

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Renata Lourenço Pereira Abrão

DIREITO AO ESQUECIMENTO:

Análise do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa; e a responsabilidade civil decorrente de sua violação

Belo Horizonte

2020

Renata Lourenço Pereira Abrão

DIREITO AO ESQUECIMENTO:

Análise do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa; e a responsabilidade civil decorrente de sua violação

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena de Lima

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A161d Abrão, Renata Lourenço Pereira
Direito ao esquecimento: análise do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa; e a responsabilidade civil decorrente de sua violação / Renata Lourenço Pereira Abrão. Belo Horizonte, 2020.
116 f. : il.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Acesso à Informação. 2. Liberdade de expressão. 3. Direito subjetivo. 4. Direitos da personalidade. 5. Liberdade de imprensa - Legislação - Brasil. 6. Internet - Legislação - Brasil. 7. Imprensa - Legislação. 8. Direito à privacidade. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.732

Renata Lourenço Pereira Abrão

DIREITO AO ESQUECIMENTO:

Análise do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa; e a responsabilidade civil decorrente de sua violação

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena Lima – PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Eder Bomfim Rodrigues – FUPAC (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2020.

*É preciso esquecer para viver; a vida é
esquecimento; cumpre abrir espaço para o que
está por vir.*

Miguel de Unamuno y Jugo (1864-1936)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fundamento de todas as coisas, por ter permitido a concretização desse sonho. Aos meus pais, Cláudia e Roberto, fonte inesgotável de amor, de carinho, de segurança, por me “carregarem no colo” até hoje e acompanhar meus passos. Às minhas irmãs, Fernanda e Laura, minhas companheiras, que sempre me acompanharam e sempre acompanharão, assim como eu a elas.

À minha avó Marilena, meus padrinhos Vânia e José, e minha prima e amiga Marcela, por me ajudarem a ter serenidade nessa caminhada. Ao Natanael, meu porto seguro, amigo e amante, pela lealdade empenhada principalmente ao abraçar meus sonhos. À família Santos e Silva pelo carinho. Às grandes amigas Marina e Bárbara, que tanto admiro, pela paciência, respeito e incentivo necessários para encarar minha ausência. Às minhas eternas amigas do Colégio Marista e aos amigos da Pontifícia Universidade Católica.

Aos meus colegas da FAMIG, em especial ao Gustavo de Almeida, grande inspiração, ao José Carlos; à Roberta Salvático; e aos amigos de “terça e quinta”. Manifesto, na oportunidade, minha admiração pelo Doutor Eder Bomfim. Aos professores do PPGD, de modo geral, pelas contribuições acadêmicas, principalmente ao Professor Doutor Leonardo Poli; bem como às amigas Jéssica e Jullyane pela força, carinho e ajuda.

Por fim, agradeço à Professora Doutora Taisa Maria Macena Lima, minha doce e admirada orientadora, cujo brilhantismo e simplicidade se misturam de forma encantadora, e sem a qual seria impossível a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto análise e entendimento da categoria de direito subjetivo compreendida como Direito ao Esquecimento e a possibilidade de sua aplicação na sistemática jurídica brasileira. O objetivo deste trabalho foi explorar o conflito surgido, em determinadas situações, entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa/livre acesso à informação, em quais situações o Direito ao Esquecimento é cabível e quais critérios devem ser observados pelo julgador quando do julgamento dos casos concretos. Além disso, buscou-se compreender a responsabilização civil em decorrência da violação de tal direito. Para o alcance das proposições aqui feitas, propôs-se o estudo do surgimento do Direito ao Esquecimento, comparando a legislação brasileira àquelas adotadas por países como Estados Unidos, Alemanha e França, bem como a verificação de casos concretos de notória relevância à temática no Brasil e no estrangeiro. Analisou-se também o surgimento da tutela dos direitos da personalidade, inclusive em sua dimensão inibitória e indenizatória. Tratou-se, igualmente, do conflito normativo existente entre a privacidade, a vida privada e a intimidade; e a liberdade de imprensa e acesso à informação. Ao final, concluiu-se pela possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento, o que deve ser feito com base na apreciação do caso concreto, verificando se a informação é de domínio público, se sua divulgação vem sendo feita de forma contextualizada, se os direitos da personalidade estão sendo preservados, a utilidade e atualidade da informação. Outra alternativa viável é a utilização da racionalidade discursiva, devendo o julgador formular decisão capaz de preservar o maior número possível de princípios. Acredita-se que, assim, promover-se-á a proteção ótima e efetiva dos interesses dos envolvidos.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direitos da Personalidade. Liberdade de Imprensa. Acesso à informação. Responsabilidade Civil. Tutela inibitória. Tutela reparatória.

ABSTRACT

This work aims to analyse and understand the subjective right category understood as Right to be Forgotten. The objective of this paper was to analyze the conflict that has arisen, in certain situations, between personality rights and freedom of the press/free access to information, identifying when it is appropriate to apply the Right to be Forgotten and which criteria should be used by the judge when of the analysis of specific cases. In addition, we sought to understand civil liability arising from the violation of such right. To this end, we sought to analyze the emergence of the Right to be Forgotten, comparing the Brazilian legislation to those adopted by countries such as the United States, Germany, France and Portugal, as well as the verification of concrete cases of notorious relevance to the theme in Brazil and abroad. The emergence of the protection of personality rights was also analyzed, including its inhibitory and indemnity dimension. It was also analysed the normative conflict between privacy, privacy and intimacy; and freedom of the press and access to information. In the end, it was concluded that the Right to be Forgotten can be applied, what should be done based on the analysis of the specific case, verifying if the information is in the public domain, if its disclosure has been made in a contextualized way, if the rights of personality are being preserved, the usefulness and timeliness of information. If, however, doubts remain, one should, using discursive rationality, choose the decision that ultimately preserves as many principles as possible. It's believed that this will promote optimal and effective protection of the interests of those involved.

Keywords: Right to be forgotten. Rights of the Personality. Freedom of the Press. Access to information. Civil responsibility. Inhibitory protection. Reparatory protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEPD – Agência Española de Protección de Datos
Art. – Artigo
CF – Constituição Federal
CC – Código de Processo Civil
CJF – Conselho da Justiça Federal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
NTIC – Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
TCF – Tribunal Constitucional Federal
TICs – Tecnologia de Informação e Comunicação
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
ZDF – Zweites Deutsches Fernsehen

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO – ESFORÇO CONCEITUAL E HISTORICIDADE	21
2.1 O Direito ao Esquecimento e o ordenamento jurídico brasileiro	29
2.2 Casos concretos envolvendo o Direito ao Esquecimento no Brasil	36
<i>2.2.1 Caso Chacina da Candelária.....</i>	<i>36</i>
<i>2.2.2 Caso Aída Curi.....</i>	<i>37</i>
<i>2.2.3 Caso Xuxa.....</i>	<i>38</i>
<i>2.2.4 Caso Nissim Ourfali.....</i>	<i>41</i>
2.3 O Direito ao Esquecimento na Alemanha	43
2.4. O Direito ao Esquecimento nos Estados Unidos da América	44
2.5. O Direito ao Esquecimento na França.....	46
2.6 O Direito ao Esquecimento na internet – uma ofensa à intimidade.....	47
3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. SURGIMENTO E ESFORÇO CONCEITUAL.....	53
3.1. Os direitos da personalidade e o ordenamento jurídico brasileiro	55
3.2. Das tutelas inibitória e indenizatória	59
3.3. Direito da Personalidade e Dignidade	60
3.4 A tutela da intimidade e da vida privada	62
3.5 Natureza Jurídica dos Direitos da Personalidade	64
3.6 Tipificação.....	65
4 DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DO LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO	69
5 DOS CRITÉRIOS PARA SE AVALIAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	75
6 DA PONDERAÇÃO QUANDO DA COLISÃO ENTRE AS NORMAS	78
7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	84
7.1. A responsabilidade civil e o direito ao esquecimento	99
8 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

O direito à informação, ligado não apenas ao direito de informar, mas de ser informado e de se informar, é garantido constitucionalmente, tal como a liberdade de expressão, e revela-se como forma de proteger a ainda recente democracia experimentada pelo País.

A cessação da repressão e popularização da internet fizeram nascer um desejo quase que incontrolável pela busca e pela propagação de informações. Paralelamente, também com a cessação da repressão, buscou-se a implementação de medidas capazes de proteger o indivíduo, tendo sido reconhecida a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Assim, ao mesmo tempo em que se busca o livre acesso à informação, busca-se proteger de forma ampla e irrestrita o ser humano em todos os seus atributos. Nem sempre, porém, é possível a conciliação das intenções, que podem se mostrar conflitantes em casos concretos.

Em uma sociedade de tamanhos avanços científicos e tecnológicos, chamada de pós-moderna ou pós-industrial, e do inevitável – mas admirável - mundo do hiperinformacionismo, algumas reflexões se impõem. Não se sabe ao certo o quanto os indivíduos estão preparados para as mudanças da individualidade, da exposição e da manutenção *ad eternum* de informações, sobretudo no ambiente virtual.

O que se sabe é que a individualidade vem sendo mitigada pela disponibilidade de dados e sua incessante busca. Vive-se uma era de riscos à privacidade e à autonomia individual, fruto da ampla abertura da esfera pública aos interesses privados, e vice e versa, bem como de sua gradual e contínua transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado ao entretenimento ligeiro, a chamada sociedade do espetáculo.

É nesse cenário que o Direito ao Esquecimento, bastante aplicado no direito penal para garantir que aquele que já tenha cumprido sua pena não seja eternamente dogmatizado pelos erros do passado¹, vem ganhando espaço nas discussões.

O Superior Tribunal de Justiça, mais de uma vez, chegou a reconhecer a

¹ Dispõe o art. 202, da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), que “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”. (BRASIL, 1984)

necessidade de regulação do tráfego informacional na era da internet, onde informações são manipuladas sem qualquer filtro, para que se evite a perpetuação de danos à personalidade dos indivíduos. (BRASIL, 2013)

Tal ponderação indica que a manipulação indiscriminada das informações na era da internet é preocupação não apenas da doutrina, mas também dos tribunais, que se veem na incumbência de decidir sobre eventuais conflitos de direitos constitucionalmente protegidos.

Quando o direito ao esquecimento se sobrepõe a outros direitos e como compatibilizar liberdade de expressão, livre acesso à informação e liberdade de imprensa com a intimidade, a privacidade e a vida privada, são questionamentos que se busca responder com o presente estudo.

Propõe-se, assim, no início do trabalho, a conceituação do direito ao esquecimento e sua aplicação e evolução no Direito Brasileiro, bem como a análise de sua interdisciplinaridade. Questiona-se a possibilidade de um indivíduo invocá-lo em uma determinada situação, uma vez que inexistente legislação específica sobre o assunto, sugerindo critérios para sua aplicação.

Em seguida, passou-se à análise de casos concretos que tiveram grande repercussão, considerando a argumentação sustentada pelas partes envolvidas e a concepção do Poder Judiciário quando da construção da decisão em cada uma das situações.

Finalizados os estudos sobre o Direito ao Esquecimento no Brasil, abordou-se sua existência na legislação de países como Alemanha, França e Estados Unidos; além de sua aplicação no mundo virtual, trabalhando também com a análise de casos concretos.

Na segunda parte do trabalho, buscou-se estudar os direitos da personalidade, uma vez que estes são o fundamento do direito ao esquecimento, abordando, inclusive, a utilização e efetividade das tutelas inibitória e indenizatória.

Tais direitos, porém, não são absolutos a ponto de se permitir ofensa à coletividade; ou que fatos históricos sejam apagados apenas para que se proteja a esfera individual.

Neste sentido, propôs-se abordar a liberdade de imprensa e a liberdade e livre acesso à informação na terceira parte do trabalho, por meio de esforço conceitual e evolução dos direitos, apresentando as principais noções doutrinárias sobre o tema.

Quando os direitos em comento se conflitam, sugere-se a utilização da ponderação de interesses somada à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da análise de casos concretos, conclusão a que se chegou na quarta parte do trabalho.

Dessa forma, além de estudar a possibilidade de invocar o direito ao esquecimento, busca-se a orientação no sentido de identificar respostas quando da constatação de um conflito normativo.

Acredita-se que a responsabilidade civil seja importante mecanismo não apenas para reparar e compensar a vítima pelos danos sofridos com a divulgação indevida de determinadas informações, mas como forma de inibir condutas ilícitas principalmente no âmbito virtual (função precaucional).

Assim, propõe-se, na quinta parte, o estudo da responsabilidade civil em todas as suas nuances e a sua utilização quando da violação do direito ao esquecimento, também por meio da sugestão de parâmetros para a identificação da responsabilidade daquele que divulga ou armazena determinado tipo de informação eventualmente ilícita.

Conclui-se pela possibilidade de se invocar o direito ao esquecimento, devendo ser estabelecidos critérios mínimos para sua aplicação, os quais foram sugeridos no decorrer do trabalho, sendo cabível também a utilização da racionalidade discursiva para resolução de conflito eventualmente surgido entre princípios. Trata-se de proposição encontrada diante da inexistência de legislação específica sobre o tema, cuja criação se mostra imprescindível no atual momento de desenvolvimento em que a sociedade se encontra. Concluiu-se, também, pela possibilidade de responsabilização civil decorrente da violação do Direito ao Esquecimento.

Acredita-se que, diante do alto grau de conectividade em que a sociedade se encontra, o presente trabalho tenha muito a contribuir em razão de seu caráter inovador, ainda que não inédito, e considerando a vasta pesquisa bibliográfica a que se propôs.

2 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO – ESFORÇO CONCEITUAL E HISTORICIDADE

Há certa dualidade na memória. De um lado, há a vontade de ser lembrado e o medo de ser esquecido. Exatamente por isso, lidar com o fim da vida não é algo fácil. A morte se encarrega de afirmar a perenidade da vida, o que causa incômodo em muitos. De outro lado, porém, há a vontade de esquecer determinados acontecimentos e tê-los esquecidos perante a sociedade também. (BRANCO, 2017)

A concretização da vontade de esquecer e ser esquecido, porém, não é algo fácil, em especial diante de uma sociedade altamente conectada, usufrutuária das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC), em que infinitas informações são facilmente manipuladas, divulgadas e compartilhadas. É justamente sobre memória e esquecimento que se passa a estudar no presente capítulo.

Na obra de Sérgio Branco (2017), L. é respeitada tradutora e professora, profissional competente e admirada por seus alunos. Nascida na década de 1950, vive uma vida regrada, frequentando o meio artístico e intelectual e residindo em bairro nobre de uma capital. Pelas pessoas à sua volta, é vista como modelo do equilíbrio entre discrição, bons modos e espiritualidade. Sua boa fama, porém, é perseguida por notícias a seu respeito existentes no Google.²

Isso porque L. viveu intensamente a contracultura e a abertura sexual na década de 1970, tendo sido presa a caminho de Nova York por tráfico internacional de cocaína, onde permaneceu por 02 (dois) anos em reclusão. Na época, sua família estava no Brasil, e, L., mesmo sabendo dos riscos decorrentes da prática do ato ilícito, decidiu assumi-los.

Quando de sua condenação, os familiares decidiram omitir o fato e narravam que L. estava provisoriamente morando nos Estados Unidos, trabalhando e feliz. Ninguém, além de seus pais e irmãos, ficou sabendo da história verdadeira. Sua volta ao Brasil foi celebrada e, desde então, L. passou algum tempo em comunidades isoladas, se mudando para sucessivas cidades grandes, onde finalmente se realizou econômica e profissionalmente.

Passados 30 (trinta) anos de sua condenação, e já tendo pago por seus erros, L. foi surpreendida com o fato de uma ONG ter decidido digitalizar e disponibilizar na

² A história de L. é contada na obra de Sérgio Branco como caso concreto, não sendo possível confirmar dados sobre a veracidade da história da vítima em razão da proteção do nome e de outras informações. (BRANCO, op. cit.)

internet grande banco de dados de decisões judiciais norte-americanas, fazendo com que seu nome apareça no rol de condenados por tráfico internacional de entorpecentes.

Quando, na década de 1970, decidiu assumir os riscos decorrentes do tráfico, jamais imaginara que o fato voltaria à tona tantos anos depois, permitindo com que seus amigos, alunos e colegas de trabalho, tomassem conhecimento do ocorrido. Bastava a vontade de sua família em ocultar a verdade e a condenação no exterior jamais seria divulgada.

Não fazendo o passado mais parte de sua vida, e tendo reconstruído sua história, tudo o que L. deseja é esquecer o acontecimento e ser esquecida, ou seja, não ter seu nome associado ao crime. Por mais que não negue a prática do ilícito, L. gostaria de evitar que fosse socialmente julgada por evento tão remoto, em especial porque já cumprira sua pena.

Parece razoável impor à L. que conviva eternamente com circunstâncias do passado, em especial quando determinados acontecimentos não mais coadunam com sua personalidade? A manutenção de seu nome no banco de dados dos Réus não representaria uma segunda condenação? (BRANCO, 2017)

A verdade é que, cada vez mais, somos perseguidos por momentos pretéritos, somos lembrados dos equívocos que cometemos e dos equívocos cometidos por terceiros.

