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, 27 p.

<sup>280</sup> Interessante salientar que ao demonstrar o seu mecanismo de sopesamento entre os princípios, Alexy utiliza como exemplo o já citado “Caso Lebach”, que, ao final, pendeu para a proteção do indivíduo. Assim, o jurista analisa os três passos para a resolução do conflito por meio da ponderação. Na 1ª fase avalia-se a estatura dos valores em conflito, que no caso era a mesma (Proteção da Liberdade de Expressão e Proteção individual, com base no direito a ser esquecido). Na 2ª fase analisa-se a possibilidade de uma precedência geral, uma exceção, uma autorização legal que autorizasse a prevalência de um princípio. A decisão ocorre de fato na 3ª fase. Alexy afirma que: “nela, o tribunal constata que, no caso da ‘repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação’, que ‘coloca em risco a ressocialização do autor’, a proteção da personalidade tem prevalência sobre a liberdade de informar, o que, no caso em questão, significa a veiculação da notícia.” Vide: ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, 97/102 p.

<sup>281</sup> *Ibidem*, 93/94 p.

justificar a seleção daqueles que o farão indicar a normativa adequada (também a ser justificada) ao caso concreto.<sup>282</sup>

Em 1980, antes mesmo da atual *Magna Carta* brasileira, Dotti já alertava para a dificuldade por parte do julgador na resolução do conflito entre já referidos direitos colidentes:

Parece que a grande meta assinalada para o jurista ao final deste século, consiste em acompanhar todo um processo de evolução material que se instalou e se movimenta à sua circunstância e, para além das antinomias que a crise revela, meditar sobre as possibilidades de fornecer um sistema normativo que possa compatibilizar os avanços da tecnologia com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais do homem.<sup>283</sup>

Dotti relata, ainda, que em fevereiro de 1961, Lorde Mancroft foi incumbido de apresentar ao Parlamento inglês projeto de lei dispendo sobre a proteção dos indivíduos em face de publicações indesejadas, buscando equilibrar os direitos da personalidade e a liberdade da informação.

Em razão da fluidez e dificuldade do tema, o parlamentar abandonou seu intento declarando ao jornal *Times*, em 22/11/1969 que: ‘O projeto fracassou porque eu fui incapaz de estabelecer uma distinção precisa entre o que o público tem direito a conhecer e o que um homem tem direito a conservar para si mesmo’.<sup>284</sup>

Embora não haja a superioridade *a priori* de qualquer princípio na ordem constitucional, Tepedino revela que os direitos da personalidade devem ser encarados como eixo condicionante na atuação do magistrado ao aplicar a lei no caso concreto. Nestes termos:

“Procedendo-se, em definitivo, a uma conexão axiológica do tímido elenco de hipóteses-tipo previsto no Código Civil de 2002 ao Texto Constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade.”<sup>285</sup>

Nesta linha de pensamento, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 220, §1º que: “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”, sinalizando uma predileção na proteção da pessoa humana

<sup>282</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Honra, liberdade de expressão e ponderação**. Revista civilistica.com, 2ª ano, nº 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Honra-liberdade-e-ponderacao-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em 04/01/2014, às 21:25. 12 p.

<sup>283</sup> DOTTI, Renê Ariel. *Op. Cit.*, 1980, 34 p.

<sup>284</sup> DOTTI, Renê Ariel. *Op. Cit.*, 174 p.

<sup>285</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, 2002. Pág. 5.

sempre que houver um confronto aparente entre princípios, que seja de qualquer outro modo insuperável.

#### 4.2 – A jurisprudência brasileira e a aplicação do direito ao esquecimento

A existência do direito ao esquecimento já foi reconhecida pela Jurisprudência nacional. Recentemente o STJ proferiu dois julgamentos <sup>286</sup> que reacenderam o debate na sociedade sobre o confronto entre a liberdade de expressão e a proteção do indivíduo na divulgação da informação. Os dois julgamentos paradigmáticos decididos pelo STJ são da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão e foram julgados em 28/05/2013.

O primeiro caso foi o que ficou conhecido como o da “Chacina da Candelária”. <sup>287</sup> J.G.M (sua não identificação é proposital) foi denunciado por ter, supostamente, participado de homicídios em série ocorridos em frente à Igreja Candelária em 1993, no centro do Rio de Janeiro. Ao final do processo, o J.G.M foi absolvido.

Anos após a absolvição, a TV Globo Ltda. em seu programa “Linha Direta” apresentou em horário nobre um especial fazendo uma retrospectiva dos fatos, efetuando, por fim, um resumo com todos os acusados, identificando individualizadamente o resultado final do julgamento, se absolvição ou condenação, e, neste caso, em quantos anos de pena.

J.G.M ajuizou demanda para reparar os danos morais sofridos com a veiculação de sua imagem informando ainda que, antes da veiculação da matéria o programa televisivo havia lhe procurado e que este negara autorização para a realização de entrevista já que não tinha interesse de reavivar tais dados.

Informou ainda que a matéria pretendia levar ao público situação que já havia superado 13 (treze) anos após o evento, “reacendendo na comunidade onde reside a imagem

---

<sup>286</sup> Ambas as decisões merecem ser criticadas no que tange à opção do Min. Rel. Luiz Felipe Salomão que ressaltou, expressamente, a existência do direito ao esquecimento à mídia televisiva nacional, “porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet”. Vide: STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013 e STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. Ainda sobre o tema, “tal compreensão, no entanto, comporta perigosa interpretação. Com efeito, o reconhecimento de supostas barreiras técnicas para a aplicação do direito ao esquecimento no ambiente virtual permite entender que aquele espaço cibernético encontra-se imune à incidência de qualquer disciplina jurídica. Além de não ser possível conceber o ambiente virtual como um “território” livre, é importante ressaltar que o próprio STJ, diante do vácuo legislativo existente no Brasil acerca da internet, já teve oportunidade de atuar como criador de verdadeira fonte primária de direito e delimitar parâmetros para a responsabilização de provedor de serviços por conta de dano extracontratual ocorrido na rede”. Vide: BUCAR, Daniel. *Op. Cit.*, 5/6 p.

<sup>287</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013.



de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares”. Sustentou ainda que sua vida profissional havia sido eliminada e que precisou abandonar o local onde residia em função de ameaças à sua vida e a de seus familiares. A ré alegou que possuía o direito de informar e que o programa identificara J.G.M como absolvido.

O pedido foi julgado improcedente em 1ª instância, sendo reformado pelo Tribunal de Justiça carioca que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00. Em razão da inexistência de unanimidade foram opostos embargos infringentes que confirmaram a condenação, gerando, por fim, a interposição de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Para o STJ, o réu condenado ou absolvido pela prática de um crime tem direito a ser esquecido, pois se a legislação garante aos condenados que já cumpriram a pena o direito ao sigilo da folha de antecedentes e sua exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação (art. 748 do CPP), logo, com maior razão, aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, devendo ser assegurado o direito de serem esquecidos.

A 4ª Turma do STJ, ao ponderar a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento asseverando que no caso deveria ter sido poupado o nome e a imagem do autor, independente da veracidade da informação, em virtude da ação do tempo e da afronta à dignidade da pessoa humana.

O segundo julgamento de repercussão nacional foi batizado de “Caso Aída Curi”<sup>288</sup>, em mais um caso de divulgação de um crime que resultou na morte de Aída Curi, vitimada em 1958. O programa ‘Linha Direta – Justiça’ tratou da vida, da morte e do pós-morte dos personagens envolvidos no crime.

Os irmãos da falecida ajuizaram ação de reparação de danos morais alegando basicamente que o fato fora esquecido no tempo, mas que a ré cuidou de reabrir as antigas feridas e danos materiais pela exposição indevida sem autorização com objetivo comercial e econômico.

O pedido foi julgado improcedente sendo mantido pelo Tribunal de Justiça fluminense, momento em que foi interposto o Recurso Especial analisado pela 4ª Turma do STJ que, pela maioria dos integrantes, nos termos do voto do relator, negou provimento ao

---

<sup>288</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013.

recurso entendendo que, no caso, deveria prevalecer a liberdade de imprensa, já que a matéria narrava fatos verídicos e que a notícia histórica revelava repercussão nacional.<sup>289</sup>

No que tange ao dano moral pelo uso indevido da imagem, o pedido também foi negado, mas houve divergência já que nos termos do art. 20 do Código Civil<sup>290</sup> não houve autorização dos irmãos para divulgação da imagem e em razão da falta de notoriedade da vítima, porém prevaleceu o pensamento de que a reprodução foi feita lícitamente.

#### 4.3 – Sugestões para a resolução do conflito entre liberdade de informação e o direito ao esquecimento

A solução para o conflito entre a liberdade da informação e a proteção individual (memória individual), em função de possuírem o mesmo *status* constitucional, é extremamente complexa. Como não há princípios absolutos, não se pode falar em prevalência de qualquer um deles e, pelo menos *a priori*, só se poderá verificar a preponderância de um sobre o outro por meio da análise do caso concreto.

Apesar disto, o Direito é uma ciência prática. A especulação doutrinária desapegada de qualquer propósito de transformação da realidade concreta tem valor científico, mas não realiza a finalidade maior do Direito que é a pacificação justa dos conflitos sociais.<sup>291</sup> Assim,

Novos direitos surgiram na era da informação, como também novas formas de violá-los, exigindo do juiz comprometido com a efetividade da jurisdição uma atuação mais ativa no processo. Dessa forma, o juiz deve se libertar de esquemas processuais

<sup>289</sup> “Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.” Trecho do voto do Rel. Min. Luis Felipe Salomão. STJ, 4ª Turma, Resp nº 1.335-153, julgado em 28/05/2013.

<sup>290</sup> BRASIL, Código Civil, art. 20: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

<sup>291</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, 22 p.

pré-moldados para, conforme o caso, encontrar e adaptar as técnicas processuais adequadas aos diferentes perfis dos direitos materiais.<sup>292</sup>

Dito isto, o objetivo desta pesquisa é analisar os parâmetros atuais utilizados pela doutrina e jurisprudência na resolução do conflito em questão, no intuito de estabelecer novos critérios e balizas, as mais objetivas possíveis, conferindo, assim, maior estabilidade e segurança jurídica na ponderação dos interesses em jogo, atribuindo, obviamente, atenção especial à influência do direito ao esquecimento no caso.

#### 4.3.1 – Critérios atuais e insuficientes utilizados na ponderação

A evidência de um interesse público contido na divulgação de um dado ou fato é característica essencial e condicionante para que se possa exercer legitimamente o livre direito de expressão e informação.

Se, de um lado é possível afirmar que o livre direito de expressão e informação queda garantido toda vez que haja interesse público contido na divulgação de um dado ou fato, certo é que o mesmo não se pode dizer do direito ao esquecimento. Quanto a este último, cujo objeto é a proteção da memória individual, sua proteção ainda é frágil, considerados os parâmetros atualmente utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para tanto.

Em suma, os critérios atuais de “Pessoa Pública”, “Local Público”, “Fato Criminoso” e “Evento Histórico” praticamente inviabilizam a implementação do direito ao esquecimento, já que conferem mais força e aplicabilidade à liberdade de informação, sem fazer uma análise mais profunda dos direitos em jogo, ignorando por completo a proteção da dignidade da pessoa humana. Passa-se ao exame dos critérios atuais.

##### 4.3.1.1 – Pessoa pública

O parâmetro mais aplicado pela jurisprudência diz respeito à mitigação dos direitos da personalidade de pessoas públicas, como os agentes públicos e os artistas em geral. Neste

---

<sup>292</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Direito fundamental à Jurisdição efetiva na sociedade da informação. in O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). São Paulo: Saraiva, 2009. 390 p.

esteio, em nome de um suposto interesse público na informação visualiza-se uma justificada pertinência na divulgação de qualquer dado que possa influenciar de algum modo a opinião pública, sejam elas questões afetas às atividades do personagem público, sejam elas questões íntimas ou familiares.

Deste modo, pelo critério da “pessoa pública” permite-se um abrandamento da esfera de proteção dos direitos individuais dos personagens notórios. Este foi o pensamento exarado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.025.047, relatado pela Min. Nancy Andrighi:

A redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso dos políticos, pode em tese ser aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.<sup>293</sup>

Apesar disto, a mesma corte já julgou em sentido oposto, demonstrando a dificuldade de se estabelecer parâmetros seguros para a resolução do conflito. Dessa forma, dando

---

<sup>293</sup> BRASIL, STJ, REsp nº 1.025.047 - SP (2008/0016673-2), Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma, julgamento em 26.06.08. Ementa:

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA. POLÍTICO DE GRANDE DESTAQUE NACIONAL QUE, DURANTE CPI RELACIONADA A ATOS PRATICADOS DURANTE SUA ADMINISTRAÇÃO, É ACUSADO DE MANTER RELAÇÃO EXTRACONJUGAL COM ADOLESCENTE, DA QUAL TERIA RESULTADO UMA GRAVIDEZ. POSTERIOR PROCEDÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO, QUANDO DEMONSTRADO, POR EXAME DE DNA, A FALSIDADE DA IMPUTAÇÃO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A PRETENSÃO, SOB ENTENDIMENTO DE QUE PESSOAS PÚBLICAS TÊM DIMINUÍDA A SUA ESFERA DE PROTEÇÃO À HONRA. INAPLICABILIDADE DE TAL TESE AO CASO, POIS COMPROVADA A INVERDADE DA ACUSAÇÃO.

- A imputação de um relacionamento extraconjugal com uma adolescente, queteria culminado na geração de uma criança – fato posteriormente desmentido pelo exame de DNA – foi realizada em ambiente público e no contexto de uma investigação relacionada à atividade política do autor.

- A redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso dos políticos, pode em tese ser aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.

- Porém, nesta hipótese, não se está a discutir eventuais danos morais decorrentes da suposta invasão de privacidade do político a partir da publicação de reportagens sobre aspectos íntimos verdadeiros de sua vida, quando, então, teria integral pertinência a discussão relativa ao suposto abrandamento do campo de proteção à intimidade daquele. O objeto da ação é, ao contrário, a pretensão de condenação por danos morais em vista de uma alegação comprovadamente falsa, ou seja, de uma mentira perpetrada pelo réu, consubstanciada na atribuição errônea de paternidade – erro esse comprovado em ação declaratória já transitada em julgado.