Viktor Mayer-Schönberger (2009), pondera que até a década de 1960/1970, se determinado indivíduo não mais conseguisse controlar informações a seu respeito e essas lhe trouxessem constrangimento, era possível recomeçar sua história em outra comunidade. Isso permitia com que as pessoas reiniciassem suas vidas sem máculas. Essa, porém, já não é mais uma possibilidade no mundo contemporâneo, principalmente na era digital. (MAYER-SCHÖNBERGER 2009, p 103 apud BRANCO, 2017)

É possível citar, além da história de L., tantas outras em que relembrar o passado, ainda que não tão distante, acarrete danos de toda monta; histórias em que se verifica o abuso no fornecimento das notícias, das informações.

Isso porque a informação, principalmente na sociedade contemporânea, é tratada como mercadoria, se transformando, não raras vezes, em entretenimento. Surge, assim, a civilização do espetáculo, que pode ser definida como “a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo

entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é paixão universal”. (VARGAS, 2013)

É nesse cenário que ganha força a categoria de direito subjetivo denominado Direito ao Esquecimento, ou “direito de estar só”; ou também direito de não ser molestado (*right to be forgotten*³ ou *right to be left alone*), que consiste na possibilidade de exclusão de conteúdos que associem o nome ou a imagem de determinado indivíduo a fatos pretéritos que lhe causem constrangimento, tais como crime do qual tenha sido absolvido; ou fato calunioso, injurioso ou difamatório. Trata-se de ideia ligada não apenas à intimidade e à privacidade, mas à dignidade. (VIVIANI, 2015)

No mesmo sentido, Bruno Paiva ensina que o direito ao esquecimento é o “direito inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público eternamente, causando-lhe transtornos ou sofrimento”. (PAIVA, 2014)

A Associação dos Magistrados Mineiros, inclusive, conceitua o instituto como o direito de um indivíduo de ser esquecido pela opinião pública e pela imprensa de modo que os atos praticados no passado não possam ecoar *ad eternum*. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS, 2013).

Ou seja, trata-se de direito que tem por objetivo possibilitar que indivíduos cujo passado venha a causar vergonha, tristeza, ou discriminações, possam recomeçar, se reinventar, voltar à vida normal, sem suportar eternamente estigmas ou acontecimentos do passado que venham a ofender seus direitos da personalidade.

Qualquer pessoa que venha a se envolver em acontecimento público e/ou constrangedor, pode com o passar do tempo, invocar o direito ao esquecimento, afinal, a lembrança de tais acontecimentos e o papel que ela possa desempenhar é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história. (OST, 2005)

Tal direito, apesar de já ser conhecido, vem ganhando cada vez mais importância, estabelecendo-se um paralelo em que de um lado está o direito ao esquecimento, fundamentado em preceitos constitucionais e, essencialmente, no núcleo da dignidade da pessoa humana; e, de outro, a liberdade de expressão e de imprensa, liberdade esta que se materializa por meio da divulgação de informações,

³ A expressão *right to be forgotten* tem origem na obra de Mayer Schonberger, “*Delete: the virtue of forgetting in the digital age*”. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009).

o que hoje ocorre rapidamente, graças à globalização e aos avanços tecnológicos (PAIVA, 2014)

Inobstante, o direito ao esquecimento abrange não apenas situações em que ocorre a difamação da imagem de determinado indivíduo, mas também os casos em que se verifica violação de propriedade, da confiança e do direito do autor (ABRÃO, 2017).

Vislumbra-se, inclusive, tal direito sob dois aspectos: (i) a possibilidade de o autor/vítima esquecer determinado fato; (ii) e a possibilidade de ser esquecido por terceiros ou pela mídia. Trata-se de instituto misto eis que “o direito de ser esquecido está intrinsecamente ligado ao direito à privacidade e ao direito à honra, enquanto o direito de esquecer deriva do direito à identidade pessoal”. (MOREIRA; ALVES, apud MOREIRA; MEDEIROS, 2016)

Trata-se de um direito que pode ser invocado não apenas pela vítima, como por seus familiares, que podem sofrer um dano reflexo quando da divulgação de informações de forma ilícita.

Como se pode observar, neste caso não se discute a possibilidade de apagar o ato ou fato propriamente dito; ou eventual arrependimento, mas a mudança na perspectiva da divulgação de seu nome ou imagem associados ao passado.

Há quem questione se “esquecimento” seria o termo mais adequado para abordar o viés da tutela da privacidade. Neste sentido, Chiara Teffé e Fabiana Barletta defendem que se trata da “retirada ou a indisponibilização do conteúdo que possibilitará, posteriormente, seu esquecimento natural e progressivo”. Trata-se, então, de um “direito de apagar, de excluir ou de desindexar informações desatualizadas, descontextualizadas, falsas ou desagradáveis”. (TEFFÉ; BARLETTA, 2016, p. 262)

Todavia, não se vislumbra problema com a utilização do termo “esquecimento”, haja vista o fato de que a desindexação ou a não divulgação/manutenção de fato ou informação específica se dá, justamente, porque determinado indivíduo deseja o esquecimento: esquecer e ser esquecido, não tendo seu nome ou imagem associado a determinado acontecimento.

Em que pese não haver legislação específica no Brasil, o que será tratado mais adiante, não se trata de um direito novo. Isso porque o Direito ao Esquecimento fora abordado pela primeira vez pelo magistrado norte-americano Thomas McIntyre Cooley (1824-1898), jurista e Presidente da Suprema Corte de

Michigan, na obra intitulada “*A Treatise in the law of Torts*”, de 1888, como “*the right to be left alone*”. Todavia, se tornou mais popular, após a publicação de um artigo na Harvard Law Review por Samuel Warren e Louis Brandeis, que utilizaram o Juiz Cooley como um de seus marcos teóricos.

Boa parte dos julgados estrangeiros sobre o direito ao esquecimento datam da década de 1960, porém, o primeiro julgado a ganhar repercussão internacional fora o chamado Caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1973. Trata-se de caso paradigmático que discute a liberdade de imprensa e o livre acesso à informação; e o direito geral da personalidade, conforme abordado adiante. (SÁ; NAVES, 2017)

No ano de 1969, quatro soldados alemães foram brutalmente assassinados, tendo sido ferido um quinto soldado. Um ano após o ocorrido, dois dos suspeitos foram condenados à prisão perpétua, ao passo que o terceiro foi condenado a seis anos de prisão enquanto partícipe.

Passados quatro anos do homicídio, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão) decidiu produzir um documentário a respeito, transmitindo-o pouco antes da soltura do terceiro suspeito.

No documentário, expor-se-ia o nome e rosto dos envolvidos, detalhando o fato e as circunstâncias que levaram ao crime. Como consequência, o terceiro acusado, que já havia cumprido sua pena, acabaria sofrendo uma segunda punição: a social, afinal, as repercussões causadas por tal exibição acabariam por dificultar sua ressocialização. De acusado o indivíduo passaria a ser vítima, portanto.

Decidiu, assim, buscar em juízo medida liminar com o objetivo de impedir a exibição do programa, a qual fora indeferida ao argumento de que, em razão do crime, o indivíduo se transformara em personalidade histórica. Irresignado, apresentou reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal (TCF), invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade.

Na tentativa de amenizar o dano que seria sofrido pelo acusado e ponderando os direitos em conflito, decidiu o Tribunal privar a exibição do documentário caso houvesse a exibição de sua imagem, entendendo que a proteção constitucional da personalidade obsta a exploração midiática por tempo indeterminado da pessoa do acusado. Dessa forma, omitiu-se a imagem dos acusados e optou-se pela alteração do nome de alguns dos envolvidos. (NOLETO, 2008)

No ano de 1996, porém, outro documentário seria exibido narrando o mesmo

fato. Um dos acusados, porém, obteve decisão favorável impedindo que o programa fosse ao ar. O canal de televisão, porém, apresentou reclamação constitucional, conseguindo reverter a decisão.

No caso, que ficou conhecido como Lebach II, o Tribunal entendeu que já havia se passado muito tempo desde a soltura do terceiro acusado, já tendo ocorrido sua ressocialização. Ademais, a proteção à personalidade não assegura imunidade em relação à representação pública de eventos relevantes, não podendo se sobrepor à difusão das informações pela mídia.

A partir de então, e com as contribuições de pesquisadores, o instituto foi ganhando forma e se tornando conhecido, e, graças à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, as diretrizes que fundamentam o direito ao esquecimento foram consolidadas.

Conforme dito em outra oportunidade, tal Diretiva, de 1995, consiste em um texto de referência sobre a proteção de dados pessoais, por meio do qual objetivava-se estabelecer um equilíbrio entre a privacidade dos indivíduos e a livre circulação dos dados pessoais na União Europeia.

Em meados de 2012, retomaram-se os debates acerca da privacidade e da divulgação de dados pessoais de indivíduos na internet, e, após quatro anos de debate, a União Europeia aprovou nova lei expandindo o direito ao esquecimento e reformando a Diretiva, de modo que, agora, redes sociais têm o dever de retirar informações que venham a constranger os usuários, sempre que solicitado. (ABRÃO, 2017)

A nova lei, que reformou a Diretriz 95/46/CE, cria o mecanismo da portabilidade de dados e exige que empresas informem caso a conta dos usuários seja *hackeada*. Ademais, impõe que as companhias, donas de serviços conectados, expliquem em linguagem compreensível as políticas de privacidade de suas ferramentas aos usuários, tendo enrijecido a punição para as firmas que quebrarem as novas regras, com multas que podem chegar a 4% do volume total dos negócios anuais (PINHEIRO, 2016).

Evidente que a proteção aos direitos da personalidade por meio da concretização do Direito ao Esquecimento há muito é preocupação da União Europeia, já tendo sido incorporado pelo ordenamento jurídico de países como França e Alemanha, antes mesmo do início da discussão da Diretiva 9546CE. (ABRÃO, 2017)

Confirmando a concretização do direito ao esquecimento, vale a pena conferir outro caso que ganhou repercussão, havido entre o Google Spain SL, o Google INC e o jornal de grande circulação da Catalunha *La Vanguardia Ediciones SL* versus Mario Costeja González em meados de 2010.

Mario Costeja teve alguns de seus bens levados a leilão em razão de uma dívida junto à Seguridade Social da Espanha, o que fora publicado no Jornal *La Vanguardia Ediciones* aos 19 de janeiro e 9 de março de 1998. Apesar de a dívida ter sido quitada, quando se procedia à busca de seu nome no Google, dois links retornavam nos respectivos provedores de busca.

Irresignado, requereu diretamente ao *La Vanguardia* e ao Google Spain a exclusão da matéria, em 2009 e 2010, respectivamente, não tendo sido atendido. Em razão disso, e entendendo que a informação violava seus direitos à proteção de dados pessoais e à privacidade; e alegando que o fato carecia de pertinência atual, moveu uma ação perante a Agência Española de Protección de Datos (AEPD), requerendo que o Jornal suprimisse ou alterasse as informações apontadas nas matérias de modo a ocultar seus dados pessoais; e que os buscadores suprimissem ou ocultassem seus dados pessoais, de modo que os *links* das páginas do jornal sobre o assunto não mais retornassem no índice de pesquisa quando da inserção de seu nome.

Aos 30 de julho de 2010, o pedido fora julgado improcedente em relação ao *La Vanguardia Ediciones*, pois considerou que a divulgação do leilão em jornal de grande circulação consistia em obrigação imposta pelo Ministério do Trabalho e de Assuntos Sociais.

Em relação ao Google INC e ao Google Spain, por outro lado, o pedido fora deferido, tendo a AEPD entendido que “os provedores de aplicação de internet estariam sujeitos à legislação de proteção de dados pessoais da União Europeia”, devendo atender aos pedidos de retirada de dados quando solicitados, “sempre que a identificação e a difusão das informações indicadas fossem capazes de lesar o direito fundamental de proteção de dados e a dignidade da pessoa humana” (FRAJHOF, 2019, p. 34)

O Google Spain e o Google INC interpuseram recurso em face de tal decisão, questionando qual seria a obrigação imposta aos provedores quando indivíduos, em casos semelhantes àquele postulado, requeressem a exclusão de informações publicadas em sites de terceiros, que contenham dados pessoais seus.

A análise de tal questionamento dependia da interpretação da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o que levou à suspensão da demanda e submissão ao Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE.

O Tribunal entendeu pela possibilidade de exclusão do nome do requerente do site de busca, garantindo que os cidadãos exerçam algum controle em relação às suas informações pessoais disponibilizadas na internet. (FRAJHOF, 2019)

Ironicamente, os casos Lebach e Mario Costeja versus Google, em que se invocou o direito ao esquecimento, jamais serão esquecidos em razão da relevância das decisões proferidas. Significa dizer que, em alguns casos, a tentativa de esquecer e ser esquecido fomenta ainda mais a memória, o que ocorreu no Caso Xuxa versus Google, que será abordado mais adiante.

Assim, não se pode deixar de mencionar a existência do *Streisand Effect*,⁴ no Direito ao Esquecimento, o qual, nos ensinamentos de Daniel Evangelista de Almeida, “descreve a situação na qual, ao se tentar remover uma informação, o efeito é alastrar ainda mais esta, como espécie de publicidade negativa”. (ALMEIDA, 2019, p. 83)

Enquanto alguns querem esquecer e ser esquecidos, porém, outros querem ser lembrados, o que apenas reafirma o que fora exposto no começo do capítulo sobre a dualidade da memória. É o caso, por exemplo, dos sites Search King e Kinderstart, que “nos anos de 2003 e 2006, respectivamente, ajuizaram ações contra o Google por terem seus nomes rebaixados nos resultados do mecanismo de buscas da companhia”. (ALMEIDA, 2019, p. 83)

As ações, porém, foram julgadas improcedentes ao argumento de que a ordem de aparição está em consonância com a liberdade de expressão.

Como é possível perceber, o Direito ao Esquecimento comporta muitas nuances e, apesar de não ser instituto novo, vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões tendo em vista a facilidade na manipulação e compartilhamento de informações. Faz-se necessário, então, analisar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que se propõe a seguir.

⁴ O termo fora criado por Mike Masnick após a cantora estadunidense Barbra Streisand processar um fotógrafo que registrou imagem aérea de sua mansão, requerendo a censura dos arquivos. O efeito, porém, foi contrário àquele desejados, tendo em vista o fato de que a foto se tornou muito popular. (ALMEIDA, op. cit. P. 83)

2.1 O Direito ao Esquecimento e o ordenamento jurídico brasileiro

Em que pese não haja legislação específica no Brasil, muito já se construiu no que diz respeito à possibilidade de aplicação do Direito ao Esquecimento na legislação pátria, eis que as liberdades de expressão e manifestação, bem como o direito à privacidade⁵ estão cada vez mais sendo ressaltadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o que se verá mais adiante.

Reclama-se do uso indevido da imagem, da superexploração midiática, da divulgação de *fake news*, e da manutenção de informações de modo eterno na internet. Reclama-se, ainda, o direito de escolher o que deve ser divulgado a seu respeito e com quem deve ser compartilhado, o que vem a ser conceituado como autodeterminação informativa, que, de acordo com a juíza portuguesa Catarina Sarmiento e Castro, consiste em um novo direito fundamental. (SARMENTO E CASTRO, 2005)

Concebeu-se o Direito ao Esquecimento como direito independente, tutela da memória individual e da memória coletiva. Trata-se também de direito fundamental e essencial ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, consistente no direito de não ter sua intimidade e memória pessoal revividas e lembradas a todo instante por força da vontade de terceiros.

O direito em comento tem fundamentação constitucional, o que se conclui a partir da leitura do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1998, o qual prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se indenização pelos danos morais ou materiais decorrentes de sua violação (BRASIL, 1988).

A proteção de tais direitos se confirma, inclusive, pela existência do remédio jurídico *habeas data*, utilizado para a exibição dos registros públicos ou privados nos quais estejam incluídos dados pessoais do impetrante, para que ele tome conhecimento e, se necessário, promova a retificação dos dados inexatos ou obsoletos, ou que impliquem discriminação (ABRÃO, 2017).

O Direito ao Esquecimento também tem amparo infraconstitucional, tendo sido o Código de Defesa do Consumidor a primeira lei pátria a se preocupar com a

⁵ Sobre o direito à privacidade, em tópico mais adiante, será feita sua comparação com a intimidade e a vida privada.

proteção da privacidade. Isso porque o artigo 43 estabelece critérios para a abertura de cadastros e para a manutenção de informações nele contidas, garantindo o acesso às informações pessoais existentes e suas respectivas fontes (BRASIL, 1990).

Dentre as disposições contidas no artigo em comento, a mais importante para o presente estudo é aquela que determina que, consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos, não serão fornecidas informações que possam dificultar ou impedir novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. (BRANCO, 2017)

Percebe-se a clara intenção do legislador em impedir que eventual inscrição negativa nos cadastros de restrição ao crédito se perpetuem *ad eternum*, consagrando a passagem do tempo como causa para exclusão das informações negativas que digam respeito ao consumidor.

Enquanto uma das dimensões do direito à privacidade, vislumbra-se a existência de um direito ao esquecimento em leis penais. O Código Penal, em seu artigo 63, define reincidência como o cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Para efeitos de reincidência, porém, conforme o artigo seguinte, não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. (BRASIL, 1940)

Verifica-se, assim, o uso do Direito ao Esquecimento para minimizar o efeito de uma condenação na vida futura do condenado em razão também da passagem do tempo (BRANCO, 2017).

Não apenas para fins de reincidência o direito é utilizado, mas para apontamentos na ficha de antecedentes criminais. Isso porque o artigo 748 do Código de Processo Penal prevê que, em caso de reabilitação, as condenações anteriores não constarão na folha de antecedentes, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando solicitadas por juiz criminal. (BRASIL, 1941)

O tratamento legal a fatos pretéritos no direito penal coaduna com o direito ao esquecimento com o objetivo de facilitar a ressocialização do acusado e o recomeço de sua caminhada, desvinculando-se de eventuais erros, consagrando, assim, a proteção à tutela geral da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. (BRANCO, 2017)

O Código Civil, nos artigos 11 a 21, trata dos direitos da personalidade, por meio de rol meramente exemplificativo, conforme será abordado adiante,

acompanhando a sistemática constitucional adotada, o que aponta para a constitucionalização do Direito Civil⁶.

Os dispositivos acima apontados serviram de justificativa à elaboração do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que prevê que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A justificativa consiste no seguinte:

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

Outro enunciado dispõe sobre o Direito ao Esquecimento, este de número 576, que dispõe que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”. (BRASIL, 2013)

Também o Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965/14, cuidou de garantir o direito ao esquecimento, ao conciliar, no art. 2º, a liberdade de expressão e o exercício da cidadania em meios digitais com os direitos humanos e o desenvolvimento da personalidade. (BRASIL, 2014)

A proteção da privacidade e dos dados pessoais; a preservação e garantia da neutralidade da rede; a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamentos; e a responsabilização dos agentes diante da prática de atos lesivos, ofensivos ou ilícitos a terceiros foram consagrados pelo Marco Civil da Internet, com o objetivo preservar a esfera privada sem que o desenvolvimento da era digital seja prejudicado e confirmando a concepção do Direito ao Esquecimento.

A proteção aos direitos da personalidade do indivíduo é confirmada pelo artigo 7º da referida lei, que, em consonância com a Constituição Federal, assegura sua proteção e reparação civil em caso de violação, o que sugere a possibilidade de coexistência do direito ao esquecimento e da responsabilidade civil.

Também, o artigo 19 do Marco Civil da Internet prevê que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e evitar a censura, os provedores de aplicações

⁶ Por constitucionalização do direito civil, “deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição”, conforme ensina o professor César Fiuza. (FIUZA, 2010, p. 118).

de internet somente poderão ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdos veiculados por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as devidas providências para tornar indisponível o conteúdo lesivo.

Fortalecendo ainda mais a proteção dos dados pessoais e do direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, em 2018 fora publicada a Lei 13709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, cuja vigência será a partir de 16 de agosto de 2020. (BRASIL, 2018)

A referida Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais com o objetivo expresso de proteger determinados direitos fundamentais.

Para o presente trabalho, impõe-se analisar, especificamente, os artigos 2º, 6º, 7º (em especial o disposto no §3º), 17 e 42, uma vez que estes abordam discussões que se entrelaçam com aquelas referentes ao Direito ao Esquecimento e com a Responsabilidade Civil.

Considerou-se, no artigo 2º, que a disciplina da proteção de dados tem como fundamento o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa (ratificado no art. 18 da mesma Lei); a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Fez-se, neste caso, clara opção pela preservação dos direitos da personalidade e pelo desenvolvimento econômico e tecnológico com a intenção de harmonizá-los.

Determinou-se, no artigo 6º, que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e princípios como: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilidade e prestação de contas.

O objetivo do legislador, neste caso, foi garantir a proba atuação de todos aqueles que, de alguma forma, se encarregam da disponibilização e manipulação dos dados de pessoas físicas e jurídicas, de modo a evitar a prática de atos ilícitos e, conseqüentemente, lesivos.

Trata-se de orientação principiológica corroborada pelo disposto no §3º do

artigo 7º, que prevê que “o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização”. (BRASIL, 2018)

Chama atenção o fato de a orientação conferida à proteção de dados coincidir com o Direito ao Esquecimento, em especial com os critérios que se pretende sugerir ao julgador quando da análise de casos concretos, o que será visto mais adiante.

A coincidência pode ser verificada também no artigo 17, que assegura à toda pessoa natural a titularidade de seus dados pessoais, garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade.

Conclui-se que, em ambos os casos, tanto na tutela dos dados, quanto no direito ao esquecimento, o que se visa proteger é a intimidade, a vida privada, a privacidade, e, no fim de todos os direitos, a dignidade da pessoa humana. Conclui-se, ainda, que na própria manipulação dos dados é possível arguir o direito de ser esquecido e de esquecer.

Em caso de violação de tal direito, e das determinações previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, fala-se em responsabilização civil, conforme artigo 42, que assegura que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, encontra-se obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2018)

Verifica-se, pela análise das legislações aqui mencionadas, que o direito ao esquecimento, assegurado constitucional e infraconstitucionalmente, vem sendo abordado de maneiras diferentes e em contextos diferentes, de modo a garantir a proteção do indivíduo em sua esfera privada, ou seja, para além da sociedade como um todo, sendo cabível a responsabilização dos envolvidos na lesão, estendendo-se até os provedores de internet.

Inobstante, nosso ordenamento carece de legislação específica sobre o tema. Não faltaram tentativas, mas, em razão da dificuldade no estabelecimento de parâmetros para tratamento, nenhuma Lei chegou a ser aprovada até a presente data.

O Projeto de Lei n.º 7881/14, de autoria de Eduardo Cunha, previa a obrigatoriedade de remoção de links que fizessem referência a dados irrelevantes ou defasados dos envolvidos. Fora, todavia, rejeitado nas comissões de mérito e

arquivado em meados de 2017. (BRASIL, 2014).

Em seguida, por meio do Projeto de Lei n.º 215/2015, de autoria do Deputado Hildo Rocha, propôs-se a punição dos crimes contra a honra praticados nas redes sociais, aumentando-se em um terço as penas. Ou seja, o interessado ou seu representante legal poderão requerer judicialmente a indisponibilização de conteúdos que associem seu nome ou imagem a crime do qual tenha sido absolvido com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso a qualquer tempo. (BRASIL, 2015)

O referido Projeto, que ainda não foi votado, é justificado em razão da necessidade de resguardar a honra das pessoas contra crimes praticados com utilização das redes sociais, o que vem se tornando mais comum a cada dia. Nas palavras do Deputado,

Esses instrumentos permitem que as notícias e opiniões se espalhem com uma velocidade fenomenal e com um alcance gigantesco, potencializando, em altíssimo grau, os efeitos dessas informações veiculadas.

Isso ganha importância maior ainda quando se trata de informação ofensiva à honra de alguém. Quando o Código Penal foi elaborado, a tecnologia não se encontrava nesse estágio de desenvolvimento e avanço, diante do que as ofensas à honra não possuíam um potencial lesivo de tamanha gravidade como ocorre nos dias atuais.

Os crimes contra a honra praticados pelas redes sociais têm um efeito devastador na vida das vítimas, causando enormes prejuízos na sua vida profissional, na família, na comunidade, além de sofrimentos morais, emocionais e mentais irreparáveis.

Por essa razão, a legislação deve ser atualizada para contemplar essas hipóteses e propiciar maior proteção aos cidadãos contra esses delitos praticados por meio da internet.

Assim, propomos o aumento da pena para esses crimes, em um terço, quando cometidos por meio de redes sociais, diante do que estaremos prevendo uma pena mais compatível com a gravidade da conduta delituosa. (BRASIL, 2015)

Outro Projeto de Lei envolvendo o Direito ao Esquecimento proposto fora o PL 1676/2015⁷, de autoria do Deputado Veneziano Vital do Rêgo que, de acordo com a ementa, pretende tipificar o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de divulgação. Pretende-se, ainda, dispor sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na internet,

⁷ Sobre tal Projeto, Bittar afirma que o direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público. (BITTAR, 2019, p. 22)

relativos a fatos que não possuem ou deixaram de possuir interesse público.

Em seu artigo 3º, consta que o direito ao esquecimento é a expressão da dignidade humana, representando a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade a fatos que, ainda que verídicos, não possuam interesse público. É possível, assim, exigir dos meios de comunicação, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

Verifica-se a tentativa de implementar o direito ao esquecimento inclusive de forma extrajudicial, possibilitando à vítima que requeira a exclusão de determinada informação a seu respeito, o que é assegurado na União Europeia desde 1995.

O referido projeto ainda foi votado mas acredita-se na possibilidade de êxito, tendo em vista a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, em especial na era das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Mais recentemente, em 2017, outro Projeto de Lei envolvendo o instituto fora apresentado, o de número 8443/2017, de autoria do Deputado Luiz Lauro Filho. Pretendia-se estabelecer o direito ao esquecimento pela modificação de alguns dos artigos do Marco Civil da Internet, permitindo que todo cidadão tivesse o direito de requerer a retirada de dados pessoais que fossem considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa.

O requerimento de exclusão dos dados seria apreciado em até 48 (quarenta e oito) horas pelo veículo de comunicação, após prova da lesão de direitos fundamentais e dos possíveis danos que a disponibilização das informações pudesse causar. No caso de recusa, os interessados deveriam buscar auxílio judicial.

Em 2018, porém, o Deputado requereu a retirada de tramitação do Projeto de Lei, não tendo sido, portanto, submetido à votação.

Pela análise dos projetos de lei propostos, conclui-se pela disposição na regulamentação do Direito ao Esquecimento, considerando o reconhecimento da possibilidade de violação dos direitos da personalidade na era da internet.

Seja como for, até a presente data não há regulamentação específica para o instituto, o que se mostra imprescindível para garantir segurança jurídica e orientar o julgador quando da análise dos casos.

Sobre a possibilidade de ocorrência de censura, ou, até mesmo, de autocensura, e os cuidados que as disposições legais devam ter ao dispor sobre tal direito, comentar-se-á mais adiante.

2.2 Casos concretos envolvendo o Direito ao Esquecimento no Brasil

Primeiramente, importante destacar que, conforme já explanado em outra oportunidade, não há critérios objetivos para o julgamento de pedidos que objetivam o direito ao esquecimento. No decorrer do presente trabalho, será visto que analisar as especificidades de cada caso é o mais sensato a se fazer, tendo em vista ser necessária uma valoração principiológica haja vista a concorrência de direitos que pode eventualmente vir a surgir.

É exatamente isso que têm feito os Tribunais pátrios, sendo necessária a análise de julgados de grande repercussão.

2.2.1 Caso Chacina da Candelária

O primeiro caso que se destaca é conhecido como Chacina da Candelária. Jurandir Gomes da França fora indiciado como coautor/partícipe de um crime que resultou na morte de seis menores e dois maiores que dormiam próximo à Igreja da Candelária na cidade do Rio de Janeiro, aos 23 de julho de 1993. No júri, porém, Jurandir fora absolvido por unanimidade pelo Conselho de Segurança.

Em 2006, o Linha Direta, programa exibido pela Rede Globo, decidiu fazer a reconstituição do crime, e, por isso, tentou entrevistar o Autor, que negou o pedido. Mesmo assim, o programa foi transmitido, tendo sido divulgado seu verdadeiro nome, as circunstâncias em que ocorreu a chacina e o fato de ele ter sido absolvido.

Por mais que houvesse sido mencionada sua absolvição, o Autor, entendendo que o ato praticado pelo Linha Direta configurava ato ilícito pela exposição de sua imagem e ausência de consentimento para tanto, ajuizou ação pleiteando indenização por danos morais contra a Rede Globo.

Argumentou que a matéria reascendeu a desconfiança da comunidade onde vivia, sendo necessário se mudar do local para não ser morto por justiceiros e traficantes; e o impede de conseguir emprego. Invocou o direito ao esquecimento para restaurar a paz, o anonimato e sua privacidade.

Por unanimidade, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça condenou a TV Globo a indenizar o homem em montante equivalente a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e determinou a ocultação do nome e fisionomia do Autor, medida que cessa a ofensa à sua esfera privada sem configurar censura à liberdade de imprensa.

Os ministros entenderam que seria possível contar a história sem a menção de seu nome, e que a forma como a emissora divulgou o episódio configurou abuso do direito de informar e violação à imagem do cidadão. (ABRÃO, 2017)

Pontuou-se que a ausência de contemporaneidade da notícia reabriu antigas feridas já superadas, submetendo o Autor a uma segunda condenação. Mais uma vez, o decurso do tempo foi utilizado para deslegitimar a divulgação de determinada informação, o que confirma que até mesmo uma informação criminal não pode ser eternizada, possuindo uma “vida útil”.

Ademais, a veracidade de uma informação não confere a ela inquestionável licitude, não transformando a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.

Decidiu-se pela aplicação do direito ao esquecimento e, concomitantemente, pela responsabilização civil da Ré por meio da ponderação entre os direitos da personalidade e os direitos à liberdade de expressão e à informação, o que será analisado oportunamente.

2.2.2 *Caso Aída Curi*

O caso Aída Curi ficou famoso não apenas pela crueldade que caracterizou o crime, mas por ter chegado ao STJ e STF⁸ em discussão que envolve o direito ao esquecimento.

Aída Jacob Curi tinha 18 (dezoito) anos quando foi assassinada em 1958 em Copacabana, Rio de Janeiro. A adolescente, segundo relatos, estava em um ponto de ônibus acompanhada de uma colega, quando foi abordada por Ronaldo Castro e Cássio Murilo, que tentaram iniciar uma conversa. Aída os respondeu de forma ríspida, deixando-os irritados, o que fez com que roubassem sua caixa de óculos e sua bolsa. Na tentativa de recuperar os pertences, Aída foi atrás dos rapazes, que entraram no Edifício Rio Nobre, localizado na Rua Atlântica.

⁸ Apesar de já ter sido julgado pelo STJ, até a presente data o Recurso Extraordinário interposto não foi apreciado pelo STF.

No local, a jovem foi abusada sexualmente por dois rapazes, com a ajuda do porteiro Antônio Sousa, e, após ter sido torturada, foi atirada do décimo segundo andar do prédio na tentativa de simular um suicídio.

Há certa contradição sobre o fato de como Aída chegou ao Edifício Rio Nobre, sendo narrado que a jovem estava em uma festa e havia saído com um dos rapazes para apreciar a vista do local.

Ronaldo Castro foi inocentado da acusação de homicídio, tendo sido condenado apenas por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. O porteiro também foi inocentado por homicídio, mas condenado por outros crimes, tendo desaparecido desde então. Cássio, por outro lado, era menor de idade à época, e foi encaminhado ao Sistema de Assistência do Menor, por ter sido condenado pelo crime de homicídio, e saiu direto para prestar serviço militar. (BAYER, 2015)

O crime causou comoção nacional e, em razão da grande repercussão, o Linha Direta decidiu exibir a reconstituição do crime em 2008. Os irmãos da vítima, desejando que o caso não fosse transmitido, chegaram a notificar extrajudicialmente a TV Globo, alegando que o evento poderia reabrir feridas antigas.

Porém, mesmo assim, o programa foi ao ar, o que motivou o ajuizamento de ação pleiteando indenização por danos materiais e morais, ao argumento de que a Ré teria explorado economicamente o nome, a imagem e a história de Aída Curi, bem como o de seus familiares, além de ter auferido verbas publicitárias, o que configura enriquecimento ilícito. (FRAJHOF, 2019)

Neste caso, discutia-se a responsabilização civil da TV Globo em razão da violação do direito ao esquecimento dos familiares da vítima. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, porém, negou o direito à indenização por entender que o crime não pode ser dissociado do nome da vítima. Além disso, os responsáveis pelos meios de comunicação têm o dever social de informar, o que se sobrepõe ao interesse individual de alguns. Entendeu-se ainda que não restou configurado abalo moral indenizável porque o material fora exibido décadas após o crime, tendo entrado para o domínio público. (BRASIL, 2013)

Percebe-se que, neste caso, a decisão proferida pelo STJ divergiu daquela elaborada no caso da Chacina da Candelária, o que se deu em razão da ponderação de direitos conflitantes de acordo com o caso concreto.

2.2.3 Caso Xuxa

Como exposto anteriormente, o Direito ao Esquecimento pode ser invocado quando não se deseja que fato que diga respeito à vida pretérita seja lembrado haja vista o fato de o acontecimento não condizer com a imagem construída. Esse é exatamente o caso da apresentadora Xuxa, que, no decorrer dos anos, se firmou como figura pública apresentadora de programa voltado ao público infantil. Todavia, há um episódio em sua vida que Xuxa deseja esquecer e ver esquecido.

Na década de 1980, Maria da Graça Meneghel era modelo e atriz e, em 1982, aos 19 anos, gravou o filme “Amor, estranho amor”, do diretor Walter Hugo Khouri. O filme conta a história de Hugo, representado por Marcelo Ribeiro, filho da dona de um bordel de luxo, interpretada pela atriz Vera Fisher, e que foi seduzido por uma jovem chamada Tamara, personagem vivida por Xuxa, que trabalhava no prostíbulo.