- Nesse contexto, não é possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações e não na relação destas com o direito à intimidade do autor. Precedente. Recurso especial conhecido e provido.” No mesmo sentido: STJ, REsp 253.058, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgamento em 04.02.2010.

No mesmo sentido: STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 705.630, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18.06.2010.; TJRS, Apelação Cível, processo nº: 70033152125, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgamento em: 23.06.2010; TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº: 2003.70.00.058152-8 - PR. Rel. Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, órgão pleno, julgamento em 29.09.2009.

prevalência à proteção individual, o Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp nº 706.769 entendeu da seguinte forma:

As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada.<sup>294</sup>

Mesmo vacilante em alguns momentos, a jurisprudência majoritariamente confere maior proteção à liberdade de informação, gerando inúmeras críticas na doutrina, como se pode verificar:

Qualquer pessoa, por mais pública que seja, tem o direito a uma esfera de privacidade, de forma que sua intimidade não possa ser devassada pelos órgãos de imprensa. Por exemplo, mesmo para um notório político, sua família, sua vida familiar, seus hábitos íntimos, seu cotidiano dentro de casa não podem ser divulgados. O que pode ser divulgado é a parte de sua vida – personalidade – de domínio público, como as atividades públicas; não a esfera privada, desconhecida do grande público.<sup>295</sup>

<sup>294</sup> BRASIL, STJ, REsp nº 706.769 – RN (2004/0168993-6), Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgamento em 14/04/2009. Ementa:

“RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÕES OFENSIVAS RELATIVAS A PREFEITA MUNICIPAL VEICULADAS EM RÁDIO LOCAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO PELA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. É incontroverso o fato de a recorrente ter programas de rádio em que imputou à recorrida, então prefeita municipal, atos cuja reprovabilidade é manifesta, quais sejam: furar poços em propriedades de fazendeiros ricos em troca de votos e utilizar-se de propaganda mentirosa. Ademais, a afirmação de que o Município possui Prefeita eleita pelo povo, mas quem governa é o marido, mostra-se ultrajante, além de patentear preconceito em relação a administradoras do sexo feminino.

2. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada.

3. Por outro lado, não prospera o argumento de que inexistia o *animus* de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

4. Não é o só fato de a autora ter pleiteado indenização em valor superior ao deferido nas instâncias ordinárias que caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que o valor da indenização deduzido na inicial é meramente estimativo.

5. Recurso especial não conhecido.”

Neste mesmo sentido: TJRS, Apelação Cível, processo nº 70027820091, 10ª Câmara Cível, data do julgamento: 26.11.2009, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins.

<sup>295</sup> CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Op. Cit.*, 56 p. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, 107 p.

Necessário salientar o alerta de Farias: “ressalte-se que as pessoas públicas sofrem uma limitação e não uma supressão de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da privacidade”.<sup>296</sup>

Apesar do conflito entre liberdade individual e informação já ter sido decidido por diversas vezes baseados unicamente no critério de “pessoa pública”, esta análise mostra-se insuficiente e falha, principalmente levando-se em consideração a grandeza dos direitos fundamentais em cotejo.

#### 4.3.1.2 – Local público

Qualquer foto, vídeo, informação ou dado que seja obtido em espaço público não é suficiente a autorizar a sua ampla divulgação, sob a alegação de uma suposta mitigação dos direitos da personalidade em razão de um interesse público.

Caso interessante ocorreu durante a votação do mensalão no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que uma conversa entre dois ministros discutindo questões relativas ao processo foi captada por fotógrafo que fotografou a tela da comunicação realizada pelo sistema *intranet* do tribunal.<sup>297</sup> Como se vê, independe que a informação tenha sido adquirida em espaço público, não há qualquer dúvida que o caráter privado permaneceria no caso narrado.

Ocorre que a jurisprudência brasileira, em geral, entende que se uma informação é obtida em local público, pode ser veiculada em virtude de uma “evidência” de interesse público na informação, mitigando-se a proteção dos direitos da personalidade. Neste sentido, é possível observar:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

<sup>296</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 143 p.

<sup>297</sup> Sobre o caso, vide: **O Globo capta conversa de ministros no julgamento do mensalão**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-23/globo\\_capta\\_conversa\\_ministros\\_supremo](http://www.conjur.com.br/2007-ago-23/globo_capta_conversa_ministros_supremo)>. Acesso em: 19/01/2014, às 11:01, e **Divulgação de mensagens de ministros do STF gera polêmica**. Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/divulgacao\\_de\\_mensagens\\_de\\_ministros\\_do\\_stf\\_gera\\_polemica](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/divulgacao_de_mensagens_de_ministros_do_stf_gera_polemica)>. Acesso em 19/01/2014, às 11:17.

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.  
Recurso especial não conhecido.<sup>298</sup>

Por outro lado, a doutrina alerta para a fragilidade do critério de lugar público de forma isolada. Para Galvão o uso de tal parâmetro não legitima a utilização de imagens extraídas sem o consentimento prévio do retratado. Pelo contrário: a captação dessas imagens, para fins de informação deve ser orientada por uma série de comportamentos do seu responsável para que não reste configurado o seu uso indevido.<sup>299</sup>

Schreiber sustenta, ainda, que o simples fato de um local ter acesso aberto ao público não significa que tudo que seja dito ou praticado por uma pessoa em tal espaço possa ser legitimamente divulgado em cadeia nacional. Ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que uma pessoa cochicha a outra em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão.<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> BRASIL, STJ, REsp nº 595600 – SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 18/03/2004. No mesmo sentido: BRASIL, TJRJ, Apelação Cível, processo nº 0005754-60.1996.8.19.0000, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, 4ª Câmara Cível, julgado em 26/04/2005: “RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIAS JORNALÍSTICAS. DANO MORAL INEXISTENTE. Não se pode colocar em dúvida que os fatos noticiados mereceram, sem exageros os destaques que lhes foram dados, atuando os jornalistas dentro dos limites próprios da liberdade de imprensa, não incorrendo, portanto, em qualquer abuso ou excesso. É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se a existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referência o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente. Tendo, pois, o primeiro recorrente optado por se expor em local público, em evento de grande porte e com evidente conotação política, a veiculação das notícias, sobre o acontecido, não se revestem, a princípio, de qualquer conteúdo difamatório, já que se limitaram a registrar o evento e seus desdobramentos, com os devidos destaques. Logo, se não há fato lesivo à honra, não há o dever de indenizar. SENTENÇA CORRETA. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PREJUDICADO O SEGUNDO.”; BRASIL, TJRJ, Apelação Cível, processo nº 0104638-14.2002.8.19.0001, Rel. Des. Nagib Slaibi, 6ª Câmara Cível, julgado em 24/08/2004: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. USO NÃO AUTORIZADO DE FOTOGRAFIA. DESCABIMENTO DE PERDAS E DANOS. Direito Civil. Reparação de danos. Fotografia do autor publicada em periódico trajando farda militar. Alegação de sofrimento moral por ter sido exposto no local onde reside. Descabimento. Direito Constitucional. Preponderância de direitos fundamentais. Imagem e informação. Matéria de cunho eminentemente jornalístico realizada em local público. Ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a publicação e eventuais danos sofridos. “É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente à sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente” (STJ, REsp nº 58101/SP, 4ª Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha). Desprovimento do recurso”.

<sup>299</sup> GALVÃO, Helder. **Direito de imagem e fotojornalismo**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013. 32 p.

<sup>300</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, 139 p.

Apesar de minoritária, é possível encontrar vozes na jurisprudência na defesa de que, independente do local em que seja captada a informação, a sua divulgação não é irrestrita e merece atendimento aos direitos individuais. Assim, observe-se a decisão proferida pelo TJRJ, nestes termos:

PROGRAMA DE TELEVISÃO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. OFENSA À HONRA. DANO MORAL

Imagens veiculadas por órgão de divulgação (TV) de conteúdo ofensivo à honra da autora. Dever de exigir prévia autorização à respectiva divulgação. Possível colidência de direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal. O Direito à informação, liberdade de expressão e manifestação intelectual contraposto ao direito à honra, privacidade e imagem. Harmonização para preservação da unidade da Constituição. Processo de ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados. Responsabilidade do órgão de imprensa pela notícia veiculada. Divulgação ofensiva e comprovadamente vexatória. Inexistência de colisão de direitos fundamentais, posto que não inserida no âmbito de proteção da liberdade de expressão à prática de ilícitos contra a honra. Dever de indenizar os danos morais decorrentes. A indenização deve representar compensação razoável pelo constrangimento experimentado, cuja intensidade, aliada a outras circunstâncias peculiares de cada conflito de interesses, deve ser considerada para fixação do valor. Majoração do valor indenizatório para que guarde compatibilidade com a extensão do dano. Negado provimento ao recurso autônomo e provimento parcial do recurso subordinado.<sup>301</sup>

Na fundamentação da decisão supra, o relator sintetizou o pensamento que deve prosperar com relação à captação de imagens e dados em local público, qual seja, a existência de um evidente interesse público. Portanto, para o magistrado, a empresa televisiva deu “ensejo à exibição de imagens que dizem respeito tão somente à vida particular da autora, não havendo qualquer interesse público em jogo que justifique tal atitude abusiva”.

Prevalendo o entendimento da irrestrita autorização da divulgação de qualquer informação ou dado obtido em um local público, poderia-se transfigurar em normalidade a esdrúxula situação que tantas vezes ocorrida com o falecido Michael Jackson, que ao transitar em área aberta fazia-o utilizando-se máscaras e outros meios que impossibilitassem a utilização indevida de sua imagem. A conduta do cantor, por mais bizarra que pareça, é um exemplo claro do embate entre a proteção dos direitos da personalidade e a liberdade de informação nos locais públicos.<sup>302</sup>

Como se observa, a aplicação do parâmetro de “local público” de maneira isolada e exclusiva é insuficiente para a resolução do conflito em jogo, fazendo-se necessário que se repensem os padrões utilizados pela jurisprudência.

<sup>301</sup> BRASIL, TJRJ, Apelação Cível, processo nº 2005.001.17968, Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro, 2ª Câmara Cível, julgado em 13/07/2005. No caso em tela, houve a exibição da autora dormindo em uma mesa localizada em feira pública.

<sup>302</sup> GALVÃO, Helder. *Op. Cit.*, 46 p.



#### 4.3.1.3 – Ocorrência de um crime

Em geral, afirma-se que a existência de crime, por si só, em razão da gravidade do fato consubstanciada na violação da ordem jurídica já seria motivo suficiente para demonstrar o interesse público direto na divulgação da informação, mitigando-se, assim, o direito ao esquecimento.<sup>303</sup>

De fato, algumas matérias em razão da gravidade, relevância e âmbito de divulgação do crime estão estritamente vinculadas ao cenário público, motivo pelo qual o direito ao esquecimento ficaria afastado.<sup>304</sup>

Ocorre que, a ocorrência de um crime não pode, por si só, significar a possibilidade de utilização desta informação de forma ilimitada, *ad eternum*. Não parece haver qualquer razoabilidade em se cogitar que toda e qualquer notícia possa ser rememorada e lembrada sem uma limitação temporal, inclusive a existência de eventos criminosos, sob pena de violação aos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Embora até se admita uma presunção de interesse público na divulgação de um ato criminoso (condenação, execução da pena), não se pode conceber que tal liberdade de informação seja absoluta e indefinida. Uma situação é a divulgação de um crime que possui ampla divulgação e que foi ‘assimilado na memória coletiva’ da sociedade brasileira; outra é a permissão de exposição de uma condenação por crime de menor potencial ofensivo, de forma irrestrita e interminável, possibilitando a rememoração do ocorrido décadas após o efetivo cumprimento da pena. Não ocorre nesta segunda hipótese a existência de qualquer interesse efetivo público na disseminação de tal informação.

Assim, dizer que o interesse público à informação subsistirá eternamente pelo simples motivo de o fato pretérito ter sido um crime não é suficiente para autorizar e chancelar a irrestrita liberdade de informação, já que o interesse pela reprovação de um determinado delito sofrerá a erosão de sua importância com o passar do tempo. Eis que:

E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato.

Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a

---

<sup>303</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88.

<sup>304</sup> BRASIL, STJ, REsp nº 1.335.153 – RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão., 4ª turma, julgado em: 28/05/2013.

qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas.

E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas.

Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação. (pag. 37) <sup>305</sup>

Neste diapasão, mesmo eventos criminosos podem ser alcançado pelo direito ao esquecimento, bastando para tanto a demonstração de que a divulgação da informação pretendida não acarreta qualquer utilidade prática à sociedade, em razão da ação do tempo, privilegiando-se, assim, a memória individual em detrimento do direito de informar.

Averigua-se, portanto, que o critério que baseia a prevalência da informação na ocorrência de fato criminoso, por si só, não se sustenta, motivo pelo qual tal critério merece ser compatibilizado com outros, que serão sugeridos no próximo tópico.

#### 4.3.1.4 – Evento histórico

Assim como os critérios anteriores, a utilização tão-só deste parâmetro é insuficiente para que se faça um correto sopesamento entre os direitos em conflito. Assim, *a priori*, em razão de um evento de grande comoção nacional, com ampla cobertura e importância, sugeriria uma preponderância de um interesse público no caso, uma presunção pela liberdade de informação.

Demonstrando que o tema não é pacífico, Godoy tece suas considerações:

Por esse direito, então, aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem.

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos. <sup>306</sup>

<sup>305</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 37

p.  
<sup>306</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. Cit.*, 89/90 p.

O critério de evento histórico, na maior parte das discussões, liga-se à ocorrência de um crime. Questão extremamente controvertida é a de atribuir um ‘interesse histórico’ na divulgação de crimes ocorridos em passado remoto, rememorando fatos já esquecidos e sedimentados na sociedade.

Sobre o tema, destaque-se julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) que analisou a seguinte situação: J.L.A.S (sua não identificação é proposital) ajuizou demanda indenizatória contra um jornal de grande circulação no Estado do Rio Grande do Sul que divulgara em matéria jornalística fato ocorrido há trinta anos, qual seja, a condenação por furto de automóvel.