Na época em que o filme fora produzido, o Brasil vivia a ditadura militar, ainda que já mais branda, instalada 18 anos antes, com o golpe de 1964. Apesar de contemporâneo ao nascimento do cinema, o erotismo ganhou expressividade na década de 1970 em todo o mundo, como consequência da liberdade sexual experimentada na década anterior. Países como a França, a Alemanha, a Itália e a Argentina produziram diversos filmes eróticos, o que também aconteceu no Brasil, onde a chamada pornochanchada e o cinema marginal da boca do lixo foram símbolos de uma geração.

Com a liberdade de expressão restrita em razão da ditadura militar, a pornografia acabou sendo a saída para o escapismo ou para discursos políticos disfarçados. Por essa razão, o cinema da boca correspondeu a mais de 50% da TV brasileira, contando com a presença de famosos como Vera Fisher, Carla Camuratti, Sandra Bréa, Lilian Alves, Cristiane Torloni, dentre outras. O erotismo não era, portanto, visto da mesma forma que anos mais tarde. (BRANCO, 2017)

Dado o sucesso do filme “Amor, estranho amor”, anos mais tarde os produtores decidiram lançá-lo em videocassete e comercializá-lo. Quando isso aconteceu, Xuxa Meneghel já havia dado início à mudança de sua imagem, passando a ser denominada “a rainha dos baixinhos”.

Assim, ajuizou uma ação no final da década de 1980 requerendo a busca e apreensão de todas as cópias de videocassete não autorizadas, alegando que a disponibilização do filme em videocassete permitia que crianças tivessem acesso ao seu conteúdo, o que acabaria gerando um desvirtuamento de sua imagem.

A apresentadora obteve êxito, mas seus esforços para tentar fazer

desaparecer tal passado não cessaram. Primeiro porque ainda é possível acessar o filme pela internet. Segundo porque, anos mais tarde, teve de entrar em outra batalha judicial contra o relançamento do filme.

Passado algum tempo, a Rede Bandeirantes de televisão exibiu, em programa vespertino, fotos nuas de Xuxa, feitas na década de 80, o que resultou no ajuizamento de mais uma ação⁹, tendo recebido o equivalente a R\$1,1 milhão a título de indenização. (BRANCO, 2017).

Recentemente, mais uma ação fora ajuizada pela apresentadora, que requer a implementação do direito de ter sua imagem dissociada do filme gravado na década de 1980. Esta foi ajuizada em desfavor do Google Brasil, requerendo a retirada de seu site de pesquisas, via internet, os resultados referentes à procura pela expressão “Xuxa pedófila” ou qualquer outra que integre seu nome a práticas delituosas.¹⁰

Sua pretensão é justificada pelos seguintes fatos: **i)** a autora ter protagonizado cena de sexo com um menor; **ii)** posteriormente ao filme, ter alcançado sucesso como apresentadora de programas infantis; **iii)** na tentativa de “apagar” a imagem pretérita, conflitante com a atual, vem tentando, no decorrer dos anos, inibir a circulação do vídeo; **iv)** com o advento da internet, se tornou impossível controlar a exibição não autorizada do filme; **v)** viu seu nome ser associado à prática do crime de pedofilia.

Em primeira instância, o pedido de tutela antecipada foi deferido, determinando-se que o Google deixasse de disponibilizar aos usuários qualquer resultado/*links* relativos à busca “Xuxa”, “pedófila” e “Xuxa Meneghel”, ou qualquer outra expressão similar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas sob pena de multa de R\$20.000,00 (vinte mil reais) para cada resultado positivo liberado.

Contra a referida decisão, o Google interpôs agravo de instrumento e, em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proveu parcialmente o agravo, limitando a liminar somente às imagens expressamente mencionadas pela Autora, sem, contudo, retirar os links da exposição dos resultados de busca.

Insatisfeito, o Google interpôs recurso especial e o Tribunal, ao analisar a sua responsabilidade, destacou que a sociedade contemporânea é dependente da internet, que é meio de consagração dos direitos comunicativos atuais.

⁹ STJ, Agravo de Instrumento n.º 1150577.

¹⁰ STF, Medida Cautelar na Reclamação 15.955.

Paralelamente, porém, contribuem na pesquisa de conteúdo ilícito, comuns no anonimato do ambiente virtual.

Afirmou ainda que a exploração comercial na internet se sujeita às “relações jurídicas de consumo, bem como a essa relação virtual, aplicando-se, conseqüentemente, o Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, não há que se falar em serviço defeituoso, tampouco em risco da atividade de modo a responsabilizar o Google pelas buscas feitas pelos usuários, afinal, “não se trata de provedor de conteúdo, bem como não há ingerência no conteúdo dos links indexados e indicados pelos provedores de pesquisa, sendo inviável a definição de critérios autorizativos do veto ou do descarte de certa página”. (MOREIRA; MEDEIROS, 2016, p. 90)

Ademais, seria insubsistente a imposição de critérios objetivos de restrição às pesquisas, uma vez que o ser humano acabaria encontrando meios de burlar as restrições de busca, estimulando a ação de *hackers*.

Por fim, destacou que “não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação”; e que, se a vítima identificou, por meio da URL, quem praticou o ato ilícito ao divulgar o conteúdo sem autorização, esta não tem motivos para demandar contra o provedor que apenas facilita o acesso ao ato. (BRASIL, STJ, 2014)

Novamente, se discutiu o direito ao esquecimento enquanto meio de garantir a manutenção da privacidade e da intimidade violadas pelo livre acesso à informação e pela liberdade de imprensa. Além disso, verificou-se a ocorrência do chamado “Efeito Streisand”¹¹, tendo em vista o fato de que, à medida em que Xuxa fora empenhando esforços para apagar tal evento de sua história, mais este se tornou conhecido, dificultando a implementação de seu direito.

2.2.4 Caso Nissim Ourfali

Nissim Ourfali, um adolescente de família judia, morava em São Paulo e, para comemorar seu aniversário 13 (treze) anos, idade que marca a transição para a maioridade religiosa, decidiu gravar um vídeo como convite à celebração de seu *bar-mitzvah*. Veja-se a transcrição da letra da música presente no vídeo:

¹¹ Fenômeno descrito na página 28.

Nasci aqui 13 anos atrás, e minha história agora eu vou contar
 Eu sou Nissim, Nissim Ourfali, sou um menino que estuda e vai no
 Netzah,
 Duas irmãs e um irmãozinho, minha família é um show!
 E os meus pais são demais, como eles não tem,
 Quando a gente viaja é irado, é 10!
 Mas o melhor é quando vamos pra Baleia,
 Eu sou o Nissim Ourfali,
 Jogo basquete e vou pra Vila Boim, em casa é só videogame, PC e TV
 Mas não bagunço não e sou bom aluno,
 Eu sou Nissim Ourfali, e esse é o meu Bar Mitzvah!
 Gosto de Friends, de Big Bang, e pra escutar, pop e um sertanejo
 Dizem que sou bem-humorado, inteligente e também desligado
 Fui pra Israel e curti demais, doei um Sefer Torá,
 E os meus pais são demais, como eles não tem,
 Quando a gente viaja é irado, é 10!
 Mas o melhor é quando vamos pra Baleia,
 Eu sou o Nissim Ourfali,
 Em Israel fomos lá pro norte, teve caiaque, kinnerete tirolesa
 A motolância e também teve a colheita
 Eu sou Nissim Ourfali, e esse é o meu Bar mitzvah! (YOUTUBE, 2012)

O vídeo é uma paródia da música “*What makes you beautiful*”, do grupo One Direction, e acabou ficando muito famoso em 2012 após seu pai o ter disponibilizado no YouTube no modo público, ao invés de privado, o que era a intenção da família. Em um mês, o vídeo teve nada menos que 3 milhões de visualizações, mas o menino acabou sendo alvo de chacota e de vários *memes*¹². As repercussões acabaram atingindo a toda a família, o que resultou no ajuizamento de ação em desfavor do Google, dono do site de vídeos YouTube, para que retirasse todos os vídeos do ar (TJSP, Processo número 583.00.2012.192672-8).

Não se pretende qualquer indenização, mas tão somente a exclusão do conteúdo na internet, com o objetivo de proteger a imagem e a privacidade de Nissim.

Quando do ajuizamento da ação, fora concedida antecipação de tutela para a retirada do clipe em algumas páginas. Todavia, a partir de um determinado momento, não se vislumbrou mais o efeito prático da decisão, tendo em vista o fato de que o conteúdo continuou sendo republicado em vários outros sites.

No entanto, a 1ª Vara Cível de São Paulo, em sentença, negou o pedido formulado por entender ser impossível a retirada de todo material sem a indicação das URLs específicas, principalmente porque, na internet, o conteúdo se reproduz em larga escala.

¹² Termo utilizado para designar piadas rápidas na internet.

A família de Nissim Ourfali, porém, recorreu, e o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que o Google removesse de seus servidores todos os vídeos em que aparecesse o menor (BRASIL, 2016). A empresa informou que vai recorrer, mas não foi possível a obtenção de novas informações a respeito da tramitação do feito em razão do segredo de justiça.

2.3 O Direito ao Esquecimento na Alemanha

Os principais casos envolvendo o Direito ao Esquecimento (caso Lebach e Lebach II) foram tratados em tópico anterior, sendo desnecessária a rediscussão dos fundamentos utilizados pelo Tribunal. Passa-se, assim, à análise do tratamento conferido a tal direito subjetivo, sendo importante destacar desde logo que não se pretende aprofundar tanto nessa abordagem, que não tem pertinência direta com o objeto de estudo.

Sendo o precursor nas discussões que se referem ao Direito ao Esquecimento, e já tendo julgado *leading cases* sobre o tema, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha goza de prestígio quando se discute a efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

Nos casos Lebach, o Tribunal se deparou com dois grandes valores constitucionais em conflito. De um lado, a intimidade do sujeito e os atributos decorrentes de sua personalidade; e, de outro, a liberdade de imprensa. Cabe ao intérprete, ao se deparar com situações dessa natureza, visualizar o ordenamento como uma unidade, e não como normas distintas.

A partir de então, a melhor saída é aplicar a ponderação de princípios, concebidos como componentes essenciais da ordem democrática, e por isso devem ser harmonizados em caso de conflito. Importa analisar o quanto a notícia intervém na personalidade de determinado indivíduo; e até que ponto esta garante a satisfação social. (SARLET, 2015)

Faz-se uso, dessa forma, do chamado Princípio da Concordância Prática, que pressupõe que, em caso de conflito de bens protegidos constitucionalmente, ambos os direitos sejam garantidos com equilíbrio e proporcionalidade de acordo com o caso concreto. (GUEDES, 2014)

Exatamente por isso o julgamento dos casos Lebach e Lebach II divergem, eis que a ponderação em cada um dos casos fez com que os bens protegidos

fossem distintos em cada um deles.

2.4. O Direito ao Esquecimento nos Estados Unidos da América

Dois casos envolvendo o Direito ao Esquecimento julgados nos Estados Unidos merecem destaque. O primeiro deles, *Melvin versus Reid*, data de 1931, e ficou conhecido como *Red Kimono*, tendo sido julgado pela Suprema Corte da Califórnia.

Trata-se de pedido de reparação formulado por Gabrielle Darley Melvin, antiga prostituta, que teve episódios de sua vida divulgados em um filme chamado *The Red Kimono*, que narrava um crime de homicídio do qual havia sido acusada e julgada.

De acordo com Melvin, tal fase já havia sido superada, tendo sido abandonado o antigo estilo de vida e se reabilitado em relação aos crime cometido. A mesma havia se casado com Bernard Melvin, passando a viver uma vida exemplar e honrosa, e, por isso, assumiu lugar respeitável na sociedade, e os erros do passado eram desconhecidos pelos amigos.

A autora alegava que a divulgação do filme abalaria seu direito à privacidade, eis que traria à tona episódio já superado de sua vida, causando-lhe danos de ordem psíquica e mental. Alega, ainda, que o conteúdo fora produzido sem a sua autorização e com seu verdadeiro nome de solteira.

Para julgar o caso, a Suprema Corte da Califórnia utilizou-se dos ensinamentos de Louis Brandeis e Samuel Warren, autores da obra *The Right to Privacy*, publicada na *Harvard Law Review* em 1890, a qual já fora abordada anteriormente.

Entendeu-se que o fato de o episódio narrado no filme se encontrar em processo judicial seria suficiente para negar seu direito à privacidade. Entretanto, embora reconhecida a inexistência de lei específica que permitisse o ajuizamento de ação indenizatória baseada no direito à privacidade, seria possível embasar no disposto no artigo 1º da Constituição da Califórnia, que previa o direito fundamental de perseguir e obter felicidade, sem a intervenção de terceiros em sua liberdade, reputação ou exercício da propriedade. (FRAJHOF, 2019)

Assim, entendeu-se que a publicação da história em momento posterior poderia configurar uma violação à privacidade. Perceba-se que, mais uma vez, o

critério temporal fora preponderante na decisão envolvendo o direito de esquecer e ser esquecido.

O segundo caso que merece ser narrado é *Sidis versus F-R Publishing Corporation*, julgado pela Corte de Apelação do Segundo Distrito dos Estados Unidos em meados da década de 40.

William James Sidis era considerado um garoto prodígio, extremamente estimulado por seu pai, que aos 11 anos dava aulas a matemáticos sobre as quatro dimensões corporais e, aos 16 anos, havia se formado na Universidade de Harvard. Apesar de sua genialidade, decidiu se afastar dos holofotes e viver uma vida mais reclusa. (FRAJHOF, 2019)

Em 1937, porém, a revista semanal *The New Yorker* decidiu fazer uma matéria, sem a sua autorização, contando sobre sua história, com o título “*Where are they now*”¹³, e o subtítulo “*April Fool*”, fazendo referência ao dia da mentira.

Na matéria, de forma impiedosa, detalhes íntimos de sua vida pessoal são expostos, fazendo um paralelo entre sua personalidade antiga e atual, descrevendo o garoto prodígio como solitário, estranho, bagunceiro e comentando, inclusive, sobre sua risada estranha. Ao final, escreve que William vivia em “um quarto no corredor no extremo sul de Boston”, região miserável. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1940)

Irresignado com a exposição e a forma como sua imagem fora retratada, William requereu indenização à revista, em razão da violação de sua privacidade. A Corte também fez uso do artigo escrito por Louis Brandeis e Samuel Warren, entendendo, porém, que não seria prudente censurar informações a respeito da vida de Sidis, que era figura pública e, em razão disso, despertava o interesse da sociedade. Assim, o pedido foi julgado improcedente ao argumento de que:

Mas, apesar da opinião eminente do contrário, ainda não estamos dispostos a dar a todos os detalhes íntimos da vida privada uma imunidade absoluta em relação à inquirição da imprensa. Todos concordarão que, em algum momento, o interesse público em obter informações torna-se dominante em relação ao desejo de privacidade do indivíduo. Warren e Brandeis estavam dispostos a levantar o véu um pouco no caso de oficiais públicos. Nós iríamos mais longe, apesar de ainda não estarmos preparados para dizer até onde. Pelo menos permitiríamos um exame limitado da vida “privada” de qualquer pessoa que tenha conseguido, ou tenha investido nele, o status questionável e indefinível de uma “figura pública”. (ESTADOS UNIDOS DA

¹³ Tradução: “Onde estão eles agora”.

AMÉRICA, 1940, tradução nossa) ¹⁴

Como se verifica, os resultados dos casos expostos foram diferentes, aplicando, porém, o mesmo entendimento doutrinário que consagrou o Direito ao Esquecimento nos Estados Unidos.

Sobre a visão norte americana de tal direito, trata-se de visão mais liberal quanto à liberdade de expressão, de modo que a cultura jurídica de tal país dificilmente aceitaria a proibição da divulgação de fatos que já fossem de conhecimento público. (FRAJOF, 2019)

2.5. O Direito ao Esquecimento na França

Na França, surgiu a expressão *droit à l'oubli* (direito ao esquecimento) a partir dos comentários feitos pelo Professor Gerard Lyon-Caen sobre a decisão proferida pela Corte de Apelação de Paris em 1967.

O caso, conhecido como *DelleSegret versus Soc Rome Film*, tratou de ação indenizatória proposta por Mme. S., ex-amante do *serial killer* Henri Landru, após a exibição de um documentário ficcional que apresentava trechos de sua vida pregressa com menção direta ao seu nome, o que não havia sido autorizado. (FRAJHOF, 2019)

Como fundamento para o ajuizamento de tal demanda, a autora alegava que a exibição lhe trouxe dor e violou a chamada *prescrição do silêncio* (*la prescription du silence*). O que, na verdade, Mme. S. quis reivindicar foi o direito ao esquecimento, conforme explicado pelo Professor Lyon-Caen.

A ação, porém, foi julgada improcedente ao argumento de que tais fatos já haviam sido levados a público pela própria Autora, que publicou um livro de memórias.

No ano de 1983, outro caso envolvendo o direito ao esquecimento na França ganhou repercussão. Trata-se do caso *Madame M. versus Filipacchi et Cogedipressi*, no qual a Autora teve sua imagem divulgada na revista *Paris Match*,

¹⁴ No original: But despite eminent opinion to the contrary, we are not yet disposed to afford to all of the intimate details of private life an absolute immunity from the prying of the press. Everyone will agree that at some point the public interest in obtaining information becomes dominant over the individual's desire for privacy. Warren and Brandeis were willing to lift the veil somewhat in the case of public officers. We would go further, though we are not yet prepared to say how far. At least we would permit limited scrutiny of the "private" life of any person who has achieved, or has had thrust upon him, the questionable and indefinable status of a "public figure. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1940)

como criminosa, sendo acusada pelo assassinato do filho e da mulher de seu amante.

A Corte de Apelação de Paris reconheceu a violação de sua honra, mencionando e reconhecendo expressamente o direito ao esquecimento. Firmou-se entendimento no sentido de que “não seria justificável, em prol do interesse público em ter acesso à informação, a divulgação de matéria jornalística contendo informações pessoais de determinada pessoa, relativa ao seu envolvimento em uma tragédia ocorrida há quinze anos”, de modo que a divulgação violou o direito à privacidade da Autora. (FRAJHOF, 2019, p. 61)

Em 1990, porém, outro caso envolvendo o direito ao esquecimento fora julgado, tendo sido reinterpretado tal direito. Na ação, conhecida como *Mme Monanges versus Kern*, a Autora discutia a violação de sua vida privada em razão de o Réu, um resistente nazista, ter publicado um livro de memórias onde, em um dos capítulos, registrou o julgamento e a condenação de um colaboracionista e de sua amante, Madame Monange. (FRAJHOF, 2019).

O livro fora publicado 40 (quarenta) anos após tal condenação e, de acordo com Mme Monanges, não fazia menção ao fato de ela ter sido beneficiada pelo instituto da graça em 1947, se encontrando reabilitada desde 1951.

A corte, porém, afirmou que os fatos divulgados de forma lícita e que fossem alvo de demanda judicial ou já tivessem sido debatidos pela imprensa local não pertenceriam mais à esfera privada dos indivíduos, não sendo passível de proteção pelo direito ao esquecimento. O entendimento foi reafirmado em 2013, no relatório da Corte, no qual decidiu-se que o *droit à l’oubli* não era considerado um princípio constitucional. (FRAJHOF, 2019)

2.6 O Direito ao Esquecimento na internet – uma ofensa à intimidade

O Direito ao Esquecimento é alvo de estudos desde 1890, quando a expressão fora criada. Todavia, vem ganhando espaço nas discussões da sociedade contemporânea, caracterizada pela globalização, pela massificação da informação e pelas inúmeras possibilidades tecnológicas (MOREIRA; MEDEIROS, 2016).

A internet nasce com o DNA militar, fruto da guerra fria, capitaneada principalmente pelos Estados Unidos e pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), com o objetivo de descentralizar informações no Pentágono a

fim de evitar que possíveis ataques viessem a causar perdas irreparáveis de documentos do governo. (BITTAR, 2019)

Apesar do crescente avanço tecnológico, a internet apenas teve seu “boom” em meados da década de 90 com a criação da World Wide Web pelo cientista Tim Berners-Lee; e, posteriormente, com a criação do protocolo HTTPS (HyperText Transfer Protocol Secure) pela empresa norte-americana Netscape.

Com o cabeamento do *wi-fi*, a internet passou a ter sua maior acessibilidade, sendo utilizada por espantoso número de pessoas das mais variadas culturas. Percebeu-se uma revolução nas estruturas comerciais de todo o mundo, na forma de se relacionar e na maneira de se propagar e divulgar notícias.

Na era da *cybercultura*, pode-se afirmar que a globalização” está na ordem do dia. Trata-se de uma encantação mágica, capaz de abrir portas de todos os mistérios presentes e futuros, irreversível e irremediável. (BAUMAN, 1999)

Apreendeu-se a fazer uso da tecnologia, mas não a controlar seu uso, o que pode causar danos aos direitos da personalidade dos usuários em razão da confusão entre o público e o privado. (BAUMAN, 2013)

Foi visto em outra oportunidade que a internet vive uma era cada vez mais social, de modo que a privacidade se tornou um problema grave na atual sociedade da informação (LIMA, 2013). O uso de dados pessoais na rede mundial de computadores, quando feito de forma irresponsável, pode trazer todo o tipo de consequência.

Neste sentido, Stefano Rodotà ensina que a proliferação tecnológica nem sempre é manipulada adequadamente, inclusive pelas autoridades nacionais e internacionais. (RODOTÀ, 2008).

Que tipo de informação pessoal os indivíduos disponibilizam em suas redes sociais? Quantas são as fotos postadas e os lugares marcados que indicam onde é frequentado? Quantos usuários de *smartphones* leem as políticas de privacidade antes de fazer uso de aplicativos?

Tornou-se muito difícil controlar a manipulação dos dados pessoais, motivo pelo qual a autodeterminação afirmativa mostra-se relevante. Daniel Evangelista, citando Christophe Lazaro e Daniel Le Métayer, ensina que o direito de autodeterminação possui três aspectos: o da coleta, uso e correção. O usuário deve saber quais informações pessoais são coletadas e como estão sendo usadas, manipuladas, lhe sendo possível a correção de seus dados pessoais.

Constata-se que controlar os dados pessoais expostos sem autorização e de forma indevida é um dos grandes desafios da contemporaneidade, de modo que vem ocorrendo a eliminação da divisão entre as esferas do privado e do público no que se refere à vida humana. A atual sociedade, envolta na *hiperinformação*, tem de se confrontar com riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, os quais emanam da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e vice e versa], e sua gradual, mas contínua transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira. (BAUMAN, 2013)

Na era das Tecnologias de Informação e Comunicação, acostumou-se com a alta velocidade de compartilhamento de informações e facilidade de pesquisas. A internet garante o anonimato, a manipulação de conteúdos, exposição independentemente da vontade dos indivíduos. Trata-se de terreno fértil à prática de atos ilícitos.

Soma-se ao fato de as informações alcançarem um público cada vez maior, a facilidade, graças a avanços tecnológicos, para obtenção de fotos e vídeos, o que ocorre, algumas vezes, sem qualquer filtro ou razoabilidade, ofendendo a intimidade e a vida privada.

Além do mais, os acontecimentos ficam eternamente armazenados e disponíveis por tempo indeterminado, motivo pelo qual afirma-se que a internet não admite esquecimento. Em verdade, a falta de um botão *delete* na internet é um problema significativo. Há um momento em que o apagamento é uma coisa certa. (SCHMIDT apud WELCH, 2013).

Muito se discute a possibilidade de fazer uso do direito ao esquecimento na internet, se é o caso de mera desindexação de URLs, se se deve suprimir os dados pessoais de um indivíduo de modo a preservar seus direitos da personalidade sem suprimir o livre acesso à informação.

Seja como for, o Poder Judiciário já se deparou com casos em que a internet potencializou a violação da imagem, da privacidade e da intimidade de alguns. Dois casos devem ser destacados para melhor compreensão: o Caso Cicarelli e o Caso Carolina Dieckmann.

Em meados de 2007, a modelo Daniela Cicarelli foi flagrada em momentos íntimos com Tato Malzoni na praia de Cádiz, na Espanha, por um paparazzo. Após ter sido divulgado na internet, o vídeo se espalhou em velocidade impressionante, o que resultou em ação judicial movida em desfavor do Google e do YouTube, na qual

se pleiteou a retirada do material do ar.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, entendendo que as Réis não tinham autorização do casal para a veiculação das imagens, e que estas não atendiam a interesse público, determinou a cessação da veiculação sob pena de multa diária de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Alegando o descumprimento da decisão, Daniela e Tato pleitearam o pagamento de R\$ 96.324.773,90 (noventa e seis milhões trezentos e vinte e quatro mil setecentos e setenta e três reais e noventa centavos), o que foi deferido, ensejando a interposição de Agravo de Instrumento pelos réus. A Quarta Câmara de Direito Privado deu parcial provimento, determinando a aferição do valor da multa mediante liquidação por arbitramento. Os autores opuseram Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados e, em seguida, interpuseram Recurso Especial.

A Quarta Turma do STJ, então, entendeu que o procedimento de liquidação era inócuo e irrelevante para o caso concreto porque o próprio acórdão havia reconhecido o descumprimento da tutela antecipada. Sendo incontroverso o descumprimento por um período, reduziu a multa cominatória para R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para cada um dos Autores.

Percebe-se que, mesmo havendo decisão que determina a retirada de determinado conteúdo do ar, sua eficácia não é imediata e não necessariamente produz o efeito desejado, já que vídeos e fotos serão armazenados e compartilhados na forma privada no futuro, ainda que próximo.

Em face da decisão, Daniela interpôs Embargos de Divergência, os quais foram indeferidos por ausência de similitude fática em relação àquele objeto de comparação. Inconformada, manejou Agravo Regimental, tendo o STJ negado provimento.

A Autora, então, interpôs Recurso Extraordinário, porém, em 2018, requereu a desistência do recurso, o que foi homologado aos 24 de abril do mesmo ano, já tendo transitado em julgado. (BRASIL, 2017)

Os esforços empenhados por Daniela e Tato foram consideráveis, tendo sido debatido o direito ao esquecimento enquanto extensão do direito à privacidade e à intimidade na era da internet.

No caso que envolve a atriz Carolina Dieckmann, também se verificou a violação da intimidade no âmbito da internet, todavia com contornos diferentes,

confirmando que o espaço virtual vive uma onda descontrolada de crimes.

A atriz, em maio de 2012, fora vítima da ação de *hackers* que invadiram seu computador e subtraíram arquivos pessoais. Como consequência, teve 36 (trinta e seis) fotos em situações íntimas e conversas publicadas sem a sua autorização, e rapidamente se espalharam pela internet principalmente através das redes sociais.

Além de ter sofrido com a violação de sua privacidade no que tange à invasão de seu computador, e ter sido ilicitamente exposta, sofrendo também com o uso indevido de sua imagem, a atriz foi vítima de extorsão, pois os bandidos pleitearam o equivalente a R\$10.000,00 (dez mil reais) para que as fotos não fossem publicadas. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2013)

Profissional, esposa, mãe de dois filhos, Carolina ficou muito abalada com o ocorrido e abraçou a causa, tendo concedido seu nome para a lei número 12.737/2012, que promoveu alterações no Código Penal.

A nova lei considera crime uma série de condutas praticadas no ambiente virtual, conforme a seguir:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa;

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput;

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico;

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos;

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (BRASIL, 2012)

Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Art. 266.. [...]

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular

Art. 298. [...] Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput , equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito. (BRASIL, 2012)

Diferentemente do Caso Cicarelli, não houve o ajuizamento de ação alguma em desfavor do Google. Isso porque, conforme o advogado de Carolina Dieckmann, não há a pretensão de que essas fotos não sejam veiculadas porque, “infelizmente, as mídias sociais são isso”. O profissional ainda afirma que:

Não estamos sendo intransigentes. O nosso objetivo é, francamente, resolver isso e fomentar a discussão que agora está posta. [...] Não quero discutir o controle da social sob o aspecto da censura, mas pelo viés da responsabilidade e da ética”. (VEJA, 2012).

Todavia, reconhecendo o ilícito, o Google banuiu boa parte das fotos disponíveis no campo de buscas, tendo reduzido consideravelmente a procura. Mesmo assim, ainda é possível encontrar algumas de suas fotos na internet.

Conclui-se que a sociedade contemporânea vive uma era de superexposição, de exploração midiática, de facilidade na obtenção e no compartilhamento das informações, o que se dá sem qualquer tipo de filtro, ignorando, inclusive, os limites morais. É, justamente, na internet, que o Direito ao Esquecimento mais encontra dificuldade de se perpetuar.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. SURGIMENTO E ESFORÇO CONCEITUAL

Todo indivíduo, enquanto pessoa, possui personalidade jurídica, entendida como instituto *sui generis*, de um lado como sendo a aptidão genérica para contrair direitos e obrigações na ordem civil, e, de outro, como os direitos da personalidade. (ALMEIDA, 2019)

Todavia, quando se faz uma análise das legislações aplicadas no mundo clássico, percebe-se que nem todos os seres humanos eram classificados como titulares de direitos. Havia grande distinção no tratamento dos homens livres e dos escravos. A ideia de liberdade possuía valor secundário e era resultado de situação política: o homem era livre por ser cidadão. Assim, afirma-se que o *status liberatis* era uma decorrência do *status civilizatis*. (SÁ; NAVES, 2017, p. 3)

Na antiguidade clássica, os primeiros vestígios de preocupação pela integridade humana podem ser encontrados no Código de Hamurabi (séc. XVIII a.C.), que previa, por exemplo, nos artigos 195 a 214, penas corporais e pecuniárias para os casos em que se cometessem atentados contra a integridade física e moral das pessoas.

A categoria dos direitos da personalidade, porém, é recente, fruto das doutrinas francesa e alemã, que datam da segunda metade do século XIX, reconhecendo a existência de direitos inerentes ao homem, essenciais à condição humana. Nesse período, as teorias que visam proteger o ser humano ganharam destaque “graças ao cristianismo (dignidade do homem), ao jusnaturalismo (direitos inatos) e ao iluminismo (valorização do indivíduo perante o estado)”. (FIUZA, 2015, p. 22)

Na sociedade moderna, a questão ganhou importância graças ao discurso humanista, que consagrou o homem como fundamento de todas as discussões, engendrando novo paradigma político, jurídico e epistemológico, que atingiu seu auge com as declarações de direitos dos séculos XVII e XVIII. Reconheceu-se, assim, a necessidade de proteger o homem do Poder (Estado) e dele mesmo (relações privadas). (ALMEIDA, 2012)

Por isso, afirma-se que a porta de entrada dos direitos da personalidade foi o Direito Público, que se encarregou de tentar proteger o homem diante do Poder, o que recebeu o nome de liberdades públicas. Elaborou-se a Magna Carta (1215), o

Bill of rights (1689), a Declaração Americana (1776), a Declaração Francesa (1789), a Declaração Universal da ONU, dentre outras.

Isso não significa que hoje os direitos da personalidade sejam apenas públicos, eis que, com a evolução do capitalismo industrial e a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma mudança na perspectiva. O Estado Liberal foi substituído pelo Estado Social, intervencionista e protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam a integrar a esfera privada, de modo a proteger o indivíduo e sua dignidade contra o mais forte. Portanto, trata-se de direito pertencente a ambas as esferas. (FIUZA, 2015)

Na esfera pública, porém, recebem o nome de direitos humanos ou direitos fundamentais. Isso porque, os direitos humanos são, em princípio, os mesmos direitos da personalidade, porém, não se pode esquecer que, quando se fala em direitos humanos, faz-se referência aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando deseja-se protegê-lo contra as arbitrariedades do Estado. Quando se examinam os direitos da personalidade, encontra-se os mesmos direitos, porém sob o ângulo privado, ou seja, relações entre particulares. (TEPEDINO, 2008)

Seu surgimento no ordenamento jurídico não se deu por meio de uma única teoria, que partisse de um conceito geral, do qual decorressem espécies distintas e identificáveis, passíveis de classificação. Em verdade, foram paulatinamente reconhecidos, e, na maior parte das vezes, pela jurisprudência. (LARENZ, 1999)

Em razão disso, há certa dificuldade em conceituar os direitos da personalidade e em precisar sua natureza, seu conteúdo e sua extensão. Enquanto a doutrina parece buscar em paradigmas passados as bases para as soluções de controvérsias surgidas na sociedade contemporânea, os avanços tecnológicos expõem os indivíduos a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina (TEPEDINO, 2008).

O conceito que mais se adequa à abordagem feita no ordenamento jurídico brasileiro é aquele formulado por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato, que ensinam que “os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna”. (SÁ; NAVES, 2017, p. 18)

São, portanto, aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais do indivíduo, tais como a vida, a intimidade, o nome, a imagem, a honra, entre outros. (GAGLIANO, 2004)

Francisco Amaral ainda complementa tal concepção, alegando que os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto moral, intelectual e físico. (AMARAL, 2006)

Noutras palavras, são os direitos que dizem respeito à tutela da pessoa humana, voltados para os aspectos extrapatrimoniais, e inerentes ao homem. Trata-se de proposição jurídica instituída por norma de direito fundamental que visa assegurar e proteger o homem em suas relações. Vislumbra-se sua importância nos ensinamentos de Adriano de Cupis (2004):

existem 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 subjectivos 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. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade. (CUPIS, 2004, p. 17-18)

Ainda que não se tenha esgotado o surgimento dos direitos da personalidade e as teorias que envolvem sua conceituação, por não ser este o objetivo do presente trabalho, passa-se a estudar a recepção dos direitos da personalidade do direito brasileiro.