O autor aduziu que a publicação de tal notícia era abusiva, tendo em vista que já havia cumprido a sua pena integralmente e que a exposição havia acarretado diversos problemas de ordem pessoal, tais como a desconstituição de seu casamento, a perda de seu emprego e da guarda de seus filhos. Por outro lado, a empresa jornalística alegou que a matéria divulgada possuía conteúdo informativo reproduzindo apenas o acontecimento ocorrido àquela época, limitando-se, assim, a narrar fato histórico.<sup>307</sup> A sentença de primeiro grau foi julgada procedente e, em grau recursal, foi reformada, por maioria, julgando improcedente a demanda, nestes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPUBLICAÇÃO. FATO NOTICIADO HÁ TRINTA ANOS. INTERESSE PÚBLICO, HISTÓRICO E SOCIAL. DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Demonstrado nos autos que a notícia veiculada pelo jornal demandado limitou-se a narrar fato ocorrido há trinta anos atrás (sic), sem emitir qualquer juízo depreciativo ou desabonatório sobre o autor, não se há de falar em ilícito civil. Intenção meramente comunicativa, consubstanciada no serviço de informar à sociedade acerca de crimes ocorridos no passado, com observância do interesse público, histórico e social, inexistindo qualquer excesso apto a justificar o dever de indenizar. Ausência de provas quanto ao abalo à dignidade, à humilhação ou dor que o autor alega ter suportado em decorrência da notícia publicada. Dano moral que não se reconhece. Sentença reformada. Ação julgada improcedente. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA, POR MAIORIA. APELO DO AUTOR PREJUDICADO.<sup>308</sup>

Como se observa, a questão foi decidida por maioria e o relator, voto vencido no recurso, fez algumas interessantes considerações que merecem ser retratadas. Neste esteio,

---

<sup>307</sup> BRASIL, TJRS, processo n<sup>o</sup>: 70011892569, 10<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Comarca de Porto Alegre, julgado em: 24/11/2005. 10 p. Cumpre destacar o entendimento do Revisor Des. Paulo Roberto Lessa Franz: “A circunstância de retratar fato ocorrido há trinta anos não descaracteriza a licitude da conduta da ré, porquanto presente a intenção meramente comunicativa, consubstanciada no serviço de informar à sociedade acerca dos fatos ocorridos no passado, dentro de um contexto histórico, para que essa mesma sociedade possa formar um juízo de valor, inclusive sobre os fatos que permeiam a vida atual”.

<sup>308</sup> BRASIL, TJRS, processo n<sup>o</sup>: 70011892569, 10<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Comarca de Porto Alegre, julgado em: 24/11/2005.

No caso dos autos, a notícia do acontecimento envolvendo o demandante, ocorrido há trinta anos, sem qualquer averbação acerca do cumprimento da sua penalidade e posterior reintegração do então apenado à Sociedade, depõe contra o direito de privacidade do requerente.

A dita “memória jornalística”, no caso presente, não poderia colocar o nome do autor em evidência, como apenado foragido, sem complementar que a condenação fora devidamente cumprida, nada mais devendo à Justiça.

Destarte, houve falha na informação jornalística - mesmo que tida como simples reedição de antiga notícia -, ao não referir a situação contemporânea da pessoa que teve seu nome citado com criminoso.<sup>309</sup>

A despeito do julgamento final, o relator revelou sua grande preocupação no caso: “*In casu*, interesse público algum havia na republicação da notícia objeto da presente demanda, pois não tinha nenhuma relevância histórica ou social, vindo apenas a grafar o nome do autor como delinqüente em débito com a Justiça”.<sup>310</sup>

Do pensamento exarado pelo relator do referido processo surge outro questionamento: e se houvesse a divulgação da situação contemporânea do retratado na informação jornalística, mesmo assim, um fato ocorrido trinta anos atrás poderia ser difundido em nome de um “interesse público” em virtude de seu caráter “histórico”? Observa-se, então, que os atuais critérios utilizados pela jurisprudência parecem não ser suficientes para enfrentar o problema entre o aparente conflito entre liberdade de informação e expressão e a proteção da memória individual, consubstanciada na aplicação do direito ao esquecimento.

#### 4.3.2 – Novos critérios para a ponderação

O direito ao esquecimento sofre resistências e é encarado como desconfiança justamente pelo fato de não possuir uma previsão legal, uma sistematização que lhe confira autonomia, transparência e balizas mais evidentes. Diante do absoluto vácuo, a reação natural é a recusa do instituto, evitando-se a discussão e melhor enquadramento de importante ferramenta de proteção ao indivíduo.

Como já observado, o direito ao esquecimento caracteriza-se, fundamentalmente, como uma redoma protetiva que impossibilita que dados ou informações – em razão do transcurso do tempo e da falta de utilidade da informação – possam ser rememorados e

---

<sup>309</sup> Idem, 4 p.

<sup>310</sup> Ibidem, 5 p.

relembrados causando dor, angústia, violação à memória individual, sem a existência de qualquer ganho evidente à sociedade.

Em razão da inexistência do caráter absoluto de qualquer direito ou princípio, em algumas ocasiões o direito ao esquecimento cederá em razão do interesse da coletividade pela divulgação da informação. Para que se possa conferir maior segurança, o estudo se propõe a sugerir alguns critérios que operariam como um filtro, como condicionantes que, caso superados justificariam a disponibilização da informação e a liberdade de expressão.

Saliente-se que a utilização dos parâmetros propostos, não impede em qualquer medida o avanço e implementação legal do instituto, pelo contrário, confere-lhe força em razão de sua sistematização propiciando-se maior segurança jurídica na resolução dos conflitos.

A identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo. A ideia de que existam limites ou restrições a um direito carrega em si um problema essencial, que consiste na determinação do significado destes limites.<sup>311</sup> Assim, de um lado está em jogo o direito à informação e do outro a proteção da memória individual, por meio do direito ao esquecimento. Caso a informação ultrapasse os cinco critérios propostos, é possível dizer que não há possibilidade do direito ao esquecimento no caso concreto.

Não se pretende atribuir peso ou quantificação matemática nesta “equação”, mas apenas estipular um caminho que auxiliará o julgador na análise do caso concreto, sopesando os direitos em jogo. A cada etapa superada, a balança penderá à liberdade de informação. Por outro lado, no caso concreto, se a divulgação da informação ou dado não superar os cinco critérios propostos, então se deve priorizar a proteção dos direitos da personalidade, pendendo a balança para a configuração do direito ao esquecimento.

Embora já seja aplicado de forma indireta, mesmo que não se lhe atribua nomenclatura ou independência, o direito ao esquecimento caminha no sentido de seu reconhecimento, em razão de possuir objeto jurídico específico de proteção: a memória individual, em virtude da lembrança de fatos pretéritos sem qualquer utilidade e atualidade.

Em razão de se tratar do nascimento de novo direito da personalidade, adquirindo tal *status* em virtude da nova sociedade da informação, que possibilita a recuperação de dados de forma ilimitada, sem qualquer controle temporal, o instituto ainda não possui caracteres delimitativos de forma clara na doutrina e na Jurisprudência. Assim, no intuito de conferir

---

<sup>311</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 391 p.

sistematização e segurança, este estudo utilizará e aproveitará os exemplos e parâmetros utilizados pela doutrina e jurisprudência no cotejo dos direitos da personalidade já reconhecidos (nome, imagem, honra e privacidade). Destaque-se que aplicação de tais referenciais em nada retira a autonomia do direito ao esquecimento.

Desta forma, qualquer exemplo que se utilize, seja ele referente à proteção da imagem ou privacidade, não significa confusão entre eles e a proteção da memória individual, senão o aproveitamento e sistematização de critérios que podem ser adaptáveis no confronto entre liberdade de informação e expressão com o direito ao esquecimento, quando houver a rememoração de fato pretérito. Eis os novos critérios propostos.

#### 4.3.2.1 – Domínio público <sup>312</sup>

Os novos critérios sugeridos referem-se ao embate entre os princípios da liberdade de informação e de expressão e a proteção individual, em especial da memória individual. Portanto, para que uma informação ou dado possa ser lembrado e sua divulgação seja considerada lícita, é preciso que ela tenha, previamente, atingido o domínio público.

Não há que se perquirir pela viabilidade da divulgação de fatos pretéritos, com possibilidade de violação de direitos individuais (direitos da personalidade) se o fato que se busca recordar não tenha atingido, em alguma época, ampla divulgação e publicidade.

Dessa forma, a divulgação de qualquer vídeo, foto, dado, informação ou manifestação pretérita possui como requisito fundamental e condicionante a sua prévia divulgação, ou seja, que o dado tenha alcançado em algum momento o conhecimento público. Caso contrário, em

---

<sup>312</sup> Importante que se diga, apesar do termo, não se está tratando nem utilizando como parâmetro a proteção conferida aos direitos autorais. A proteção dos direitos autorais determina que o autor (criador) possuirá livre administração da obra pelo prazo de setenta anos, momento em que cairá em “domínio público”. Vide, BRASIL, Lei nº 9.610/98: “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes. Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores. Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo. Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação. Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”.

nenhuma medida se justificaria a divulgação de fatos passados, estando tais revelações totalmente protegidas e abarcadas pelo direito ao esquecimento.

Em realidade, caso a informação pretérita que se procura divulgar nunca tenha atingido o conhecimento público evidencia-se um verdadeiro abuso no direito de informar já que se não houve interesse na divulgação do fato no momento em que ocorreu, quanto mais tempos depois.

Dessa forma, na hora de ponderar no caso concreto se deverá prevalecer o direito à ampla informação ou incidir no caso o direito ao esquecimento duas serão as possibilidades: 1) a informação que se pretende divulgar nunca foi de domínio e conhecimento público, não havendo qualquer razoabilidade que fato pretérito desconhecido e já consolidado pelo tempo possa ser reavivado. Neste caso, encerra-se a ponderação e prevalecerá o direito ao esquecimento, impedindo-se a divulgação da exposição; 2) O fato que se pretende reavivar foi, em alguma época, de domínio público, com ampla exposição e notoriedade.

Se o fato pretérito já for de “domínio público”, passa-se à análise do próximo critério no intuito de averiguar-se se a balança penderá ao final à legalidade do direito de informar ou se prevalecerá a proteção da memória individual, por meio da aplicação do direito ao esquecimento.

#### 4.3.2.2 – Necessidade de preservação do contexto original da informação pretérita

Em razão dos avanços tecnológicos que permitem a localização e recuperação de dados pretéritos com facilidade e rapidez, é preciso que se tenha atenção especial à manutenção da contextualização da informação passada, sob pena de caracterização da conduta como abusiva, extrapolando o direito legítimo de informar.

A recuperação de dados e imagens hoje é tão comum e difundida que não se atenta à potencialidade de violação aos direitos da personalidade que uma informação ou dado divulgados fora de contexto possam causar, principalmente levando-se em consideração a velocidade com que as notícias se difundem.

Por isso, ao se divulgar um fato, quatro são as possibilidades entre a atualidade da informação e a sua pertinência e veracidade: 1) informação atual, dentro do contexto; 2) informação atual, mas utilizada fora de contexto; 3) informação antiga, sem respeito ao contexto prévio; e 4) informação antiga, mantendo a contextualização do evento pretérito.

Assim, para o estudo em questão que objetiva estabelecer parâmetros para a aplicação do direito ao esquecimento, a informação atual (inicial, primária) – dentro ou fora de contexto – não faz parte da pesquisa e não será analisada nesta oportunidade. No entanto, com relação à divulgação de dado pretérito, faz-se necessário um exame mais detido.

Desta maneira, o segundo critério que se propõe a permitir a divulgação de informação previamente propagada (já pertencente ao domínio público) é a sua total contextualização nos termos em que foi originariamente emitida. Logo, caso a rememoração esteja contextualizada ultrapassa-se o segundo critério proposto, com a ponderação aproximando-se da liberdade da informação e de expressão, em detrimento ao direito ao esquecimento.

Por outro lado, cumpre destacar que a propagação de fato fora de contexto traduz-se em ilegalidade, em qualquer caso, ou seja, sendo a informação atual ou pretérita. Neste esteio, é de se aplicar a proteção do direito ao esquecimento em caso de difusão de fato pretérito sem qualquer contextualização.

Observa-se que a manutenção do contexto inicial ocorrerá se a redivulgação tratar do fato pretérito em sua plenitude, ou seja, preservando a situação passada, indicando minimamente o local, data e as condições em que o dado foi obtido, para que se possa analisar concretamente se a sua redifusão atende à veracidade e mantém todo conjunto de fatores existentes no momento da formação do que se pretende rememorar.<sup>313</sup>

Galvão alerta para o uso correto da informação: “O contexto da obtenção da imagem e respectiva informação é de extrema importância para um uso justo, sob pena de restar configurada uma falsidade intelectual”.<sup>314</sup>

Além disso, o fato real não pode ser divulgado em conexão com manchete que diz respeito a outro fato, também real, mas que nenhuma relação guarda com o primeiro. Ocorreria, portanto, abuso nos limites da liberdade de informação.<sup>315</sup>

Cumpre destacar que a veracidade de um fato que se pretenda divulgar, por si só, não é suficiente para conceber a aplicação de um direito amplo e irrestrito à informação. Tem-se no imaginário que por um dia ter sido pública a informação, esta poderia ser, a qualquer tempo, reutilizada em nome do interesse público, fortalecendo-se com o transcurso do tempo, possuindo, assim, um caráter universal. Muito pelo contrário! A lógica é completamente inversa, ou seja, quanto maior o apso temporal entre a origem da informação e sua redifusão,

---

<sup>313</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013. 166 p.

<sup>314</sup> GALVÃO, Helder. *Op. Cit.*, 34 p.

<sup>315</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, 81 p.



mais protegida estará a memória individual e os direitos da personalidade, em virtude da erosão evidente de qualquer utilidade e atualidade da informação.

Almeida Júnior alerta sobre a possibilidade de violação dos direitos da personalidade em virtude da difusão de informação pretérita, como se pode averiguar:

Ocorre que não raras são as vezes em que a utilização de imagem arquivada, mas não publicada, ou imagem já publicada, e tempos depois republicada, atenta flagrantemente contra a proteção da imagem da pessoa humana, de modo a perpetrar não só danos à sua imagem, mas podendo se verificar, no caso concreto, violações à honra, intimidade, vida privada e identidade pessoal, ainda que no momento da captura da imagem e publicação originária não tenham ocorrido tais ilícitos.<sup>316</sup>

É possível dizer, então, que o direito ao esquecimento asseguraria a possibilidade de se discutir o uso que se é dado aos fatos passados, em especial, ao modo e a finalidade com que são rememorados.