3.1. Os direitos da personalidade e o ordenamento jurídico brasileiro

A personalidade, ou a capacidade jurídica, normalmente é definida como a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Não se identifica com direitos ou obrigações em si, e nem é mais do que a essência de simples qualidade jurídica. (CUPIS, 2004)

Qualidade jurídica é fruto do direito positivo, e não uma realidade que já se encontra constituída na natureza. A susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, porém, não está menos vinculada ao ordenamento que os direitos e obrigações. O ordenamento jurídico é, portanto, árbitro na atribuição da personalidade. (CUPIS, 2004)

Dentre as doutrinas estrangeiras que buscaram classificar os direitos da personalidade, cita-se aquela elaborada por Adriano de Cupis, que dividiu os direitos da personalidade em 06 (seis) espécies: **i)** direito à vida e à integridade física; **ii)** direito sobre as partes separadas do corpo e o direito sobre o cadáver; **iii)** direito à

liberdade; **iv)** direito à honra, ao resguardo pessoal e ao segredo; **v)** direito à identidade pessoal, incluídos o direito ao nome, ao título e ao sinal figurativo); **vi)** direito moral do autor. (CUPIS, 2004)

De acordo com o Código Civil, a personalidade do indivíduo tem início com seu nascimento com vida e fim com sua morte, seja real ou presumida. Não obstante, os direitos inerentes à personalidade estão protegidos desde a concepção, através de proteção legal conferida ao nascituro, e se estendem além da morte. (CUPIS, 2004)

A tutela da personalidade se dá por dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, de modo que a Constituição Federal de 1988, ao dispor que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, confirma que a proteção do homem e de seus atributos é o cerne de toda a dogmática jurídica.

É, portanto, a Constituição Federal a sede principal dos direitos da personalidade, que prevê, de forma implícita, uma cláusula geral de tutela da personalidade (FIUZA, 2015).

Assim, o legislador elenca vários direitos da personalidade, denominando-os como fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, de modo que a lesão a tais direitos faz surgir o direito de resposta e eventual indenização por danos morais e materiais. (BRASIL, 1988)

Em resumo, os direitos da personalidade, enquanto atributo jurídico, estão devidamente protegidos pela Constituição, encontrando amparo em seu art. 1º, inciso III, em razão de o Estado Constitucional Democrático da atualidade ser um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano (SARMENTO E CASTRO, 2005).

Ocorre que, como se pode perceber, o constituinte originário abordou a proteção dos direitos da personalidade de forma tímida, motivo pelo qual Bobbio defende que o ordenamento jurídico brasileiro precise de mais atuação e concretização de tais direitos. Não basta saber quais são, qual sua natureza e qual seu fundamento, e sim qual o modo mais seguro de garanti-los para impedir que sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004)

O Código Civil, por sua vez, dedica o Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral aos direitos da personalidade, expandindo os preceitos constitucionais, de maneira não exaustiva, conforme Enunciado 274 do CJF, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2006)

Trata-se de rol meramente exemplificativo, eis que são tantos os direitos da personalidade quanto necessários à proteção da pessoa (SZANIAWSKI, 2005).

De acordo com os artigos 11 e 12 do Código Civil, tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, sendo possível exigir que, em caso de ameaça ou lesão, sua cessação, além de reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (BRASIL, 2002).

Vislumbra-se, porém, mitigação em relação à impossibilidade de limitação dos direitos da personalidade, conforme Enunciados 4 e 139 do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

Enunciado 4: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. (BRASIL, 2002)

Enunciado 139: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. (BRASIL, 2004)

Das duas características apontadas acima, decorrem outras: a indisponibilidade, não podendo mudar de titular; a incomunicabilidade, não integrando comunhão e sendo, portanto, individuais; a impenhorabilidade; a imprescritibilidade, eis que podem ser defendidos a qualquer tempo em juízo ou fora dele; a perpetuidade, eis que vitalícios; e a oponibilidade *erga omnes*, podendo ser defendidos contra qualquer pessoa. (CASSETTARI, 2018)

Vale lembrar que, apesar da cessão de sua titularidade, o exercício do direito da personalidade pode ser cedido. É o que prevê o artigo 28 da lei n.º 9610/98, conhecida como Lei de Direitos Autorais. Confira-se: “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.”. (BRASIL, 1998)

Ainda em relação ao Código Civil, aborda-se, no artigo 13, a disposição do corpo vivo, sendo proibido, salvo por exigência médica, a disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os

bons costumes. Estende-se também tal vedação para fins de transplante. (BRASIL, 2002)

Tal vedação, porém, não se estende às cirurgias de transgenitalização, conforme Enunciado 276 do CJF, sendo possível, inclusive, a alteração de registro civil para melhor identificação com o gênero que se operou. (BRASIL, 2006)

Não apenas em vida é que se encontra vedação em relação à disposição do corpo, mas também em morte. É o que prevê o artigo 14, que permite a disposição gratuita, desde que para fins científicos ou altruísticos. (BRASIL, 2002)

O artigo 15, por sua vez, se dedica a discutir a submissão a tratamentos médicos e, conseqüentemente, aborda a morte digna, as diretivas antecipadas de vontade, o consentimento informado e, principalmente, o direito à informação. Tal dispositivo prevê que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002).

Os artigos 16 a 19 do Código Civil abordam o nome da pessoa natural e as questões dele decorrentes, prevendo o direito que todo indivíduo tem em relação ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, protegendo-o de publicações ou representações que exponham o indivíduo ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. No mesmo sentido, não é permitida a utilização de nome alheio em propaganda comercial. Conferiu-se, inclusive, proteção ao pseudônimo adotado para atividades lícitas. (BRASIL, 2002).

O artigo 20 versa sobre a imagem, prevendo que, salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a exposição e utilização da imagem de um indivíduo poderão ser proibidas, a seu requerimento, e sem prejuízo de eventual indenização, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Tal previsão se estende até mesmo para o morto e o ausente, podendo seus descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros, requererem essa proteção. (BRASIL, 2002).

O Enunciado 279 do CJF, porém, confirma que a proteção à imagem não se sobrepõe a outros direitos, sugerindo a ponderação em especial quando houver conflito com o acesso à informação e à liberdade de imprensa. Confira-se:

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. (BRASIL, 2006)

Por fim, o artigo 21 aborda a proteção da vida privada da pessoa natural, dispondo sobre sua inviolabilidade, o que, assim como os dispositivos mencionados anteriormente, vai de encontro com as diretrizes do Direito ao Esquecimento.

Conclui-se que o Código Civil não adota, de forma clara, uma cláusula geral de tutela da personalidade, o que será estudado mais adiante, mas propôs uma leitura do direito privado à luz dos princípios constitucionais, o que recebeu o nome de Constitucionalização do Direito Privado. (FIUZA, 2011)

3.2. Das tutelas inibitória e indenizatória

Conforme ensinam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato, a proteção dada ao titular do direito da personalidade é ampla, de modo que o ordenamento jurídico dispõe de meios para fazer cessar a ameaça a tal direito, seja atuando de forma preventiva, seja oferecendo mecanismos de remoção da violação do direito da personalidade, punindo o ofensor e reparando os danos sofridos pela vítima. (SÁ; NAVES, 2017)

O *caput* do artigo 12 do Código Civil prevê que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, admitindo dois gêneros de tutela processual dos direitos da personalidade: a tutela inibitória e a tutela indenizatória.

A tutela inibitória, também chamada de preventiva ou acautelatória terá lugar antes da prática do ato, uma vez que a própria ameaça a direito da personalidade pode ser considerada ato ilícito. Pretende-se evitar que determinada conduta seja praticada, impedindo a perpetuação de danos dela decorrentes.

A tutela inibitória dirige-se também à remoção ato ilícito continuado, tendo eficácia no sentido de impedir sua continuidade ou repetição por meio da remoção do ilícito. Ou seja, pela tutela inibitória, pretende-se evitar uma conduta lesiva ou a continuidade da atividade lesiva cujos efeitos ainda se propagam no tempo. (SÁ; NAVES, 2017)

Trata-se de tutela específica, que objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados

e outros não podem ser adequadamente tutelados por meio da tutela indenizatória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir. (MARINONI, 2012)

Neste sentido, o Enunciado 140 da III Jornada de Direito Civil prevê que as técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, devem ser interpretadas com resultado extensivo. (BRASIL, 2004)

Significa que os instrumentos processuais para prevenir a ocorrência de lesão podem ser solicitados pelo titular do direito, ou por seu representante, ou ser deferida *ex officio* pelo juiz. Lançou-se, portanto, sobre a tutela indenizatória o caráter de função jurisdicional de ordem pública. (SÁ; NAVES, 2017)

A ideia de prevenção do ilícito adveio do artigo “The Rights to Privacy”, de Warren e Brandeis, já abordado, no qual sugeriram duas formas de tutela do direito à privacidade, ou à personalidade: uma *injunction*, ou o ajuizamento de ação de responsabilidade civil quando o ato houver sido praticado e um dano tiver sido causado.

Por *injunction* entende-se ordem judicial que determina a prática (obrigação de fazer) ou a abstenção (não fazer). Em caso de urgência, assim como trabalha-se, no direito brasileiro, com a tutela de urgência, seria possível requerer uma concessão provisória/temporária. Ao fim, sendo procedente o pedido, a *injunction* era convertida em *perpetual injunction*; e, sendo improcedente, a vítima poderia se valer da ação judicial caso algum dano viesse a ser perpetrado.

A tutela indenizatória, por outro lado, conhecida também como reparatória, visa à reparação dos danos causados. “Trata-se de responsabilizar civilmente aquele que violou a situação subjetiva da personalidade, causando prejuízo físico e moral ao titular” (SÁ; NAVES, 2017, p. 49).

Em razão do princípio da reparação integral, busca-se reparar os danos sofridos pelas vítimas, retroagindo ao *status quo ante*, ressarcindo o prejuízo material e compensando os danos morais e estéticos.

Em tópico que se segue, será abordada a responsabilidade civil (tutela indenizatória) quando da violação do direito ao esquecimento.

3.3. Direito da Personalidade e Dignidade

Pretende-se aqui traçar um breve paralelo entre os direitos da personalidade e a dignidade, de modo a facilitar a compreensão de suas diferenças e a ligação entre ambos.

Dignidade deriva, etimologicamente, do latim *dignitas*, que significa merecimento, valor, nobreza. O dicionário brasileiro de língua portuguesa Michaelis define dignidade como “modo de proceder que transmite respeito; autoridade, honra, nobreza”. (MICHAELIS, 2019)

Em uma sociedade democrática, o conceito de dignidade depende de questões culturais, religiosas e éticas, não podendo ser analisada de maneira unívoca. “A ausência de um *ethos* comum impede que um único conteúdo de dignidade seja verdadeiro” (SÁ; NAVES, 2017).

Trata-se, portanto, de algo subjetivo e polissêmico, não sendo possível estabelecer como dignidade a concepção pessoal do que é bom, do que é digno.

Eleita como princípio fundamental da Constituição Federal, expressamente prevista no inciso terceiro, artigo primeiro, a dignidade classificada por Szaniawski como sendo um princípio “mãe”, de onde irradiam os demais direitos. (SZANIAWSKI, 2005). É, assim, a razão de ser dos direitos da personalidade.

Como princípio, trata-se de norma fluida, que depende do contexto em que se aplica, e que não se sobrepõe aos demais princípios. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato ensinam, com base nas considerações de Alexy, que, para aplicar um princípio, seu conteúdo será definido frente às condições fáticas e o caso concreto. Em abstrato, não possui conteúdo determinado, não podendo, sequer, colidir com outro princípio. Quando da aplicação ao caso concreto, por outro lado, deve o aplicador construir uma regra ou lei de aplicação. (SÁ; NAVES, 2017)

Se como princípio depende do caso concreto, como valor não depende apenas dessa variante, mas das experiências e valores que os envolvidos trazem consigo, o que confirma se tratar de conceito individual e determinante pelas experiências de vida. (SÁ; NAVES, 2017)

A dignidade se manifesta em três pilares: os direitos humanos, aos quais recorrem à Filosofia do Direito e ao Direito Internacional; os direitos fundamentais, a que se dedicam o Direito Constitucional e a Ciência Política, e os Direitos da Personalidade, objeto próprio das leis civis. (ALMEIDA, 2019)

Trata-se, portanto, de princípios que se complementam, vistos a partir de perspectivas diferentes.

Assim, e considerando a constitucionalização do direito privado, conclui-se que é a dignidade humana quem legitima a proteção da personalidade humana, razão pela qual se pode invocar o direito ao esquecimento.

3.4 A tutela da intimidade e da vida privada

Não há registros contundentes antes do final do século XIX de disciplina jurídica do direito à intimidade e à vida privada, que não as tutelas da Grécia e China antigas. Não significa, porém, que tais institutos deixaram de receber algum tipo de proteção mediante aplicação de princípios gerais ou de direitos assentados pela dogmática e jurisprudência até então.

A sociedade, até então de costumes simples e de valores agrários, não desafiava grau de complexidade relevante, sendo satisfatório o tratamento conferido aos conflitos que, porventura, surgiam. (SAMPAIO, 1998)

Todavia, à medida em que as relações humanas se tornaram mais complexas, em especial após o advento da internet, o ordenamento jurídico passa a ser desafiado, precisando se reinventar e tutelar de forma ampla os direitos da personalidade. Isso se deve em razão da corrosão das fronteiras da intimidade e do devassamento da vida privada ter se tornado mais agudo e inquietante na era tecnológica.

Assinalar os limites e abrangências dos direitos da personalidade, em especial em tempos em que a esfera pública e privada se misturam muito, tornou-se um dos grandes desafios da doutrina e da jurisprudência. (GIANOTTI, 1987)

Apesar de os direitos elencados pelo legislador como da personalidade se tratarem de rol meramente exemplificativo, pela leitura do Código Civil e da Constituição Federal, percebe-se menção expressa aos direitos à intimidade e à vida privada, o que passa a ser objeto de estudo para que se possa melhor compreender sua importância em relação ao direito ao esquecimento.

A intimidade e a vida privada são reflexos do inconformismo com a opressão e o arbítrio, e da afirmação da liberdade dos indivíduos, tanto em relação à intervenção estatal, quanto de terceiros.

Há quem defenda que intimidade e vida privada são expressões sinônimas, ou que a diferenciação dos institutos se mostra dispensável. (COSTA JR, 1970). Todavia, com tal posicionamento não se pode concordar.

Isso porque a Constituição Federal, ao tutelar a privacidade, reconhece, no inciso X do artigo 5º, a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, honra e imagem dos indivíduos, não havendo dúvidas de que assume se tratar de institutos diversos e autônomos. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, pode-se afirmar que a intimidade e a vida privada emanam da privacidade, sendo esta gênero, e aquelas, espécie. Noutras palavras, “vida privada, mais reservada ao círculo familiar ou de amigos próximos, divide-se entre a intimidade e a privacidade propriamente dita, com proteção expressa no inciso X do artigo 5.º da Constituição da República”. (BITTAR, 2019, p. 16)

Intimidade deriva do latim *intimus*, que significa relacionar-se por dentro, e, portanto, se refere àquilo que é íntimo, que é interior. É, portanto, o bem jurídico mais pessoal.

Assim, pode ser conceituada como a necessidade de encontrar na solidão a paz e o equilíbrio prometidos pela vida moderna; de manter-se, a pessoa, caso queira, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, protegida da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos. (COSTA JR., 1970)

Corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só¹⁵, de se resguardar da espionagem e da divulgação de dados obtidos ilicitamente; e está ligado ao modo de ser e à sua identidade. Seu aspecto, é, portanto, individualista.

A Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade, realizada em Estocolmo em 1967, definiu intimidade como sendo o direito essencial do homem de viver sua vida de forma independente, com ingerência alheia mínima, o que confirma que, apesar de tratar de direito da personalidade, este não é absoluto e nem se sobrepõe aos demais direitos.

As legislações vigentes tutelam o sigilo da correspondência, a inviolabilidade de domicílio, a divulgação indevida da imagem e, ainda, a intimidade em si, podendo esta ser percebida como direito ao segredo, à reserva. (GRINOVER, 1976).

A vida privada, por sua vez, diz respeito aos hábitos e relacionamentos de determinado indivíduo. Trata-se do “poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar” (SZANIAWSKI, 1993)

¹⁵ Sobre o direito de ser deixado só, importante destacar que tal conceito fora formulado por Warren e Brandeis, no artigo intitulado “The right to privacy”, já mencionado anteriormente.

Tutelada pelo artigo 21 do Código Civil, o instituto assegura o direito que todo indivíduo tem de ser e viver a vida da forma como deseja, podendo escolher quanto a se informações que dizem respeito a tais fatos devam ser divulgadas ou não.

Os institutos, portanto, apesar de similares e complementares, comportam diferenças e são essenciais na personalidade humana e, conseqüentemente, na garantia de sua dignidade.

3.5 Natureza Jurídica dos Direitos da Personalidade

Por muito tempo debateu-se acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade, questionando como seria possível haver uma categoria dos direitos da personalidade cujo titular se confundia com o próprio bem tutelado. (SÁ; NAVES, 2017)¹⁶ Conforme aponta Juliana Evangelista de Almeida (2017),

No embate para se estabelecer qual a natureza jurídica desses direitos é importante salientar que a doutrina civilista da época afirmava o dogma da vontade. Acreditava-se que a vontade, manifestação da liberdade nas relações privadas, deveria ser protegida a todo custo. Assim, não se admitia a intervenção do Estado na vontade dos indivíduos, exceto para fazer cumprir essa vontade ou para se garantir que essa vontade nascesse de forma livre, ou seja, sem vícios do consentimento. No que concerne aos direitos da personalidade era essencial, na proteção dos interesses privados que esses direitos fossem protegidos, tais quais os direitos subjetivos. (ALMEIDA, 2017, p. 55).

A solução de tal anseio não se deu de forma simples, tendo surgido duas teorias opostas que versavam sobre o reconhecimento dos direitos da personalidade: enquanto uma negava a sua existência, a outra reconhecia como direito subjetivo, conforme adiante. (SÁ; NAVES, 2017).

A teoria negativista, defendida por doutrinadores como Andreas Von Tuhr, Ludwig Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny, Frederico Castro y Bravo, Roubier, Unger, Dabin, Thon, dentre outros, nega autonomia estrutural aos direitos da personalidade ao defenderem que os direitos da personalidade não poderiam existir uma vez que a personalidade não poderia ser, simultaneamente, aptidão genérica

¹⁶ Como resposta a tal questionamento, Adriano de Cupis disserta que “a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui condição deles, ou seja, seu fundamento e pressuposto. Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas, para ser ‘susceptibilidade’, é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’”. (CUPIS, 2004, p. 21).

para a titularidade de direitos e objeto de direitos. Ou seja, pessoa não poderia ser objeto de direitos da própria pessoa. (ALMEIDA, 2010)

Defendem que não se trata de um direito, mas de situações específicas de tutela, sem que isso se revelasse um direito subjetivo sobre o próprio corpo, não recebendo, portanto, proteção do direito privado. Para se enquadrar em uma categoria de direito, seria necessário que seu titular fosse diferente do objeto. (CASTRO Y BRAVO, 1952)

A teoria negativista recebera críticas pelo fato de o homem, pelo simples fato de viver em sociedade, não deixa de ser indivíduo, e, assim, pode e deve ser considerado como tal em suas relações. “É por virtude de uma tal consideração que o ordenamento jurídico lhe confere determinadas posições de proeminência relativamente aos outros indivíduos”. (CUPIS, 2004, p. 22)

A teoria afirmativista, por outro lado, admite a existência dos direitos da personalidade, defendendo que, na tentativa de enquadrá-los na categoria dos direitos subjetivos, admite-se sua tutela pelo direito privado. (ALMEIDA, 2017).

Dessa forma, os direitos da personalidade passam a ser vistos como a susceptibilidade de ser titular de um direito ou uma obrigação, além de atributos inerentes ao homem.

Tal teoria mostra-se falha uma vez que nem sempre os direitos da personalidade serão direitos subjetivos. Tratam-se de direitos complexos, que apresentam natureza múltipla e integram normas jurídicas variadas, sendo, *a priori*, indeterminadas. Os direitos da personalidade podem ser direito subjetivo, direito potestativo, dever jurídico etc.

Assim, parece mais adequado considerar os direitos da personalidade como “bem jurídico necessário à manutenção da dignidade humana, que pode situar-se no mundo fático-jurídico por meio de várias situações subjetivas e não apenas de direito subjetivo”. (SÁ; NAVES, 2017, p. 30)

3.6 Tipificação

Além de discutir sobre a existência dos direitos da personalidade, discute-se se há um único direito da personalidade, do qual se originam diversos bens merecedores de tutela; ou se há uma diversidade de direitos da personalidade que reclama por uma tutela específica. Trata-se das teorias monista e pluralista,

respectivamente. Assim,

Há divergências quanto à forma de proteção dos direitos de personalidade: se se trata de uma lista de direitos autônomos entre si ou de um direito geral que tem como conteúdo a pessoa humana em seus vários aspectos, mas reunidos numa unidade. Isso revela a existência de duas correntes: a pluralista e a monista. (BORGES, 2007, p. 25)

A teoria monista, também chamada de unitária, é de origem germânica e foi desenvolvida a partir do século XX. Fundamenta-se no fato de a personalidade humana ser complexa, composta de diversos atributos, entendendo pela ineficácia da proteção de cada atributo de maneira independente.

Os monistas defendem que os direitos da personalidade, assim como o direito de propriedade, é uno, e, dessa forma, consiste em um direito geral da personalidade¹⁷ com vários desdobramentos, e regulados em lei. Não há que se falar, dessa forma, em vários direitos, mas em um direito geral da personalidade com vários desdobramentos, e regulados em lei. Considera-se o fato de o indivíduo ser uma unidade física, moral e intelectual. (TEPEDINO, 2008)

Noutras palavras, defende-se a existência de um único direito, do qual irradia a tutela de diversos bens jurídicos compreendidos na personalidade humana.

A teoria pluralista, por outro lado, defende que os direitos da personalidade são vários e, portanto, distintos, “podendo corresponder cada um a uma necessidade ou exigência distinta”. Assim, entendem que, embora a pessoa seja essa unidade, tem necessidades diferentes, como a de viver com honra, de viver com saúde, de ter um nome etc. (FIUZA, 2015, p.24)

Dentre os defensores de tal corrente, há quem entenda se tratar de rol meramente exemplificativo ou enumerativo, e, portanto, de tipicidade aberta; e quem acredite se tratar de rol taxativo, ou *numerus clausus*.

O Código Civil adotou a tipicidade aberta dos direitos da personalidade, optando por não os especificar ou os limitar, o que se confirma pela leitura dos artigos 11 a 21, e pelo Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

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

¹⁷ O chamado “direito geral da personalidade” foi criado após a segunda guerra mundial, precisamente na Alemanha.

humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2006) ¹⁸

Neste sentido, pode-se afirmar que

a concepção dos direitos de personalidade como uma série aberta de direitos encontra fundamento no art. 1º, III, da Constituição, que estabelece a dignidade humana como princípio fundamental, na forma de cláusula geral, e no §2º do art. 5º, que amplia a proteção da pessoa a todas as circunstâncias necessárias à garantia de sua dignidade, independentemente de tais garantias estarem previstas expressamente. Sempre haverá situações atípicas de risco à dignidade da pessoa humana. (BORGES, 2007, p. 29)

Qualquer disposição em sentido contrário seria considerada inconstitucional, uma vez que a ordem jurídica é considerada um sistema aberto de normas no que se refere à proteção da pessoa. (SÁ; NAVES, 2017)

A tipificação clássica dos direitos da personalidade se mostra insuficiente para a promoção da proteção da pessoa humana, pois enxergam os direitos da personalidade como direitos subjetivos de caráter patrimonial. As técnicas ressarcitória (lesão-sanção) mostram-se parcas quando se busca compreender o fundamento da Constituição Federal.

A escolha da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º, CF/88) representa a adoção de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, o que culmina na contraditoriedade da percepção de tal direito por seu caráter patrimonial.

Pode-se afirmar, assim, que os direitos da personalidade, ainda que considerados subjetivos, “não podem ser comparados aos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais”, assim como não se pode associá-los apenas à situações-tipo, apenas conferindo enfoque às tutelas ressarcitória/compensatória. Igualmente, é ineficaz seu agrupamento em um único direito geral da personalidade.

Propõe-se o estabelecimento de uma cláusula geral de tutela da personalidade, capaz de consagrar a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores supremos do ordenamento. (FIUZA, 2015).

Ao consagrar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte se propõe à proteção

¹⁸ O artigo 11 do Código Civil confirma a impossibilidade de limitação dos direitos da personalidade em um rol taxativo ao dispor que: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. (BRASIL, 2002)

do indivíduo em todos os seus aspectos, e não especificamente a um direito subjetivo ou a vários direitos da personalidade. Apenas assim é possível promover e proteger os direitos da personalidade.

Sendo ampla a proteção que se busca conferir por meio da concepção dos direitos da personalidade como cláusula geral, desnecessária se faz sua classificação porque nenhuma classificação será completa o suficiente.

4 DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DO LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, prevê que nenhuma pena será perpétua, devendo toda medida assecuratória ou penalidade ser imputada por prazo determinado. (BRASIL, 1988)

Entretanto, não seria a manutenção ilimitada de informações pessoais difamatórias ou que não condizem com a personalidade construída pela vítima uma forma de penalização perpétua?

Quando se discute o direito ao esquecimento percebe-se que há casos em que é justamente a disposição de determinada notícia por tempo indeterminado que vem a ensejar a responsabilização civil dos envolvidos na divulgação. Casos como esse são cada vez mais recorrentes na era da internet, onde as informações, sejam elas quais forem, podem ficar disponíveis *ad aeternum*, bem como podem ser acessadas, manipuladas ou compartilhadas por qualquer pessoa com absurda facilidade.

Além disso, na discussão tocante ao direito ao esquecimento, vislumbra-se a ofensa aos direitos da personalidade, também protegidos constitucionalmente e infraconstitucionalmente.

Porém, ao mesmo tempo em que legislações impedem a fixação de penas perpétuas e protegem os direitos da personalidade, proíbem qualquer tipo de censura, seja de natureza política, ideológica e artística, como é o caso do parágrafo segundo do artigo 220 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

A referida Lei também assegura, em seu artigo 5º, inciso IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, o que confirma que a liberdade de informação foi consagrada como direito fundamental (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, e da qual o Brasil é signatário, também concebeu o direito à liberdade de expressão. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Estabeleceu-se, assim, um paradigma a partir dos conceitos de democracia, censura e liberdade de expressão e informação, fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Com o intuito de evitar confusões em relação às peculiaridades de cada um

dos institutos acima mencionados, passa-se a diferenciá-los.

Liberdade, segundo o dicionário, significa condição do indivíduo livre; ou nível de total e legítima autonomia que representa o ideal maior de um cidadão, de um povo ou de um país (MICHAELIS, 2019).

Ser livre, é, portanto, um estado do indivíduo, e não uma condição permanente. Pelo menos não quando se faz uma análise histórica da liberdade humana.

No sentido jurídico, liberdade pode ser conceituada como o poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. Para José Afonso da Silva, trata-se da possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal, que complementa os ensinamentos no seguinte sentido:

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. (SILVA, 2003, p. 232)

Por liberdade de expressão, entende-se a liberdade do pensamento e da manifestação intelectual, artística, científica e de comunicação. Trata-se de um direito assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, concebido como exercício da cidadania.

Quando se fala em liberdade de informação, por outro lado, fala-se do direito que um indivíduo tem de se informar, bem como o de ser informado e o de informar. Os institutos, apesar de diferentes, se apresentam de forma concomitante e muito ativa na atual sociedade de hiperinformação.

Em razão da facilidade na manipulação dos conteúdos, exige-se que os indivíduos estejam atualizados e se mantenham informados, afinal, é isso que evita a exclusão decorrente da ignorância.

A liberdade de informação ou o livre acesso a ela; e a liberdade de expressão, porém, não se confundem com liberdade de imprensa, que consiste na atuação dos jornalistas e demais profissionais atuantes na área no que se refere à difusão das informações, uma vez que é sua função o atendimento da sociedade.

Assim, em razão da liberdade de imprensa, podem os veículos de comunicação coletar informações, divulgando-as, seja acompanhada de fotografias, escritos, gráficos etc., em razão da relevância do interesse público.

Com o intuito de garantir a ordem democrática, buscou-se a adoção de normas que limitassem o poder do Estado e conferissem especial proteção à pessoa, tanto enquanto membro da coletividade, quando em sua esfera individual.

A proteção se dá em razão do autoritarismo evidenciado na Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 01/69, que buscavam legitimar e institucionalizar a ditadura militar, que começara em 1964. Nos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso (2015),

[...] é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Constituição brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. [...] Nesta nova ordem, a garantia da liberdade de expressão, em suas múltiplas formas, foi uma preocupação constante do constituinte, que a ela dedicou um conjunto amplo de dispositivos, alguns deles superpostos. (BARROSO, 2005, p. 354-356).

Em meados de junho de 2018, o CNJ promoveu a realização do Seminário “30 anos sem censura: a Constituição de 1988 e a liberdade de imprensa”, no qual a Ministra Carmen Lúcia, então presidente do STF, destacou, em suma, que a defesa da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa é fundamental para a democracia e que, sem imprensa livre, o Poder Judiciário e o Estado não funcionam bem.

Sem este estudo não poderíamos sequer começar a estudar por que o Brasil é tantas vezes lembrados no mundo como um dos lugares onde a profissão de jornalista é tantas vezes agredida, vilipendiada a ponto de não compreendermos como na democracia esse tema ainda esteja nas nossas agendas (BRASIL, 2018)

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado assevera que a democracia é dependente do respeito à liberdade e à igualdade. Em suas palavras: “Liberdade, para que as pessoas possam manifestar seus pontos de vista, das mais diversas formas, a fim de que os demais deles tenham conhecimento e por eles sejam influenciados” (MACHADO, 2010, p. 131).

Para Luiz Flávio Borges D’Urso, por contribuir de forma decisiva para a

cidadania, a imprensa não pode sofrer intimidações ou pressões, uma vez que isso atenta contra os elementos fundamentais do jornalismo, ou seja, o compromisso com a busca pela verdade, com o interesse público, a pluralidade de opiniões e a responsabilidade social, afinal, sem liberdade de informação, de pensamento e de opinião, o jornalismo fica fragilizado e se afasta de sua missão e imperativo ético. (BORGES D'URSO, 2006).

No Brasil, as regulamentações sobre a imprensa datam do século XVIII, quando foi aprovada, pela Assembleia Geral, a Lei de 20 de setembro de 1830, que dispõe sobre o abuso da liberdade de imprensa, e regulamentou o artigo 179 da Constituição de 1824, dispondo que todos os indivíduos eram detentores de liberdade para comunicar seus pensamentos, sem qualquer tipo de censura, desde que pudessem ser responsabilizados por abusos eventualmente cometidos no exercício de tal direito. (BRASIL, 1830)

Em 1923, outra lei buscou regular a liberdade de imprensa: o Decreto 4.743, que cuidou também de coibir crimes de imprensa (BRASIL, 1923). Passados alguns anos, fora promulgada a Constituição de 1946, que garantiu, no artigo 147, o direito à liberdade e a inviolabilidade da liberdade de consciência. (BRASIL, 1947).

A efetivação da proteção nesse período, porém, ocorreu em 1953, quando o Congresso Nacional aprovou a Lei 2083, que, aproveitando-se de fértil campo democrático, cuidou de assegurar a publicação e livre circulação de jornais e periódicos, salvo os clandestinos, sem excluir punições em caso de eventuais abusos. (BRASIL, 1953)

Em 1967, outra lei regulando a liberdade de imprensa entrou em vigor, a Lei 5250/67. Todavia, deve-se lembrar que, conforme já exposto, vigorava no Brasil o regime militar, o que resultou na imposição de limites aos jornalistas e à própria liberdade de expressão. As restrições que passaram a ser permitidas são contraditórias ao disposto no artigo 1º, que prevê que:

É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo, cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. (BRASIL, 1967)

A referida Lei, porém, foi declarada inconstitucional pelo STF em 2009 por meio da ADPF 130, por 7 votos a 4, tendo os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello entendido

que sua criação se deu a partir de ótica punitiva e cerceadora da liberdade de expressão, sendo incompatível com a ordem democrática atualmente vigente e com os princípios adotados pelo Estado.

Após a exclusão de tal lei do ordenamento jurídico, foi elaborada a Lei 13188, que entrou em vigor no dia 12 de novembro de 2015, e que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. (BRASIL, 2015)

Apesar de ter sofrido críticas de estudiosos do direito em relação ao tratamento conferido ao direito de resposta, não se pode deixar de reconhecer sua importância no que se refere ao direito à honra e à liberdade de imprensa. (LEONARDO, 2015)

O equilíbrio entre institutos aparentemente tão distintos pode ser encontrado a partir da tentativa de se garantir celeridade aos procedimentos relativos à verificação de resposta, permitindo adequada proteção aos direitos da personalidade.

Seja como for, fato é que todas as leis que, em algum momento, regulamentaram a liberdade de imprensa e o livre acesso à informação, o fizeram de forma a protegê-los de censura, sem dispensar a punição em caso de excessos no exercício regular de direito; ou quando o exercício acaba por ofender os direitos da personalidade de terceiros, assegurando, além da responsabilidade civil, o direito à resposta.

Vislumbra-se, assim, a possibilidade de conciliação de direitos que normalmente se opõem, o que se propõe no decorrer do trabalho, mais adiante.

5 DOS CRITÉRIOS PARA SE AVALIAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Após compreender que o Direito ao Esquecimento desafia discussões que se referem aos direitos da personalidade e à liberdade de imprensa/livre acesso à informação; e ciente da ausência de legislação específica sobre o tema, entende-se que, sempre que o julgador se depara com a análise de casos concretos invocando o direito de esquecer/ser esquecido, pode se ver em delicada situação.

A inexistência de critérios para avaliação acerca da possibilidade de se invocar o direito ao esquecimento é um problema latente, que tende a se tornar ainda maior com as demandas que prometem chegar ao Poder Judiciário na era da *hiperinformação*.