No intuito de demonstrar a aplicação prática da redivulgação de fato e sua contextualização com o acontecimento pretérito, cabe lembrar o caso já analisado e que foi julgado pelo TJRS examinando pleito indenizatório de um indivíduo contra um jornal de grande circulação que na seção “aconteceu há 30 anos” divulgara matéria jornalística narrando o envolvimento do autor em furto de automóvel.<sup>317</sup>

O autor aduzira, justamente, a falta de contextualização da matéria, pois já havia cumprido a sua pena integralmente, sem qualquer menção à situação atual do retratado. Ao final o demandante teve seu pleito negado, já que se visualizou no caso mera reprodução de informação que retrava um interesse público e histórico.

Assim, o critério utilizado no julgamento de um suposto interesse público em razão de um caráter histórico não parece ser a melhor solução ao caso. A divulgação da notícia, embora retratada com integralidade, foi descontextualizada da situação atual. Não houve cuidado por parte do veículo de comunicação em verificar o efetivo cumprimento da pena, permanecendo a sombra eterna pelo cometimento de um crime pretérito, sem qualquer interesse ou repercussão atual da notícia.

Dessa forma, o distanciamento de determinado fato narrado por meio da veiculação de uma informação enfraquece o critério da atualidade, exigindo, por sua vez, a plena pertinência a ensejar a reutilização do dado e o robustecimento da contextualização como parâmetro hábil na resolução do conflito entre informação e esquecimento.

---

<sup>316</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. *Op. Cit.*, 160 p.

<sup>317</sup> BRASIL, TJRS, processo nº: 70011892569, 10ª Câmara Cível, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Comarca de Porto Alegre, julgado em: 24/11/2005.

Portanto, caso a informação que se pretenda reavivar (que deve ser de domínio público) não esteja totalmente contextualizada, a jornada que conduz à possibilidade de veiculação informativa será interrompida e prevalecerá o direito ao esquecimento. Em caso de plena contextualização, passa-se ao próximo degrau do caminho que autoriza a divulgação do fato pretérito, conduzindo-se ao próximo critério.

#### 4.3.2.3 – Possibilidade de preservação dos direitos da personalidade na rememoração

Dando-se prosseguimento à verificação dos critérios que buscam conferir mecanismos mais seguros para propiciar balizas ao julgador no balanceamento entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento, passa-se ao exame da real necessidade de exposição dos direitos da personalidade no momento da divulgação da informação.

Busca-se, assim, estabelecer até que ponto o grau de realização de um direito justifica o grau de sacrifício de outro direito de mesmo *status* constitucional. Para tanto, será realizado o estudo de duas decisões, em sentidos opostos, demonstrando como, a depender do caso, a incidência de dados pessoais é imprescindível para a disponibilização da informação, não ocorrendo a aplicação do direito ao esquecimento.

No julgamento do REsp nº 1.335-153 – RJ e do REsp nº 1.334-097 – RJ, ambos da 4ª Turma do STJ e da lavra do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, abordaram diretamente a questão da incidência como parâmetro importante na aplicação do direito ao esquecimento, com a sua configuração em um caso e negação de aplicação em outro. Os casos, que já foram previamente analisados, fizeram uma análise no caso concreto quanto à necessidade de exposição de direitos individuais em face da rememoração de um evento pretérito.

Assim, no caso da “chacina da candelária” um programa televisivo, embora narrando os fatos de maneira fiel ao ocorrido anos antes, ao pretender exibi-lo fazia-o sem a preocupação de proteção à personagem que havia sido investigado e, ao final, inocentado. Dessa forma, em nenhuma medida haveria o prejuízo na divulgação de um evento de interesse público se o nome e personalidade do inocentado tivesse sido preservado. Portanto, neste caso, o grau de sacrifício dos direitos da personalidade era desproporcional e o direito à informação passaria a ser considerado como abusivo e ilegal.

Isto posto, a “ocorrência de crime” ou o “fato histórico” não são dados suficientes a justificarem uma permissão ampla e irrestrita para divulgação de delitos e das pessoas nele envolvidas de forma indeterminada no tempo. Portanto, a regra deve ser a compatibilização da difusão da informação com a preservação dos interesses individuais. Neste esteio:

O certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.<sup>318</sup>

No caso da candelária verificou-se que, embora a reportagem fosse verídica e fidedigna com a realidade, a divulgação de noticiários, mesmo fazendo menção à absolvição, reacendem a desconfiança acerca da índole do envolvido, que ao invés de ter a sua imagem refocada como inocente, reforça a de ter sido indiciado e acusado.<sup>319</sup>

Por outro lado, no julgamento do Resp nº 1.335.153 – RJ, o mesmo relator excepcionou a regra aplicada no caso anterior, sendo extremamente razoável seu pensamento. O objetivo primordial é a compatibilização entre liberdade de informação e proteção dos direitos da personalidade, ocorrendo apenas a possível prevalência pela informação quando de fato preponderar o interesse público e o fato não puder ser retratado de forma diversa. Assim:

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas.

Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro (...) de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. (P. 37/38).<sup>320</sup>

Portanto, a terceira baliza a ser avaliada no cotejo entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento, preservando-se a memória individual, é a necessidade imprescindível da divulgação de dados que poderiam atingir os direitos da personalidade. Assim, sempre que

<sup>318</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 39 p.

<sup>319</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 39 p.

<sup>320</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgado em 28/05/2013. 37/38 p.

possível, deve-se defender e salvaguardar o nome, imagem, honra, privacidade e qualquer outro direito fundamental do indivíduo.

#### 4.3.2.4 – Existência de utilidade na informação

Já se verificou que a autorização ao direito de informar na forma dos critérios de “pessoa pública”, “local público”, “fato criminoso” ou de “evento histórico”, isoladamente, afigura-se insuficiente para uma análise correta no confronto entre a liberdade de informar e a proteção dos direitos da personalidade e, em especial, da proteção da memória individual.

Como estabelecer que uma informação possui caráter evidentemente útil? Objetiva-se, assim, buscar parâmetros para que se possa conferir maior estabilidade e proteção aos direitos da personalidade, sem que isto se traduza em censura ou inviabilização do direito de expressão e informação legítima.

##### 4.3.2.4.1 – Efetivo interesse público e curiosidade pública

A primeira exigência para compatibilização dos direitos em conflito é a verificar a existência de um elemento essencial à liberdade de informação legítima, qual seja, o efetivo interesse público, que se consubstancia na existência de uma utilidade real no dado que se pretende divulgar. Assim, deve-se efetuar uma diferenciação fundamental entre “efetivo” interesse público e “curiosidade pública”.

Como visto, embora se sustente que a figura pública possua um campo de proteção aos seus direitos da personalidade reduzido em função de sua exposição e posicionamento na sociedade, inclusive beneficiando-se desta exibição, tal fato não lhes retira um âmbito mínimo de proteção. Cupis sintetiza tal pensamento:

No que respeita a pessoas revestidas de notoriedade, a lei entendeu satisfazer o interesse do público em conhecer a sua imagem. A rigorosa determinação de tais pessoas não se apresenta fácil, mas, de um ponto de vista geral, as pessoas objeto daquela publicidade podem identificar-se, sobretudo pela notoriedade na arte, na ciência, no desporto, na política. Elas consentem, de uma forma geral, tacitamente, na difusão da sua imagem, que consideram uma consequência natural da própria notoriedade, mas, mesmo que se

pudesse provar o contrário, seria isso irrelevante dado o reconhecimento do interesse público por parte da lei.

De qualquer modo, mesmo as pessoas revestidas de notoriedade conservam o direito à imagem, relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências da curiosidade pública têm que se deter. A limitação estabelecida pela lei deve entender-se, por sua vez, com esta restrição.<sup>321</sup>

Ora, é inegável que políticos, atores, músicos, esportistas, enfim, pessoas cuja atividade atraia grande interesse midiático, sofrem exposição diária como consequência natural do que fazem. A reação é normal e aceitável, na medida em que, ao menos para a maior parte do público, exercem grande fascínio sobre o imaginário popular. Talvez o maior exemplo seja o desejo de todo menino brasileiro, de qualquer classe social, raça ou credo, em ter fama e sucesso em um campo de futebol, seguindo histórias de sucesso dos craques nacionais em arenas de todo o mundo.

Entretanto, a exposição natural da profissão não autoriza uma integral devassa de momentos que não trazem em si qualquer viés informativo, como se os limites dos direitos da personalidade (nome, imagem, honra, privacidade) desses indivíduos devessem ser totalmente desconsiderados. É natural que se enxergue uma redução espontânea dos níveis de intimidade em pessoas dotadas de notoriedade. Mas isso não pode servir como salvo conduto para que fatos íntimos e ínsitos à personalidade, mormente aqueles que envolvem o cerne familiar, sejam explorados até as últimas consequências sem qualquer anuência quanto à sua divulgação.

Para se encontrar, de forma mais segura, a significação do termo “efetivo interesse público”, é importante estabelecer, de plano, que todo o ser humano possui aspectos inerentes: o externo, que engloba as relações sociais, a externalização das atividades, e o interno, que dizem respeito ao seu caráter efetivamente individual, privado.

O aspecto privado caracteriza-se pela proteção à privacidade, considerado como âmbito de proteção em que o ser humano pode usufruir momentos de desvinculação completa dos dilemas e aflições da vida cotidiana, estando só ou gerenciando seus dados particulares. Como já definido anteriormente, definir o contorno da privacidade é tarefa árdua já que seu conceito é fluido, modificando-se em razão do tempo e momento histórico em que se estiver enquadrado.

Além da privacidade, verifica-se o surgimento de um novo direito da personalidade, qual seja, a proteção da memória individual, que se constitui como elemento essencial do caráter mais intrínseco do ser humano. Assim, as informações e dados que tenham relevância

---

<sup>321</sup> CUPIS, Adriano de. *Op. Cit.*, 148 p.

e ligação direta à lembrança pessoal são protegidos e caracterizados como pertencentes ao aspecto privado e interno do indivíduo.

Refletindo acerca da proteção do aspecto interno humano, é absolutamente insustentável a alegação de completa redução de seu âmbito em virtude de seu posicionamento na sociedade ou do local onde a informação ou dado é obtido. Ainda que fora de sua zona de conforto e interferência (residência, sigilo das comunicações, correspondência), permanecem latentes os aspectos invioláveis de sua vida cotidiana, que devem ser preservados.

Dessa forma, em razão da proteção irrestrita que deve ser conferida ao aspecto interno do indivíduo, a averiguação do efetivo interesse público e sua utilidade na informação que se pretende rememorar deve ocorrer apenas com relação à face externa de uma pessoa e sua relação com a coletividade. E mais, mesmo as informações relativas à face externa do indivíduo devem possuir uma real utilidade em sua divulgação, sob pena de ser considerada abusiva e ilegal. Se uma informação é divulgada com intuito sensacionalista, expondo a vida privada e a memória pessoal de um indivíduo em virtude de interesses comerciais ou para gerar celeumas familiares, viola a proteção conferida pelos direitos da personalidade, já que tais dados integram o prisma interno do indivíduo, independentemente do local onde foram obtidas.

No mesmo sentido, Farias também diferencia o aspecto público e privado das relações humanas:

Na solução da colisão entre direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da *preferred position* em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração com condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta [estabelecendo-se certos requisitos em sua aplicação: (...) (a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e informação quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privado* dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno da veracidade (atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade, ou seja, falsa perde a presunção de preferência que tem a seu favor.<sup>322</sup>

O STJ condiciona o efetivo interesse público de informação à sua relevância e utilidade prática, que deve se traduzir em benefício para a sociedade: “a liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados

---

<sup>322</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. Cit.*, 197/198 p.

manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade”.<sup>323</sup>

Assim, a notícia que se divulga deve possuir interesse público, ou seja, conter materialmente dados informativos ou educativos, não podendo se reduzir à mera especulação, boato ou mexerico.<sup>324</sup>

É preciso que se diga que a aplicação do direito ao esquecimento, quando impede a divulgação de fato pretérito, em nenhuma medida pode ser considerada como mecanismo de censura ou de manipulação do passado. Em realidade, trata-se de restringir o uso da informação em virtude de sua falta de interesse público, em razão da inutilidade concreta ao contexto atual de fato pretérito e esquecido já estabilizado na sociedade. Quando o interesse na informação for justificado, a divulgação será permitida e legítima.

O que se deve ficar claro é que a ultra-exposição não deve ser o lugar comum. A proteção dos direitos fundamentais (neles incluídos o direito à memória individual) possui amparo constitucional, pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e é inclusive objeto de ressalvas em exemplos modernos de transparência, como é o caso da Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/2011.

<sup>323</sup> BRASIL, STJ, REsp 984.803 – ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 19.08.2009. 7 p. No mesmo sentido, vide: Ementa: BRASIL, STJ, REsp 896.635 – MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 26.02.2008.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO REDUZIDO. CONTAGEM QUE SE INICIA COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. CAUSA DANO MORAL QUEM DIVULGA DE NOME COMPLETO DA VÍTIMA DE CRIME SEXUAL. QUANTUM RAZOÁVEL.

- É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF.
- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.
- O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor. Precedentes.
- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.
- A vítima de crime contra o costume tem o direito de não perpetuar seu sofrimento. Se opta por não oferecer a queixa e tampouco a representação que a lei lhe faculta, evidentemente não há interesse social na apuração dos fatos e tampouco na exposição pública de seu nome. Se o crime contra o costume se encontra sujeito à ação penal pública, se a vítima ofereceu a queixa ou a representação, não por isso deixará de passar pelos constrangimentos da apuração dos fatos, do sofrer contínuo. Não se pode presumir tampouco que, por tais motivos, se torne conveniente a exposição pública de seu sofrer, para além dos autos do inquérito ou do processo criminal.
- Não há qualquer interesse público no conhecimento da identidade da vítima do crime de estupro, havendo aí abuso da liberdade de informação.
- A modificação do quantum fixado a título de compensação por danos morais só deve ser feita em recurso especial quando aquele seja irrisório ou exagerado.
- Não mais prevalece, a partir da Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral, por publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas. Precedentes. Recurso Especial não conhecido.

<sup>324</sup> BRASIL, STJ, REsp 984.803 – ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 19.08.2009.

Pois bem, a própria Lei de Acesso à Informação é clara ao definir em seu bojo casos de restrição de acesso de dados sob guarda das entidades públicas e seus órgãos administrativos, quando sigilosas e no caso de informações pessoais, isso porque estes dados não são de interesse público, motivo pelo qual o órgão ou entidade que as detém está proibido de divulgá-las a terceiros. Sobre o tema, o “Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios”<sup>325</sup>, expedido pela Controladoria-Geral da União, destaca a proteção das informações pessoais e a possibilidade de sua restrição, nestes termos:

#### 14.1 Informações pessoais

A informação pessoal é aquela relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Por definição, a informação pessoal não diz respeito ao interesse público e, portanto, o órgão ou entidade detentora desse tipo de informação deve restringir o seu acesso.

Os mecanismos regulares de transparência ativa e passiva da LAI não alcançam o acesso às informações pessoais e por essa razão elas não são classificáveis, ou seja, não necessitam receber o tratamento dado às informações sigilosas. A LAI dedica atenção especial para o tratamento e hipóteses de acesso a essas informações e esses mandamentos legais concentram-se, sobretudo, no artigo 31 da Lei.

O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. É sob essa ótica de cautela e proteção do direito da pessoa que a LAI prevê a restrição de acesso de informações pessoais pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a partir da sua data de produção – independentemente de classificação de sigilo.

Quem tem acesso às informações pessoais? Somente terão acesso à informação pessoal os agentes públicos autorizados e as pessoas a quem a informação se referir. Havendo previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a quem a informação faz referência, terceiros podem ter acesso a tais informações.

É imperioso ressaltar que o interesse público não coincide com o interesse do público, guiado, no mais das vezes, por sentimentos de execração pública, afronta à dignidade da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.<sup>326</sup> Vale acentuar que não é qualquer assunto de interesse do público que justifica a divulgação jornalística de um fato. A liberdade de imprensa e informação estará configurada nos casos em que houver relevância social nos acontecimentos noticiados.<sup>327</sup>

<sup>325</sup> BRASIL, Controladoria-Geral da União. **Manual da lei de Acesso à informação para Estados e Municípios**. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Manual\\_LAI\\_EstadosMunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Manual_LAI_EstadosMunicipios.pdf)>. Acesso em 28/12/2013, às 12:37. 29 p.

<sup>326</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.334-097 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 39 p.

<sup>327</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, 416 p.



#### 4.3.2.4.2 – Casos de “efetivo” interesse público

O estabelecimento de critérios na ponderação traz consigo a ideia de que não há *a priori* a prevalência de direitos fundamentais. A primazia ao direito de informar em contraposição à proteção da memória individual apenas será legítima e lícita se atender a um efetivo interesse público. A este respeito, Perlingeiro escreve:

“Nem a transparência nem a proteção de dados são absolutas e, nesse contexto, é fundamental encontrar um ponto de equilíbrio, pois, na verdade, o acesso à informação e as suas restrições serão orientadas pela presença do interesse público, que tanto pode prestar-se à publicidade quanto ao sigilo.”<sup>328</sup>

Não se pode perder de vista que a regra é o direito à informação atual, desde que haja um evidente interesse coletivo. Ocorre que a ação do tempo transforma a notícia atual em pretérita, e sua importância sofre a erosão de sua força e necessidade, podendo se tornar desinteressante ao interesse público. Assim, o direito ao esquecimento ganha força, protegendo-se a memória individual.

Neste esteio, Bernal defende a existência de um direito a ser esquecido e excetua sua aplicação a alguns casos específicos em que deverá prevalecer o interesse coletivo à informação, tais como para os dados de caráter médico, registros criminais, registros fiscais, eleitorais, bem como por motivos de segurança do Estado.<sup>329</sup>

A despeito do interesse pessoal, inclusive da memória individual, é razoável identificar uma relevância na manutenção de informações pessoais em razões de caráter médicos (epidemias, doenças contagiosas, dados genéticos), bem como por meio de registros criminais, em virtude de um evidente interesse coletivo. Ressalve-se, desde já, que a aquiescência neste caso não significa liberdade de tornar público de forma irrestrita um dado se este pode atingir seu fim (proteger a coletividade), por meios menos violentos à dignidade da pessoa humana.

Existem ainda razões de índole administrativa ou econômica, que autorizariam, como visto quando falado acerca da lei de Acesso à Informação, a manutenção em arquivo de dados

<sup>328</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. **O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual.** *Revista de Processo*, v. 37, n. 203, p. 149-180, jan. 2012. Disponível em: <[https://www.academia.edu/3707083/O\\_livre\\_acesso\\_a\\_informacao\\_as\\_inovacoes\\_tecnologicas\\_e\\_a\\_publicidade\\_de\\_processual\\_Free\\_Access\\_to\\_Information\\_Technological\\_Innovations\\_and\\_the\\_Publishing\\_of\\_Legal\\_Cases\\_](https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_a_informacao_as_inovacoes_tecnologicas_e_a_publicidade_de_processual_Free_Access_to_Information_Technological_Innovations_and_the_Publishing_of_Legal_Cases_)>. Acesso em 10/01/2014, às 17:47. 158 p.

<sup>329</sup> BERNAL, Paul. **A Right to Delete?** *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, No.2, 2011. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/75/144>>. Acesso em 28/01/2014, às 16:23.

peçoais, como, por exemplo, registros fiscais, eleitorais e até peçoais, mas que não podem, em contrapartida, ser objeto de divulgação a terceiros, por expressa vedação legal.

Por último, pode-se visualizar a prevalência do interesse coletivo em face da memória individual nos casos de risco à segurança pública, através das quais a informação é mantida em arquivo das autoridades públicas, mas que devem ser revestidos de um indispensável sigilo, não podendo ser divulgados levemente.

A jurisprudência do STJ já analisou o âmbito de proteção dos direitos da personalidade em caso de candidatos eletivos, conciliando o critério de “pessoa pública” com o de “utilidade pública”. Assim:

A redução do âmbito de proteção aos direitos da personalidade, no caso dos políticos, pode em tese ser aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.<sup>330</sup>

Outro interessante julgado que ponderou exatamente a utilidade e o caráter público de informação referente a servidor público no confronto com os direitos da personalidade foi proferido pela 4.<sup>a</sup> Turma do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, relatado pela Des. Federal Marga Inge Barth Tessler:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A divulgação das informações relativas à anterior demissão e readmissão do autor, para que se configurasse ilícita, era necessário que ele tivesse obtido, por qualquer meio, a decretação do sigilo dessas informações, o que não ocorreu. A divulgação das informações referidas, que expressaram a verdade dos fatos que se extrai do processo judicial pertinente, não pode ser tida como ilícita, já que não se subsume o caso a qualquer das hipóteses legais de sigilo ordinário.

2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc., claramente afastando situação de vida funcional.<sup>331</sup>

Assim, fatos relevantes que tiveram impacto na sociedade merecem ser lembrados, porém para que haja um exercício legítimo do direito de informar devem estar atrelados, de

<sup>330</sup> BRASIL, STJ, REsp 1.025.047 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 26.06.2008. 6/7 p.

<sup>331</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal, Apelação Cível nº 58151 – PR, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, 4ª Turma, julgado em 06/05/2009.

forma inseparável, à utilidade real da informação para a coletividade, sob pena de afrontarem diretamente à memória individual, aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana.

Rememorar fatos, em razão de motivações mercantilista ou vexatórias, que nunca foram do domínio público ou que não possuem impacto atual e útil na vida cotidiana não pode ser algo cancelado pelo Estado. Para que se possa autorizar a divulgação de fato pretérito, o julgador deverá observar no caso concreto a existência das hipóteses que se traduzam em benefício evidente à coletividade, tais como os casos que envolvam segurança pública, saúde, dados fiscais ou criminais.

Nesse passo, para que a informação possa ser rememorada, não basta que o fato pretérito tenha sido de domínio público, que esteja contextualizado, que a divulgação dos dados pessoais seja indissociável do caso que se pretenda noticiar ou que a informação seja de efetivo interesse público, traduzida pelo seu caráter de utilidade, mas precisará observar ainda outro critério essencial, qual seja, a atualidade da informação.

#### 4.3.2.5 – Atualidade da informação

O direito ao esquecimento protege um bem jurídico específico: a memória individual. Neste esteio, por meio desta redoma protetiva, possibilita-se à pessoa que limite o uso e acesso a todas as informações que lhe digam respeito, inclusive o controle sobre o tratamento dado por terceiros aos dados pretéritos. Não se trata de apagar o passado ou impedir a divulgação de fatos vexatórios ou negativos, mas de restringir o acesso e uso de qualquer dado referente ao seu passado, em razão da falta de utilidade à coletividade e, principalmente, em razão da ação do tempo, que lhe retirou a importância de contemporaneidade da informação.

O tempo é inexorável e regula as ações humanas. O desenvolvimento pessoal se dá pelas vivências de cada sujeito, suas experiências, seus erros e pela superação de eventos traumáticos do passado. Como já analisado, o cérebro seleciona e apenas relembra o que é útil, o que pretende que seja lembrado. Portanto, a memória individual é um aspecto integrante da dignidade humana, não podendo ser fragmentada da pessoa, merecendo tanta proteção quanto qualquer outro direito da personalidade.

Os institutos da reabilitação<sup>332</sup> e a vedação à manutenção dos antecedentes criminais de um indivíduo<sup>333</sup> condicionam a atuação por parte dos órgãos oficiais (Poder Judiciário e Poder Executivo), porém não impedem a recordação por parte da Imprensa ou de particulares destes mesmos fatos passados, garantidos por um suposto direito à informação e expressão. No entanto, não se pode admitir que as informações pretéritas permaneçam disponíveis, a qualquer tempo e de forma ilimitada, sem a observância de parâmetros mínimos de proteção à memória individual.

Deve-se deixar de pronto esclarecido que a estipulação de prazos para a exposição de uma informação não pode ser encarada ou traduzida como mecanismo de censura. Nada mais equivocado. Ocorre que, as inovações tecnológicas e as modificações causadas na sociedade atual – habitualmente designada como Sociedade da Informação<sup>334</sup> –, estimulam e potencializam o risco de rememorações. O momento atual é apropriado para a definição e delineamento de um novo direito da personalidade, que visa proteger a memória individual, tendo em vista que dados e informações pretéritas e ultrapassadas podem ser disponibilizadas sem controle e sem limites.

Ressalta-se que a ninguém causa estranheza a limitação temporal imposta pelo Código de Defesa do Consumidor ao restringir o tempo de utilização de dados negativos inseridos em bancos de dados<sup>335</sup>, mesmo que exista no caso um inegável interesse público, de viés

---

<sup>332</sup> BRASIL, Código Penal. “Da Reabilitação. Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo”.

<sup>333</sup> BRASIL, Lei de Execuções Penais. “Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

<sup>334</sup> “A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”. A realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como “fator-chave” não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações. Esta sociedade pós-industrial ou “informacional”, como prefere Castells, está ligada à expansão e reestruturação do capitalismo desde a década de 80 do século que termina”. Vide: WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em 02/12/2013, às 19:47. 71/72 p.

<sup>335</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Art. 43. (...) § 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. (...) § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

empresarial, em conhecer aqueles que já foram inadimplentes e descumpriram com suas obrigações contratuais.<sup>336</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que a inexistência de um regramento específico, com a designação própria de “direito ao esquecimento”, impede que se admita a sua existência, muito embora sua aplicação já ocorra concretamente, como já foi demonstrado. Não há dúvida de que a surpresa, a resistência e a negação do direito ao esquecimento, doutrinária e jurisprudencialmente, desapareceriam com a previsão de regramento que protegesse a memória individual, colocando uma pá de cal sobre a incerteza que paira sobre o instituto.

Portanto, no intuito de conferir balizas ao intérprete, e, quem sabe, até auxiliar em futura reforma legislativa, passa-se ao estudo dos seguintes questionamentos: Existe prazo ou vida útil para o acesso à informação? Caso haja, como estabelecer critérios para a utilização de informações pretéritas?

#### 4.3.2.5.1 – A informação possui vida útil? A informação pode ser rememorada sem limites temporais?

A Constituição Federal erigiu a liberdade de informação e de expressão à condição de direitos fundamentais, conferindo o destaque necessário à importante função que exercem na ordem nacional.<sup>337</sup> Ocorre que, tais liberdades não são absolutas e possuem como limites os direitos individuais, em especial, os direitos da personalidade.

Este estudo não se propõe a examinar o cotejo dos direitos de informação e expressão com todo e qualquer direito da personalidade, mas efetuar sua ponderação especificamente com a proteção da memória individual. Neste esteio, já se observou no tópico anterior que os atuais parâmetros utilizados pelas cortes nacionais, incluindo-se o STJ, são insuficientes para a solução deste conflito, principalmente se aplicados de forma exclusiva e independente. A

---

<sup>336</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 31 p.: “Não é crível imaginar, por exemplo, que haveria alguma legalidade na conduta de uma empresa que, a despeito do escoamento do prazo de manutenção do nome do inadimplente nos bancos de proteção ao crédito, fizesse veicular na mídia, para quem quisesse saber – ou até mesmo *ad aeternum* –, as mesmas informações desabonadoras constantes no cadastro, a cuja passagem do tempo de manutenção a lei conferiu significado próprio, que é o esquecimento”.

<sup>337</sup> “A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui umas das características das atuais sociedades democráticas. (...) A liberdade de expressão e informação deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento. Na verdade, ambas estão sempre unidas porquanto a liberdade de pensamento teria escasso valor sem a correspondente possibilidade de expressar-se ou difundir-se”. Vide: FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, 159/160 p.

pesquisa busca estabelecer balizas ao intérprete no julgamento do caso concreto, possibilitando a ponderação com maior segurança, observando-se as diversas nuances que devem ser levadas em consideração na proteção da memória individual, aspecto integrante da condição de ser humano.

Prosseguindo no estabelecimento dos novos parâmetros, observa-se que o último critério, possivelmente o mais etéreo e difícil de determinar, diz respeito ao prazo em que se pode considerar uma informação como válida e útil. Procura-se, assim, delimitar o que pode ser classificado como atual e contemporâneo, bem como estipular o que deve ser avaliado como fato passado e pretérito.

Antes de estabelecer tais balizas, é preciso fixar uma premissa, qual seja, de que toda e qualquer informação, pelo menos *a priori*, possui um prazo de validade.

Pode-se estabelecer assim que, quando a informação é atual, a regra geral é de que possa ser amplamente divulgada, obedecendo-se, por óbvio, requisitos mínimos, quais sejam: licitude da informação; dentro de contexto; com a existência de mínimo de sacrifício dos direitos da personalidade e com utilidade efetiva de sua divulgação. Satisfeitas tais condições, não se faz necessário o exame de sua atualidade, justamente por já ser contemporânea.

Ocorre que, toda e qualquer informação que já possuiu interesse público, com a ação do tempo, sofre a erosão de sua utilidade e interesse coletivo perdendo força e importância. A partir deste momento, o pêndulo que favorecia e pesava para a divulgação da informação passa a ceder e perder vigor. A ação do tempo transforma uma informação útil e de interesse social em “notícia velha”. Assim, a lembrança de fato pretérito é plenamente possível, pois o direito ao esquecimento não é absoluto, mas, em razão da ação do tempo, presume-se que a informação tenha perdido sua força em detrimento da proteção da memória individual. O pêndulo modifica-se e privilegia-se o direito ao esquecimento. No mesmo sentido é possível verificar os ensinamentos de Moraes quando assenta:

Quanto à atualidade da notícia, é certo que difusões tardias ou novas difusões são muito mais afetas a causar dano moral ressarcível, dada a sua menor justificativa social. De fato, devem ser aceitas restrições temporais dos fatos, especialmente no que se refere à crônica judiciária e policial, porque a prevalência da relevância social subsiste contemporaneamente à investigação e ao processo e durante um certo tempo sucessivo à denúncia ou julgamento, tendendo a diminuir com a passagem do tempo.<sup>338</sup>

Verifica-se, portanto, que a despeito da *internet* e de sua ilimitada capacidade de armazenamento e reavivamento de dados, o fato é que o esquecimento sempre foi e deverá

<sup>338</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, 5 p.

permanecer como a regra geral com relação aos fatos pretéritos. O tempo transforma o útil em desnecessário e, a menos que haja um evidente interesse público (utilidade) na divulgação de fato pretérito, deve-se resguardar a memória individual, não se concebendo a eternização da informação.

Neste esteio, excetuando-se situações atípicas em que se permitiria a lembrança em nome da memória coletiva, deve-se ter em mente que a Constituição Brasileira tem como norte e base o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a memória individual um integrante essencial da condição de pessoa.

Dessa forma, a informação não pode ser em regra ilimitadamente utilizada. Até o sistema criminal (Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais) prevê mecanismos de superação do passado, privilegiando-se o esquecimento. A *Magna Carta* também veda a existência de penas eternas.<sup>339</sup> Assim, o regramento nacional optou por priorizar os aspectos relativos à pessoa humana, possibilitando sua evolução e superação do passado<sup>340</sup>. Esta é o pensamento esposado pelo Min. Luis Felipe Salomão do STJ:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.<sup>341</sup>

Compartilhando o pensamento que atribui um prazo de “vida” e utilidade da informação, Ost entende que:

Qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for

<sup>339</sup> BRASIL, Constituição Federal. Art. 5º, inc. XLVII: “não haverá penas: b) de caráter perpétuo”.

<sup>340</sup> Com relação ao caráter ilimitado e infinito da informação, cumpre mencionar a existência de Projeto de Lei do Senado nº 338 de 2009, de autoria da Senadora Marisa Serrano que pretende alterar a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), possibilitando o acesso ilimitado de dados de condenados a crimes que atentem contra a liberdade sexual de criança e adolescente. Observe-se a ementa da proposta: “Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor acerca do crime de acesso público a informações sobre condenados por crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente, dispondo que qualquer pessoa tem direito de acesso a banco de dados sobre condenados em processo judicial transitado em julgado por qualquer dos crimes contra a liberdade sexual de criança ou adolescente. Estabelece que o banco de dados conterá nome completo; data de nascimento; endereço residencial; endereço do local onde trabalha ou estuda, quando for o caso; crime pelo qual foi condenado; fotografia em cores. Dispõe que configura crime deixar de fornecer ou atualizar tais informações, com pena de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. Estabelece que a lei entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação.” Atualmente o projeto encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e está disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=92459](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92459)>. Acesso em 03/02/14, às 16:49.

<sup>341</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 36 p.

fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.<sup>342</sup>

Embora venha ganhando espaço na doutrina e jurisprudência, o direito ao esquecimento é tema polêmico e que ainda sofre resistências<sup>343</sup>, basicamente alegando que a rememoração de fatos verídicos obedece ao requisito da liberdade de informar, já que possui cunho apenas jornalístico, de interesse coletivo. Como já analisado, o direito à liberdade de informação e expressão, de fato, são direitos fundamentais, mas que não podem ser encarados de forma absoluta, sob pena de se transmutar em ato ilícito.

#### 4.3.2.5.2 – Como estabelecer critérios para a utilização de informações pretéritas?

Se asseverar a existência de um limite temporal para a utilização de uma informação é audacioso, quanto mais complexo e fluido seria estabelecer prazos para a disponibilização de algum dado. Assim, deve-se apontar, de plano, que o melhor indicativo no diagnóstico da atualidade da informação sempre será a análise do caso concreto. Não se pretende aqui determinar prazos fixos e imutáveis, já que tal poder só caberia à lei que, em razão de seu império, definiria marcos e prazos, tornando a superação de tais limites em atividade ilegal, transformando o lícito em ilícito.

Apesar do que foi dito, esquivar-se da questão seria enfraquecer e impedir uma sistematização mais segura e robusta do direito ao esquecimento, pois decisões controvertidas e sem padrão serviriam apenas para enfraquecer o acolhimento social do instituto, fragilizando-se a proteção da memória individual.

Assim, ocorrida a erosão do interesse público pelo passar do tempo, aplica-se o direito ao esquecimento como capa protetora do passado. No intuito de estruturar as sugestões ao tratamento dos prazos de utilidade de uma informação, divide-se a padronização em dois grandes blocos: fatos criminosos e fatos não criminosos.

---

<sup>342</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Baurú: Edusc. 2005. 161 p.

<sup>343</sup> SCHIAVON, Fabiana. **Direito de informar não tem data de validade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-10/direito-informar-nao-data-validade-afirmam-especialistas>>. Acesso em 03/02/2014, às 12:09.



- Fatos criminosos

O crime é a conduta violadora da ordem legal, associada à imposição de pena por parte do Estado. Assim, o sistema jurídico protege aqueles bens mais importantes à convivência social, tais quais: a vida, a honra, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, a administração pública em geral etc.

Ocorre que o mesmo Estado que impõe a pena, após o devido processo legal, também possibilita a reabilitação e a vedação de informações referentes às condenações pretéritas. No entanto, uma vez tornada pública a notícia de um crime (que possui um evidente interesse público no momento de sua ocorrência), não possui um prazo para sua disponibilização. A proteção da memória, em realidade, não obsta o lícito direito de informar, tendo em vista que para que a divulgação de dado seja regular, é preciso que seja atual.

Dessa forma, a informação perde força e importância com o transcurso do tempo, mas como delimitar tal lapso temporal? A sugestão desta pesquisa é a utilização dos próprios prazos prescricionais já previstos na lei penal. Explica-se, após o efetivo cumprimento da pena, não cabe ao Estado por meio de seus órgãos oficiais realizar qualquer divulgação do fato ocorrido, já que aquele indivíduo já sofreu a devida sanção estatal. A limitação que se busca implementar, assim, dirige-se aos órgãos de imprensa e terceiros, cidadãos individualizados.

Já ficou estabelecido que o direito ao esquecimento não é absoluto, mas que o passar do tempo o torna a regra, podendo ser excepcionado caso haja um evidente interesse público (utilidade) e que a divulgação do fato tenha relação direta e seja fundamental, demonstrando-se, neste particular, a sua atualidade. Assim, para Godoy, por meio do esquecimento,

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.<sup>344</sup>

Cabe aqui fazer uma reflexão. Quando o legislador estipulou no Código de Defesa do Consumidor como prazo hábil para manutenção de uma informação negativa de consumidores

<sup>344</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Op. Cit.*, 89/90 p.

em banco de dados o prazo de cinco anos, quais os critérios que utilizou? Por que não o prazo de dois anos? Por que não o prazo de dez anos? Não há uma única resposta, um único motivo. Prazos prescricionais levam em consideração a experiência, a razoabilidade ou simplesmente, em razão da sua dificuldade, estipula-se um prazo específico em que passará a vigorar e, em razão de sua força cogente, será aplicado e assimilado pela sociedade.

Assim, a ideia de utilização dos prazos prescricionais penais já existentes serviria como parâmetro para conferir uma uniformidade nacional, evitando-se que um julgador entenda como atual uma informação ocorrida há quize anos, e outro entenda como pretérita uma informação de cinco anos.

O marco inicial para a contagem do prazo seria o do efetivo cumprimento da pena. A partir deste momento a “dívida” com a sociedade foi cumprida, desaparecendo, em tese, o interesse Estatal na informação. Importante destacar as prudentes palavras do Min. Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça:

O interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas. Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação.<sup>345</sup>

A própria legislação penal dá respostas distintas tendo como base a gravidade e o bem jurídico atingido pela conduta ilícita. Portanto, crimes que atentam contra a vida possuem uma resposta estatal mais enérgica, consubstanciada pela quantidade de pena, pelo regime inicial de seu cumprimento, pela gama de benefícios legais que lhe são ofertados. Nem poderia ser diferente, a gravidade e repercussão social de um homicídio não pode ser comparado ao de um furto simples, embora ambos atentem contra a ordem jurídica nacional.

Ocorre que, em virtude de não haver qualquer sistematização ou regramento, apenas utilização de bom senso e razoabilidade no momento da ponderação entre a liberdade de informar e a proteção da memória individual, possibilita-se que o condenado por um crime de menor envergadura possa sofrer a mesma sanção de “publicidade” que um crime grave e histórico.

---

<sup>345</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 35 p.

Por tudo dito, concebe-se a possibilidade de rememoração de um fato pretérito criminoso que, em razão de sua incindibilidade ou grande repercussão, atingiu níveis históricos e de evidente interesse coletivo, fazendo parte de seu imaginário popular, ponderando-se favoravelmente à liberdade de informação em detrimento do direito ao esquecimento. No entanto, o mesmo não pode ocorrer quando busca-se relembrar fatos típicos de menor reprovabilidade. Para tanto, a utilização dos marcos de cada crime serviriam de auxílio e baliza ao intérprete.

O Código Penal, no que tange aos prazos de prescrição, possui duas normas fundamentais: a primeira (art. 109, CP) refere-se aos prazos de prescrição aplicáveis antes do trânsito em julgado da sentença; o segundo (art. 110, CP) aplica-se aos crimes transitados em julgado. O objetivo da pesquisa, neste momento, visa estabelecer por quanto tempo uma informação que noticie a ocorrência de um crime possa ser veiculada, ou seja, fala-se da divulgação de fatos já transitados em julgado, com a existência da condenação do indivíduo. Neste caso, aplica-se então o art. 110 do Código Penal:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

O prazo prescricional aos crimes já transitados em julgado regula-se pela efetiva pena aplicada. Dessa forma, o crime de roubo <sup>346</sup>, que possui pena em abstrato de quatro a dez anos, após o seu trânsito em julgado será efetivada pela pena *in concreto* determinada pelo Juízo Criminal. Para que o pensamento prossiga, diga-se que a condenação, levando-se em conta as características do fato e as outras questões determinadas pela lei penal (causas de aumento e diminuição, circunstâncias agravantes e atenuantes), foi de cinco anos. A partir

---

<sup>346</sup> BRASIL, Código Penal. Roubo: Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

deste dado concreto, na forma do que determina o art. 110, CP, utiliza-se os prazos previstos no artigo anterior, art. 109, CP, para determinar o tempo em que a pena poderá ser efetivada, sob pena de desaparecimento do *ius puniendi* Estatal. O art. 109, CP estipula os seguintes prazos:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

**Prescrição das penas restritivas de direito**

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Assim, pelo exemplo dado, aplicaria-se ao caso o art. 109, III, que prevê o prazo de doze anos, caso a pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos. Nestes termos, a partir do efetivo cumprimento da pena de roubo, a informação seria disponível e considerada lícita pelo prazo de doze anos. A partir de então, a lembrança passa a ser ilegal e abusiva, em razão da falta de contemporaneidade da informação. Se na condenação pelo crime de roubo exemplificada acima a pena tivesse sido atribuída no mínimo legal, quatro anos, a divulgação só poderia ser considerada como lícita pelo prazo de oito anos, já que se aplicaria o prazo previsto no art. 109, inc. IV, CP.

Pelo critério proposto, um furto e um crime de homicídio, pela sua evidente disparidade de impacto na coletividade, seriam tratados de forma coerente e proporcional tanto na resposta criminal, quanto com relação à divulgação de fatos pretéritos, em razão da erosão de sua atualidade.

- Fatos não criminosos

Em princípio, sistematizar e estabelecer prazos para uma informação ou dado que não possua conteúdo criminoso deveria, pelo menos em tese, ser mais descomplicado que dos

fatos criminosos, e o raciocínio é o seguinte: se as condutas criminosas (que afrontaram os bens mais importantes de uma sociedade) devem possuir um prazo para que se permita a sua divulgação de forma lícita e que não afronte à memória individual, com mais razão ainda existiria a possibilidade de restrição da utilização de dados pretéritos e ultrapassados, pois mesmo à época de sua divulgação tal fato era considerado lícito, não havendo uma contrariedade ao sistema que justifique, *a priori*, a rememoração do evento pretérito.

Em outras palavras, a existência de um crime ocorrido e que busca ser rememorado traz consigo uma presunção de interesse público, em razão da lesividade da conduta pretérita, o que não ocorre quando houve a divulgação pretérita de um vídeo, foto, declaração ou na divulgação de qualquer outro dado/informação.

Apesar disto, nos fatos criminosos a legislação penal já prevê prazos prescricionais que podem ser utilizados como base para a limitação temporal da informação, o que não sucede com os dados não criminosos. No entanto, o sistema jurídico não pode possuir incongruências. Não se pode admitir que em um mesmo ordenamento haja a previsão da reabilitação, a proibição de divulgação de condenações pretéritas aos órgãos oficiais, que se vislumbre a prescrição de dados referente à crimes passados e que se autorize a ampla divulgação de fatos nocivos à memória individual, sem qualquer tipo de controle ou limite, pelo simples argumento de que a informação, ao tempo de sua obtenção ou formação era verídica.

Assim, a despeito da proibição da veiculação ilimitada de fatos criminosos pretéritos, estes “também não podem permanecer eternamente na memória da sociedade – não por seu natural armazenamento neuropsíquico, infenso a qualquer reação jurídica –, mas por obra de veículos de informação”.<sup>347</sup>

Algumas sugestões já começam a surgir na doutrina, dentre elas, a ideia de criar prazos específicos para a manutenção da informação. Saliente-se que, não há confusão entre os objetos jurídicos protegidos neste caso. Ao condicionar à informação atual a um prazo de utilização, fala-se em direito à privacidade, já que se regula a possibilidade de gerir seus dados presentes. Obviamente que a proteção contemporânea, culminaria em proteção futura, servindo de escudo a um futuro direito ao esquecimento.

Assim, Mayer-Schönberger sugere que todo arquivo de dados possua uma data de vencimento, observando-se que a informação também possui um ciclo de vida. Assim, como produtos perecíveis, a informação pessoal teria um limite de existência. Após tal limite, os

---

<sup>347</sup> BRASIL, STJ, Resp nº 1.335-153 – RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013. 35 p.

dados devem ser eliminados.<sup>348</sup> Neste esteio, ao compartilhar uma foto, um vídeo, poderia-se introduzir uma data que levaria a seu vencimento (dias, meses, anos, década). Tais dados permaneceriam ativos até o atingimento da data, quando então seriam apagados. Dessa forma, da mesma maneira que possuímos um número de identificação (IP), nome ou endereço de contato, se estaria diante de condições estipuladas de forma pessoal determinando um prazo em que os dados seriam atuais e utilizáveis.<sup>349</sup>

O objetivo da pesquisa, tanto quanto analisar a autonomia e os contornos básicos da proteção da memória individual, é estabelecer parâmetros seguros e confiáveis para que se possa conferir uma aplicabilidade homogênea. Neste sentido, nada melhor do que o aproveitamento das normas já vigentes no ordenamento jurídico nacional. Prevê o art. 205 do Código Civil:

Art. 205, CC: “A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Visualiza-se que, caso se trate de uma informação não criminosa, poderia-se utilizar como parâmetro o prazo de dez anos, que, *a priori*, parece razoável como ensejador da caracterização de uma atualidade temporal, já que propicia-se a divulgação de qualquer fato, informação, foto ou dado (lícito), em atendimento à liberdade de informar, bem como se tutela o direito ao esquecimento pelo transcurso razoável de tempo, protegendo-se, enfim, a memória individual.

Em resumo, no que tange à dados pessoais, não há uma norma que discipline o prazo hábil de rememoração de qualquer fato pretérito. Diante do vácuo legislativo, sugere-se a aplicação do prazo de dez anos previsto na legislação cível (art. 205 do Código Civil) como parâmetro a ser utilizado pelo julgador no caso concreto.

É obvio que a sugestão não engessaria o julgador no cotejo entre os direitos fundamentais em conflito. O condão de transformar o lícito em ilícito é conferido à lei. Assim, até que haja disposição legal específica regulando o lapso temporal em que uma

---

<sup>348</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, op. cit, 2009, *passim*.

<sup>349</sup> Existem outros mecanismos que podem auxiliar o direito ao esquecimento de forma indireta, ou seja, por meio do direito à privacidade da informação atual. Além de prazos de validade para a informação atual, pode-se mencionar o princípio da especificidade que condicionaria a utilização da informação à situação específica, tal como a compra de um produto. Fora de tais condições, o uso da informação seria ilegal. O princípio da transparência seria uma forma de possibilitar a ciência de quais informações que lhe digam respeito são públicas e abertas a terceiros. Já o princípio do livre acesso possibilitaria a obtenção de controle destes dados; após este acesso e de acordo com o princípio da exatidão, as informações incorretas poderão ser corrigidas e aquelas obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas, ou mesmo pode-se proceder a eventuais acréscimos. Pelo princípio da segurança, garante-se a proteção dos dados quanto aos riscos de extravio, destruição, modificação e, principalmente, de transmissão ou acesso não autorizado.

informação possa ser veiculada, não há solução direta, merecendo a construção judicial que deverá atender ao princípio da dignidade humana.

## CONCLUSÃO

As modificações tecnológicas das últimas décadas propiciaram uma verdadeira revolução no modo de vida da civilização moderna. As fronteiras e barreiras foram estreitadas pela facilidade de comunicação e velocidade na transferência de dados. A internet transformou-se em ferramenta essencial para pesquisa, estudo, interação e lazer, podendo-se dizer que, hoje, parece impensável um mundo globalizado sem este instrumento, que já faz parte da realidade diária dos indivíduos.

Apesar das inúmeras vantagens, as inovações tecnológicas trazem novos desafios. A capacidade ilimitada de armazenamento de dados e sua possibilidade de ser recuperada, a qualquer tempo, faz com que situações pretéritas, sem evidente interesse público, possam ser revividas com uma única aplicação prática: a lesão de aspectos fundamentais do ser humano. Permite-se, assim, que situações já consolidadas e esquecidas possam ser relembradas.

Ocorre que a memória individual é um aspecto fundamental e essencial que integra a condição de ser humano merecendo proteção jurídica, tanto quanto a memória coletiva. Assim, o pleno desenvolvimento pessoal é condicionado e implementado pela possibilidade de um indivíduo controlar as suas próprias memórias.

Demonstrou-se ainda que os direitos da personalidade são aqueles caracteres mais fundamentais e intrínsecos à condição humana, possuindo, por isso, uma proteção diferenciada pelo ordenamento. Em razão de seu caráter de essencialidade, o rol dos direitos da personalidade está em constante mutação, adequando-se às necessidades humanas.

Em virtude da excessiva possibilidade de difusão de informação pretérita, em virtude da capacidade ilimitada atual de armazenamento de dados, faz-se necessária a configuração de um novo direito que garanta a proteção do ser humano.

Dessa forma, sustenta-se o surgimento e descolamento de um novo direito da personalidade, qual seja, o direito ao esquecimento, que deve ser considerado como autônomo já que possui seu fundamento de validade diretamente na dignidade da pessoa humana, não se tratando de uma decorrência de nenhum outro direito da personalidade existente.

No intuito de demonstrar sua autonomia, realizou-se uma abordagem dos direitos da personalidade reconhecidos pelo sistema legal (nome, imagem, honra e privacidade) demonstrando-se que o objeto jurídico de proteção do direito ao esquecimento é completamente distinto daqueles, restando desprotegida a memória individual.



A memória e o esquecimento são condições inerentes ao ser humano. A luta pela manutenção dos eventos mais importantes da História sempre foram questões sensíveis à coletividade. Ocorre que a regra da natureza humana, o esquecimento, em virtude das inovações tecnológicas, passa a ser a exceção, já que a internet permite a rememoração imediata de qualquer fato, independente da relação de relevância à sociedade.

A partir desta nova realidade, o estudo analisou a função essencial do esquecimento humano como condição para seu desenvolvimento, demonstrando-se, ainda, que a capacidade cerebral de armazenamento das informações é limitada e que, por meio da seletividade e do foco, o indivíduo escolhe quais as informações deseja preservar.

As experiências pessoais, por óbvio, influenciam na História e no relacionamento com outros indivíduos integrantes da coletividade. Assim, diz-se que as memórias individuais não pertenceriam apenas à pessoa, mas a todo o grupo. Desta maneira, poderia se justificar a rememoração de cada fato que um dia porventura tenha se tornado público, permitindo-se sua evocação a qualquer tempo.

Refutando tal linha de pensamento, com base nas lições de Halbwachs, criador do conceito de memória coletiva, verificou-se que a noção de memória social é condicionada à importância que um grupo social confere a determinado evento público. Portanto, a partir do momento em que um fato pretérito não mais é desejado por um membro do grupo, a relevância da informação cede no contexto coletivo. Nestes termos, assim como a memória coletiva, a memória individual, ingrediente daquela, merece tutela. A erosão do interesse individual no evento pretérito retira validade à rememoração do dado, a não ser que haja um evidente interesse público no fato ocorrido.

Observou-se, ainda, que em razão da inexistência de direitos absolutos, o direito ao esquecimento – e a proteção à memória individual – poderão ser mitigados em razão de um interesse público, desde que o fato possua relevância pública e atualidade na informação que se pretende redivulgar, a despeito do interesse privado.

Pode-se caracterizar o direito ao esquecimento como um direito de defesa. Assim, por tal recurso, permite-se que o indivíduo negue o acesso à sua informação pessoal, oponha-se à sua recolha, difusão ou qualquer outro modo de tratamento, em função do decurso do tempo e da inexistência de um evidente interesse público na divulgação do fato.

A pesquisa demonstrou, ainda, que a despeito da ausência de caracterização “formal” como direito da personalidade, o direito ao esquecimento já possui previsão e aplicação no ordenamento brasileiro, evidenciando-se pela existência e emprego dos institutos da reabilitação, bem como pela limitação da utilização de informações cadastrais negativas e

restritivas de crédito previstos no Código de Defesa do Consumidor. Aliás, qualquer limitação da informação que tenha como fundamento o transcurso de um lapso temporal, tal como a prescrição, é a manifestação de um direito ao esquecimento.

O *habeas data*, remédio constitucional que tutela o alcance das informações pessoais, é insuficiente para a proteção do direito ao esquecimento, tendo em vista que não permite o cancelamento, a restrição total e absoluta da informação pretérita que se afigure abusiva e dispensável em razão da falta de um evidente interesse público. Por este motivo, a memória individual, em termos práticos, deverá ser tutelada por outros mecanismos tais como o mandado de segurança ou ações ordinárias, em virtude da limitação material (cancelamento da informação) e procedimental (recusa prévia da negativa administrativa como condicionante à fase judicial) do *habeas data*, levando ao esvaziamento de sua aplicação.

A limitação temporal da informação não deve causar espanto. Observou-se que a lei de acesso à informação, além de instituir a proteção dos dados privados, prevê a restrição de dados em razão do caráter sigiloso e essenciais ao Estado. Mesmo que em sentido oposto, sigilo para possibilitar a divulgação em momento posterior, o direito ao esquecimento, por motivos tão necessários como aqueles que justificam o sigilo, também delimitaria uma restrição ao acesso à informação, protegendo um aspecto essencial a qualquer indivíduo na sociedade, tutelando a memória individual.

A análise da experiência estrangeira foi fundamental para demonstrar a importância do tema que hoje é debatido em todas as partes do planeta, mostrando-se a discussão a respeito da possibilidade do direito ao esquecimento na Espanha, a legislação europeia atinente sobre o tema, bem como as indicações sobre o tema em razão do projeto de reforma da Diretiva nº 95/46/CE que prevê, explicitamente, o direito ao esquecimento.

Necessária clarificar dois conceitos. O primeiro deles refere-se à autodeterminação informativa, que pode ser caracterizada como a possibilidade de um indivíduo gerar seus próprios dados. O segundo, é que esta possibilidade de autodeterminação abrangeria os dados presentes (protegendo-se a privacidade), bem como os dados pretéritos (protegendo-se a memória individual). Dessa forma, não há qualquer confusão. O direito ao esquecimento possui autonomia e seu objeto de proteção é completamente distinto da privacidade. A autodeterminação informativa não se traduz como um direito isolado, mas como um mecanismo para que se proteja o objeto desta pesquisa.

Ainda na análise da experiência estrangeira pode-se estudar o embate travado entre a Google Spain e a Agência de Proteção de dados espanhola. Apesar da pendência do julgamento e da sinalização de solução por parte do Advogado Geral da Corte, a pesquisa

trouxe o importante dispositivo de reforma da Diretiva nº 95/46 CE que prevê o direito a ser esquecido, permitindo-se, assim, a possibilidade do cancelamento de dados.

Em razão do desenvolvimento tecnológico atual e da ausência de mecanismos mais sólidos para a proteção de dados individuais, tramita no Congresso Nacional projeto intitulado de “Marco Civil da *Internet*”, que busca conferir maior proteção aos usuários na grande rede. Analisando-se o projeto, foram feitas algumas críticas ao texto, principalmente no que tange à retirada de conteúdos no mundo virtual, que estipula como marco inicial para retirada da informação a necessidade de uma medida judicial. Em tempos de absoluto abarrotamento do Poder Judiciário, seria muito mais interessante a previsão de uma solução alternativa, buscando uma proteção mais célere. Para tanto, duas foram as sugestões: 1) possibilitar que uma notificação extrajudicial por instrumento público – ou qualquer outra que se demonstre irrestrita – seja considerada como marco inicial para a retirada de informação danosa; 2) criação de agência reguladora, que possibilitaria uma solução mais célere e homogênea.

No intuito de conferir a efetiva aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento pátrio, passou-se à análise do mecanismo de superação do confronto entre liberdade de informação e a proteção da memória individual, por meio da ponderação de interesses em que se verificará no caso concreto o grau de realização e sofrimento imposto a um e outro princípio, na tentativa de dar a máxima efetividade a ambos.

Ocorre que, embora o instituto do direito ao esquecimento não seja efetivamente novo, sua aplicação ganha contornos inéditos e dramáticos em virtude da evolução tecnológica que possibilita a eterna memorização de informações passadas.

O exame da pesquisa tem como objetivo o estabelecimento de parâmetros no conflito entre o direito ao esquecimento e o direito de informar. Deve-se salientar que, em razão da inexistência de qualquer bibliografia especializada sobre o tema, fica desde já evidenciada a dificuldade de criar parâmetros para tão complexo conflito entre direitos fundamentais. Para tanto, observou-se que a utilização dos critérios já utilizados pela doutrina no conflito entre a liberdade de informação e os outros direitos da personalidade protegidos pelo ordenamento nacional seriam insuficientes e incompletos. Os principais critérios (pessoa pública; local público; fato criminoso e fato histórico) são aplicados de forma independente e atécnica, sem qualquer apoio senão no bom senso e razoabilidade do julgador na resolução do caso concreto.

Nesse passo, como dito, ainda não há critérios específicos na jurisprudência quanto à aplicação do direito ao esquecimento. Portanto, esta obra visa ajustar os parâmetros já utilizados pelas Cortes nacionais no cotejo entre a liberdade de informação e os outros direitos

da personalidade (nome, imagem, honra e privacidade), bem como propor novas balizas, de forma organizada e condicionante.

Neste particular, há de se esclarecer que não há qualquer confusão entre o direito ao esquecimento e os demais direitos da personalidade, já que aquele possui objeto jurídico de proteção próprio, qual seja, a memória individual. Buscou-se apenas ajustar alguns critérios já utilizados, adaptando-os ao direito ao esquecimento.

A proposta inclui a superação dos seguintes critérios: 1) Domínio Público; 2) Necessidade de preservação do contexto original da informação pretérita; 3) Possibilidade de preservação dos direitos da personalidade na rememoração; 4) Existência de utilidade na informação e 5) Atualidade da informação.

Em suma, a tutela da memória individual é fundamental e merece um tratamento diferenciado em razão de proteger caráter essencial que traduz-se em manifestação direta da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: volume 1**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 35, nº 138, abr./jun.1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRONCAS, Ramon. **A memória, o esquecimento e o compromisso do historiador**. Revista em tempo de histórias. Publicação do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Brasília (PPGHIS/UnB) Nº. 21, Brasília, Ago. – Dez. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade: de Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BENNETT, Colin J. **What Government Should Know about Privacy: a foundation paper**. University of Victoria. 2001. Disponível em: <<http://www.colinbennett.ca/wp-content/uploads/2012/06/What-Government-Should-Know-about-Privacy.pdf>>. Acesso em 10/01/2013, às 20:34.

BERNAL, Paul. **A Right to Delete?**. European Journal of Law and Technology, Vol. 2, No.2, 2011. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/75/144>>. Acesso em 28/01/2014, às 16:23.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

BLUM, Renato Opice Blum e VAINZOF, Rony. **Marco civil da internet e a legislação brasileira**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/artigos/2010-2012/o-marco-civil-da-internet-e-a-legislacao-brasileira>>. Acesso em 12/01/2014, às 14:51.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**: vol. 1. Brasília: Editora UNB, 11ª ed., 1998.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do Direito da União Europeia**. Serviço das Publicações da União Europeia. Luxemburgo. 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/editorial/abc.pdf>>. Acesso em 06/01/2014.

BORGES, Jorge Luis. **Prosa Completa**, vol. 1. Barcelona: Bruguera, 1979.

BRAGA, Rubem. **200 crônicas escolhidas: as melhores de Rubem Braga**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Código Civil, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 04/02/14, às 07:39.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 04/02/14, às 07:40.

\_\_\_\_\_. Código Penal, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 04/02/14, às 07:41.

\_\_\_\_\_. Código Processo Penal, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 04/02/14, às 07:42.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Revista civilistica.com, ano 2º, nº 3. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em 04/01/2014, às 15:14.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 19ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, vol. 1**. 16ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. 2012.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

CASTRO, Catarina Sarmento. **O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/CatarinaCastro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf)> . Acesso em 27/12/2013, às 15:13.

CINTRA, Antônio Octávio. **As comissões de verdade e reconciliação: o Caso da África do Sul**. Estudo de Fevereiro de 2001 realizado pela consultoria legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2231/comissoes\\_verdade\\_cintra.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2231/comissoes_verdade_cintra.pdf?sequence=1)>. Acesso em 11/10/2013, às 13:15.

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade: fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Direito Comparado e Globalização**. Revista Prim@facie, João Pessoa, ano 2, nº 3, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccej.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 09/01/2014, às 12:38.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet letter digital**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da Personalidade**. São Paulo: Romana, 2004.

CURY JÚNIOR, David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente**. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), orientação: Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura. 269 p. São Paulo. 2006.

DA COSTA, Álvaro Mayrink. **Notas sobre a Execução Penal**. Revista da EMERJ, v. 13, nº 51, 2010.

DA SILVA, Maurício Fernandes. **Ação declaratória de relação avoenga**: pedido Juridicamente possível para garantia da dignidade da pessoa humana. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, Ano 14 nº 20, 2010.

DE JESUS, Damásio. **Código Penal anotado**. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

DONEDA, Danilo. **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Da privacidade à proteção dos dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro e a ação de Habeas data**. Disponível em: <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/12297/30655>>. Acesso às 13/12/2013, às 11:26.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do Habeas data**, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

\_\_\_\_\_. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidade e limites**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



EVANGELISTA, Fernanda Mayer. **Incêndios em bibliotecas: a perda da memória patrimonial e os prós e contras dos métodos de prevenção e controle.** Trabalho de conclusão de curso, Faculdade de Biblioteconomia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 100 p. Porto Alegre. 2008.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do Direito e os *standards* jurídicos no Código Civil.** Tese apresentada para doutoramento. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O mandando de injunção no direito constitucional brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação e modelos de competência nas constituições estaduais.** Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, dez. 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 1, São Paulo, 1992.

FERREIRA, Maria Leticia Mazzucchi. **Políticas da memória e políticas do esquecimento.** Revista Aurora, 10 : 2011. Disponível em: <[www.pucsp.br/revistaaurora](http://www.pucsp.br/revistaaurora)>. Acesso em 17/12/2013, às 16:10.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **Entre a memória coletiva e a História de “Cola e Tesoura”: as intrigas e os malogros nos relatos sobre a fábrica de ferro de São João de Ipanema.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, departamento de História. 248 p. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Direito fundamental à Jurisdição efetiva na sociedade da informação.** in **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.

FREUD, Sigmund . **Carta 52.** In: “A correspondência completa de Sigmund Freud para Wilhelm Fliess”. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1986.

GALVÃO, Helder. **Direito de imagem e fotojornalismo**, in **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

GINZBURG, Carlo. **História na Era Google. Fronteiras do Pensamento**. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?feature=player\\_embedded&v=wSSHnqAbd7E](http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=wSSHnqAbd7E)>. Acesso em: 12/06/13, às 14:12.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GUADAMUZ, Andrés. **Habeas data: The Latin-American Response to Data Protection**", in: *The Journal of Information Law and Technology*. v. 2, 2000. Disponível em: <[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000\\_2/guadamuz/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_2/guadamuz/)>. Acesso em 13/12/2013, às 12:35.

GOENDER, Miriam Elza. **Tempo e memória**. Estudos de Psicanálise. Belo Horizonte. n° 37, mês de Julho, 2012.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n° 9. Dezembro de 2006. Rio de Janeiro.

HALBWACHS, Maurice. **La memoria colectiva**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004.

IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**. Revista Estudos Avançados. Vol. 3, n° 6. São Paulo. Maio/agosto de 1989.

KANDEL, Erick R. **Em busca de la memoria: nacimiento de una nueva ciência de la mente**. Buenos Aires. Katz. 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 71. 1960.

LEITE, Nina Virgínia de Araújo; SANTOS, Lílian Braga dos. **Sobre a memória em Freud: uma introdução**. Revista língua, literatura e ensino. Maio, vol. III. 2008.

LEMO, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. **Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana**. Revista de Direito das Comunicações, vol. 1, Janeiro, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em 11/01/2014, às 19:27.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

MAESO, Silvia Rodríguez. **O contexto da denúncia na Comissão da Verdade e Reconciliação Peruana: a política do testemunho e o conhecimento científico**. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 2 – p. 349-386 – jul./dez, 2011.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **O habeas data brasileiro na perspectiva da sua inefetividade e como instrumento do acesso à justiça**. Disponível em: <[http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/id/38547452.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/38547452.html)>. Acesso em 13/012/2013, às 15:35.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Análise dos requisitos exigidos pela lei 9507/97, de 12.11.97, para a impetração do habeas data** - constitucionalidade, natureza jurídica e tentativa de sistematização, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Revista de informação legislativa, ano 31, nº 122. Mai./jul. 1994. Brasília.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAÑA, Mabel. (Im)pertinência de la histórica em América Latina. In: BERGERO, Adriana J; REATI, Fernando (Org.). **Memória colectiva y políticas de olvido. Argentina e Uruguay, 1970-1990**. Rosario: Beatriz Viterbo Editora, 1997.

MOREIRA, Fábio Lucas. **Da “Sociedade informática” de Adam Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da internet**, in **O direito na era digital**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2012.

MOURA, Aline Beltrame de. **A interação entre Direito da União Europeia e Direito Nacional: o papel dos tribunais na interpretação e na aplicação das leis.** Anais do Congresso Internacional “Jurisdições Internacionais: Fragmentação e Obrigatoriedade”. Fundação José Arthur Boiteux. Florianópolis. Agosto de 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Honra, liberdade de expressão e ponderação.** Revista civilistica.com, 2ª ano, nº 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Honra-liberdade-e-ponderacao-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em 04/01/2014, às 21:25.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEGROPONTE, Nicholas. **El mundo digital.** Barcelona. Ediciones B. 1995. 25 p. Disponível em : <<http://bz.otsoa.net/Libros%20de%20Divulgacion%20Cientifica/Nicholas%20Negroponte%20-%20El%20mundo%20digital.pdf>>. Acesso em 16/12/2013, às 21:32.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: <<http://share.pdfonline.com/b32a388b728d4d5ba6ab5b654fb2e81d/Hamurabi%20Luciano%20Oliveira-1.htm>> Acesso em: 19/12/2013, às 20:13.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em 04/09/2013, às 13:21.

OST, François. **O tempo do direito.** Bauru: Edusc, 2005.

PENCO, Ángel Acedo. **El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX.** Disponível em: <<http://www.ceddal.com/revista/pdf/tema6.pdf>>. Extraído em 05/11/2013, às 23:22.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais**. Revista de Psicologia USP. Vol. 14, 129-155, nº1. 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 203, p. 149-180, jan. 2012. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/3707083/O\\_livre\\_acesso\\_a\\_informacao\\_as\\_inovacoes\\_tecnologicas\\_e\\_a\\_publicidade\\_processual\\_Free\\_Access\\_to\\_Information\\_Technological\\_Innovations\\_and\\_the\\_Publishing\\_of\\_Legal\\_Cases\\_](https://www.academia.edu/3707083/O_livre_acesso_a_informacao_as_inovacoes_tecnologicas_e_a_publicidade_processual_Free_Access_to_Information_Technological_Innovations_and_the_Publishing_of_Legal_Cases_)>. Acesso em 10/01/2014, às 17:47.

PERTENCE, J. Paulo Sepúlveda. Relatoria do Processo CP 2164/79 (projeto de lei da anistia). Disponível em: <[http://s.conjur.com.br/dl/parecer\\_oab\\_anistia\\_79.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf)> . Acesso em 16/11/2013, às 16:58.

PIZZOLANTE, Francisco Eduardo O. Pires e Albuquerque. **Habeas data e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PUCCINELLI, Oscar R. **El “derecho al olvido” en el derecho de la protección de datos. El caso argentino**. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, nº 1, Julio. Bogotá. 2012.

RAMINELLI, Francieli Puntel. **Dignidade da Pessoa Humana e intimidade na sociedade informacional: o direito ao esquecimento de dados pessoais**. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. 04/06 de junho, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf>>. Acesso em: 23/01/2014.

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REIS, Sérgio Luiz Viegas. **A sobrecarga de informações diante da atenção, interrupções e multitarefas**. Dissertação apresentada ao curso de mestrado em administração, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Administração *Stricto Sensu*. Orientação de: Prof. Luiz Antônio Antunes Teixeira. Belo Horizonte. 2012.

RIBAS, Beatriz. **A memória no ciberjornalismo: reflexões e aproximações às metodologias de análise**. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal da Bahia, faculdade de comunicação. 235 f. Orientação: Prof. Dr. Marcos Silva Palacios. Salvador, 2013.

RICKES, Simone Moschen. **Autoria e responsabilidade**. Revista da APPOA, Nº 119. 2003. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.appoa.com.br/download/correio119.pdf>>. Acesso em 21/12/2013, às 21:03.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

RIPLEY, Amanda. **When Killer Boys Grow Up**. Revista “Time” digital. Domingo. 14/01/2001. Disponível em: <<http://content.time.com/time/printout/0,8816,95245,00.html#>> . Acesso em 29/01/2014, às 16:35.

RODOTÀ, Stefano. **A identidade em tempos de Google**. La Repubblica, publicado em 14-12-2009. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/28397-a-identidade-em-tempos-de-google>>. Acesso em 18/01/2014, às 08:58.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil**. In: A parte geral do Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio da Janeiro: Renovar, 2002.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das letras. 2005.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória: em direção a uma compreensão temporal da experiência Jurídica**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientador: Marcelo Campos Galuppo. 353 p. Belo Horizonte, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, nº 1, Vol. 1, Abril de 2001. Salvador.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SCHERTEL MENDES, Laura. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. 156 p. Brasília, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito e mídia**, in **Direito e mídia**, SCHREIBER, Anderson (coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

SCHIAVON, Fabiana. **Direito de informar não tem data de validade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-10/direito-informar-nao-data-validade-afirmam-especialistas>>. Acesso em 03/02/2014, às 12:09.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de jurisprudencia do tribunal constitucional federal alemão**. MARTINS, Leonardo (org.). Fundación Konrad Adenauer. Montevideo. 2005.

SCHWARTZ, Paul. **The E.U.-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures**. Harvard Law Review. Nº 126. Cambridge. 2012. Disponível em: <[http://www.harvardlawreview.org/issues/126/may13/Symposium\\_9478.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/126/may13/Symposium_9478.php)> . Acesso em 10/01/2013, às 20:03.

SHINTATI, Tomaz Mituo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **Registro criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Tese de doutorado, departamento de direito processual da Universidade de São Paulo, orientado pelo Prof. Dr. Antônio Scarance Fernandes. 257 p. São Paulo. 2009.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. **Cidadania e os direitos da personalidade**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 03. 2002.

\_\_\_\_\_.; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**: Conforme a Constituição da República, volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMPSON, Marcelo. **The Insensitive Internet: Brazil and the Judicialization of Pain**. Disponível em: <<http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/05/Marcelo-Thompson-The-Insensitive-Internet-Final.pdf>>. Acesso em 12/01/2014, às 14:40.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado, vol. 2**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Processo e procedimento na ação de habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

VAIDHYANATHAN, Siva. **A googlelização de tudo (e por que devemos nos preocupar)**: a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual. São Paulo: Cultrix, 2011.

VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. **O poder diretivo empresarial e a tutela inibitória dos direitos fundamentais dos Trabalhadores**: Esfera Jurídica. Revista Jurídica da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte. Belo Horizonte, n. 3, ano 2, jul/dez. 2008.

VAN ZYL, Paul. **Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies: Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding**. Alan Bryden e Heiner Hänggi (org.). Genebra: DCAF, 2005.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia. **O habeas data na Lei nº 9.507/97**. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 35, nº 137 jan/mar. 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em 02/12/2013, às 19:47.

WINTER DE CARVALHO, Antônio Roberto. **Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição**. Revista de Direito Administrativo, nº 253. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.