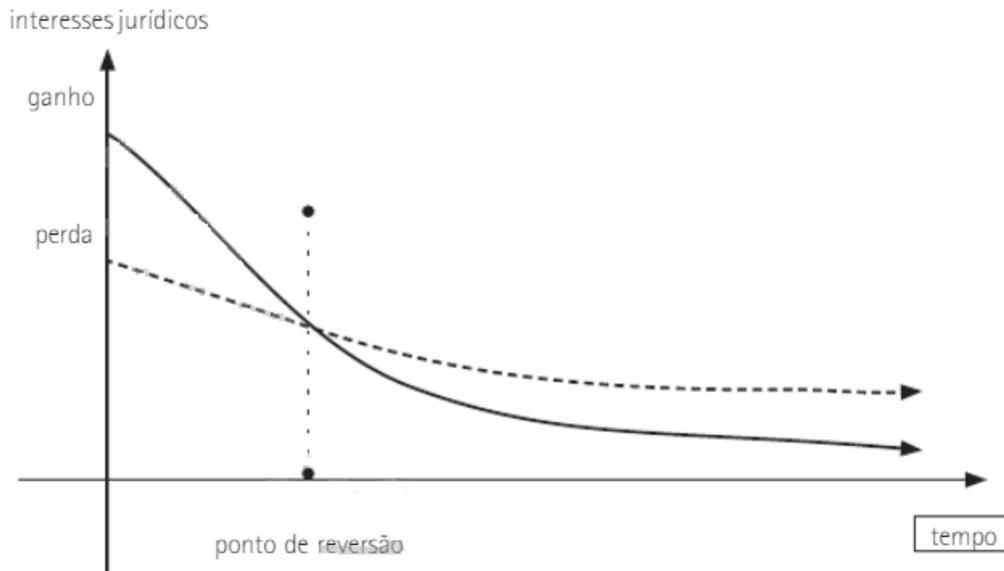
Assim, a doutrina passou a sugerir critérios que deveriam ser observados pelo julgador quando do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa/livre acesso à informação, o que fez das mais diversas formas.

André Brandão Nery Costa, ciente da existência de uma multiplicidade de estratégias para tratar as questões relativas ao Direito ao Esquecimento se debruça sobre a passagem do tempo e a legitimidade do processamento de dados.

Defende, assim, que determinado dado não pode ser utilizado quando se tornar descontextualizado, distorcido, datado e não mais verdadeiro com o transcurso do tempo. Analisa o momento em que os interesses de publicidade e de ampla divulgação da informação são sobrepostos pelos interesses do indivíduo estabelecendo o chamado “ponto de reversão”. Ou seja, defende-se que a passagem do tempo seja capaz de alterar o equilíbrio de interesses.

Para ilustrar sua tese, apresenta um gráfico elaborado por Giovanni Sartor, a seguir colacionado. (COSTA, 2016, apud SARTOR, 2014)

Parte do pressuposto de que, no conflito de interesses (direitos da personalidade x interesse público, liberdade de expressão e direito à informação), é possível compará-los na ponderação de princípios. Quando prevalecer o interesse no processamento de determinada informação, o gráfico estará acima da linha vertical tracejada de ‘perda’. Quando o interesse individual prevalecer, estará abaixo da linha.



Sua proposição, de fato, muito interessante, pode ser criticada por superestimar o critério temporal, que nem sempre é o único fator que torna ilícita a divulgação de determinada informação. Por se tratar, o direito ao esquecimento, de matéria complexa, não se aconselha que esse seja o parâmetro utilizado pelo julgador.

Pablo Rodriguez Martinez, por sua vez, sugere cinco parâmetros para se avaliar o direito ao esquecimento. Quais sejam: **i)** domínio público; **ii)** preservação do contexto original da informação pretérita; **iii)** preservação dos direitos da personalidade na rememoração; **iv)** utilidade da informação; **v)** atualidade da informação. (NAVES, SÁ, 2017, apud MARTINEZ, 2014, p. 115)

No mesmo sentido, Chiara Spadaccini de Teffé e Fabiana Rodrigues Barletta também formulam sugestões para a aplicação do Direito ao Esquecimento, o que fazem de forma simples, porém satisfatória.

Defendem que o direito ao esquecimento não seja absoluto, devendo ser ponderado com outros direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão e dos meios de comunicação. Além disso, é necessário avaliar “o tipo de informação em questão, a sua sensibilidade em relação à vida privada do indivíduo, o interesse público em ter acesso a essas informações e o papel da pessoa que solicita a exclusão na vida pública”. (TEFFÉ, BARLETTA, 2017, p. 267)

Sérgio Branco também se dedica ao estabelecimento de critérios, fazendo-o de forma mais completa. Defende que seja analisado **i)** o direito ao esquecimento como aspecto da privacidade; **ii)** o interesse público; **iii)** o decurso temporal; **iv)** a

veracidade da informação; **v)** o potencial dano; **vi)** a tutela da liberdade de expressão; **vii)** os eventos históricos e o dever de memória; **viii)** os destinatários do pedido; **ix)** o que não é direito ao esquecimento¹⁹; **x)** alternativas.²⁰ (BRANCO, 2017)

Tal critério, apesar de permitir a análise subjetiva do julgador, o que também ocorre nos dois primeiros critérios sugeridos, mostra-se bastante adequado para a resolução do litígio, devendo ser analisado com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Inobstante, acredita-se que a Teoria do Direito, por meio dos métodos da ponderação de princípios e da racionalidade discursiva também é capaz de fornecer critérios para a aplicação do direito ao esquecimento, conforme se verá adiante.

¹⁹ O direito ao esquecimento, de acordo com o Autor, não pode ser confundido com, por exemplo, o desejo de uma pessoa voltar a ser anônima, como no caso da atriz Lidia Brondi; ou com o controle de dados pessoais.

²⁰ Como 'alternativas', o Autor defende que o Direito ao Esquecimento deve ser aplicado de maneira 'excepcionalíssima', devendo-se analisar a possibilidade de se aplicar outros mecanismos para a resolução do conflito, tais como o direito de resposta.

6 DA PONDERAÇÃO QUANDO DA COLISÃO ENTRE AS NORMAS

Os direitos fundamentais e da personalidade, em alguns casos, podem confrontar-se com o livre acesso à informação, à liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

Caso muito comum em que se vislumbra a colisão entre tais direitos envolve o Direito ao Esquecimento, onde, de um lado, busca-se atender o interesse público, envolvendo o livre acesso à informação, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, e, de outro, proteger o indivíduo em sua esfera privada, em especial no que diz respeito à intimidade, privacidade, nome, imagem etc., permitindo o esquecimento em duas vertentes: esquecer e ser esquecido em relação à determinado acontecimento. Encontrar resposta sobre eventual conciliação ou preponderância de um direito sobre o outro passou a ser um grande desafio aos operadores do direito.

Algumas legislações, como já abordado em tópico anterior, buscam equilibrar a liberdade de imprensa, o livre acesso à informação e a liberdade de expressão com os direitos da personalidade, prevendo a possibilidade de responsabilização civil em caso de excessos, tanto por meio da retratação e do direito de resposta, quanto pelo direito à indenização.

Interessa asseverar que na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também se buscou garantir o equilíbrio entre direitos que podem conflitar, conforme artigo 32: “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016)

Significa dizer que o direito de uns termina onde começa o direito de outros. Verifica-se desde logo uma delimitação do direito ao esquecimento, à intimidade e à vida privada; e do direito à liberdade de imprensa e de informação.

Outra delimitação normativa se encontra prevista na própria Constituição Federal que, após afirmar, em seu art. 220, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, logo elenca, no §1º do referido artigo, princípios norteadores da tal liberdade, como a inviolabilidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. (BRASIL, 1988)

Na mesma direção, o §3º do art. 222 prevê que “os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221”, dos quais destacam-se o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 2013).

Nem sempre, porém, observa-se o disposto em lei, e tais direitos, que deveriam se complementar, são colocados em posição de contradição.

Assim, percebe-se o surgimento de um conflito normativo instaurado graças à contraposição dos direitos da personalidade, do direito à intimidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, com o direito à liberdade de informação e de imprensa, também assegurados constitucionalmente. Em razão da ausência de parâmetros positivados para a aplicação do direito ao esquecimento, imprescindível que, quando do caso concreto, se promova análise cautelosa dos direitos em discussão, dotada de razoabilidade.

Noutras palavras, não se podendo admitir que os direitos da personalidade (entendidos pelo nome, imagem, privacidade) se sobreponham de forma indiscriminada à liberdade de imprensa, liberdade de expressão e ao livre acesso à informação; ou vice e versa, impõe-se a análise do caso concreto, bem como a fixação de parâmetros mínimos para contribuir na elaboração de decisões que ponderem acerca dos direitos ofendidos, buscando a harmonia entre eles.

Sérgio Cavalieri (2007) pondera que, sempre que houver confronto de direitos constitucionais, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, impedindo excessos e arbítrios (CAVALIERI FILHO, 2007). Atuar em tal situação é um desafio aos operadores do direito. Afastar o juízo de valor e a preconceção do julgador não é uma tarefa fácil, mas que se mostra imprescindível para que seja assegurada a imparcialidade, a igualdade e equivalência das normas. Busca-se, com isso, evitar decisões-surpresa²¹, fenômeno

²¹ Nesse ponto, citam-se Natanael Lud *et al*, que afirmam que “(...) torna-se imperiosa a aplicação da teoria normativa da comparticipação, entre juiz e partes (e seus advogados), que, levada a sério, conduzirá a uma nova forma de implementação da atividade cognitiva processual ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos e das taxas de reforma. (...) A ideia de comparticipação, como já dito, não se liga ao conteúdo ordinariamente atribuído à *Kooperationsmaxime*, de busca por uma verdade no processo lastreada em deveres publicísticos de sujeição que manteriam a hierarquia entre os sujeitos processuais (ordine assimétrica), mas, embasado no princípio do contraditório dinâmico (como garantia de influência, debates e não surpresa) e na necessária participação de sujeitos interdependentes no ambiente processual, durante todo o procedimento forjado por princípios processuais constitucionais. (LUD *et al*, 2018, p.

combatido por Pollak, que em 1931 escreveu que a surpresa vicia o procedimento, o que, nas palavras de Bobbio, é a condição para a justiça no ordenamento. (BOBBIO, 2011)

Propõe-se a abordagem das contribuições de Alexy, ainda que não de forma tão aprofundada, considerando suas importantes contribuições na filosofia do direito, em especial no que se refere ao conflito de princípios jurídicos.

Primeiramente, importante esclarecer que, em seus trabalhos, o filósofo defende que os princípios, considerados “mandados de otimização”, não se aplicam integral e plenamente em qualquer situação, devendo ser realizados na maior medida possível.

Princípio, entretanto, não se confunde com regra, de modo que, esta, apesar de também ser norma jurídica, deve ser cumprida exatamente nos termos de sua exigência, só podendo ser cumpridas ou não; e contém determinações no plano fático e jurídico plenamente possíveis.

Se, aplicadas separadamente, as normas principiológicas (assim como as regras) conduzem a resultados incompatíveis, está-se diante de uma colisão de princípios jurídicos, e sempre que restar evidenciada tensão entre eles, sua resolução deve se dar por meio da teoria argumentativa do direito. Diz-se tensão porque nenhum dos princípios em conflito gozam simplesmente de primazia perante o outro.

Uma vez que se entende princípio e regra como institutos diferentes, a resolução de conflitos por ventura havida entre cada um deles também deve se dar de forma diferente.

Para solucionar tensão envolvendo as regras, deve-se considerar que, tendo elas existência em abstrato, não se pode admitir que aquelas conflitantes sejam simultaneamente válidas.

Para a solução de conflitos de princípios, por outro lado, deve-se considerar, primeiramente, que estes só têm existência e solução diante do caso concreto. Assim, o fato de se mostrarem conflituosos em algumas situações não faz com que deixem de ser válidos.

Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder ante o outro, dadas as circunstâncias. Neste sentido,

Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja que se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob certas condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa. (ALEXY, 1993, p. 89).

O conflito de princípios, que se dá na dimensão de peso, sugere uma hierarquização dos mesmos, mas não se trata de hierarquização absoluta, e sim de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação dos princípios que envolvem o caso. Noutras palavras, refere-se à análise de “qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 1993, p. 90)

Tal lei da ponderação remete-nos à Lei de Colisão, que pode ser conceituada como “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. (ALEXY, 1993, p. 194)

Assim, quando um Tribunal decide, em determinado caso, que um princípio precede o outro, verifica-se que houve uma norma que determinou que, aquele princípio fosse aplicado naquele caso.

De entendimento contrário, Dworkin (2018) defende que, para cada caso, haverá uma única norma a ser aplicada em razão de suas especificidades e dos interesses em jogo. Em suas palavras,

(...) a tese de que não há resposta correta é hostil à tese dos direitos que defendo. A primeira é apoiada pela atitude atrativa que descrevi, mas será igualmente apoiada por uma argumentação? Podemos distinguir dois tipos de argumentos que poderiam ser formulados. O primeiro deles é prático. Admite, em termos argumentativos, que em princípio pode haver uma resposta correta para uma questão jurídica controversa. Mas frisa que é inútil dizer que as partes têm direito a essa resposta, ou que o juiz tem o dever de encontrá-la, uma vez que ninguém pode saber ao certo qual é a resposta correta. (DWORKIN, 2018, p. 430)

Tomando como referência a teoria do filósofo mencionado, Habermas critica a teoria desenvolvida por Alexy, alegando que este esvaziou o caráter normativo dos princípios, mostrando-se contraditório com a própria concepção deontológica do direito defendida. (GALUPPO, 1999)

Habermas entende que a forma pela qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação se refere à concepção axiológica do direito, pois a ponderação, nos

moldes por ele defendidos, só é possível porque podemos preferir um princípio ao outro, o que só faz sentido se o concebermos como valores. (GALUPPO, 1999)

Independentemente das discussões sobre a natureza dos princípios, e eventual confusão entre eles e as normas, a ponderação de princípios conflitantes de acordo com o caso concreto acabou sendo utilizada pela jurisprudência para julgamento de casos concretos, o que se verá no próximo capítulo, ainda que não venha a ser aplicada com exatidão.

Como exemplo de que a ponderação vem sendo utilizada, cita-se o entendimento de Ricardo Luis Lorenzetti, que defende que quando se trata de princípios e valores não há opção, mas na ponderação funcionam critérios argumentativos. Assim, “a aplicação de um princípio não desloca o outro, mas precede-o no caso concreto” (LORENZETTI, 1998, p. 426), de modo que o conflito será solucionado mediante juízo de ponderação de interesses opostos.

Mostrando concordância em relação aos ensinamentos de Alexy, Lorenzetti ensina ainda que a resolução do conflito principiológico refere-se à análise de qual interesse, abstratamente do mesmo nível, tem maior peso de acordo com o caso concreto. (LORENZETTI, 1998)

Ou seja, a dificuldade de traçar parâmetros objetivos para a análise de diferentes casos, diante das especificidades de cada um, indica que a elaboração de decisões que melhor atendam aos anseios das vítimas, da mídia e da sociedade, prescinde do estudo do caso concreto, analisando-se até que ponto o direito de informar confronta-se com a dignidade do indivíduo e com sua imagem, ou até que ponto o direito ao esquecimento pode ser exercido sem que o direito à informação seja atingido. Orientou-se, portanto, à ponderação de valores, dotada de razoabilidade e proporcionalidade, diante de cada caso.

De forma mais simplória, Marcelo Buczek Bittar também chega a sugerir como se deve ocorrer a resolução de conflito normativo-principiológico, admitindo, ao fim, que se aceite uma hierarquização após análise de alguns elementos. Confira-se:

ao Judiciário caberia verificar a existência do interesse público, a veracidade da informação e oriunda de fonte lícita, e se o ocorrido se deu em lugar público ou de acesso público, de forma a prevalecer o direito à informação em detrimento à privacidade, garantindo à sociedade a ampla e total divulgação dos fatos e notícias como corolário do livre acesso à informação. A inobservância de qualquer desses requisitos implica em impossibilidade de divulgação da informação e, portanto, prevalência da privacidade. (BITTAR, 2019, p. 23)

Porém, apesar de tudo o que se estuda em relação à teoria formulada por Alexy, e defendida por alguns doutrinadores, e mesmo compreendendo que a análise do caso concreto para a resolução de eventual conflito de princípios seja alternativa viável, não se concorda com o estabelecimento de hierarquia entre os princípios, pois isso se mostra incompatível com os princípios constitucionais.

Nas palavras do de Marcelo Galuppo (1999),

É tarefa sua, por excelência, indicar (e preservar) aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por meio do representante constituinte sensível à sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. **A concorrência deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista** (GALUPPO, 1999, p. 205, grifo nosso)

Defende-se, assim, que alternativa razoável seja a de que, em caso de conflito de princípios expressos na Constituição, levando-se em conta o Estado Democrático de Direito, deve-se procurar solucionar os impasses sem abrir mão, na medida do possível, do maior número de princípios.

Nas situações em que tal proposta se tornar impossível, o procedimento capaz de solucionar o problema é aquele que envolve a racionalidade discursiva, ou seja, “que avalia por meio de razões a correção normativa envolvida por esses princípios para o caso concreto”, e que deve ser feita com base na imparcialidade. (GALUPPO, 1999, p. 205)

Como é possível concluir, diversos são os estudos e teorias com o objetivo de resolver eventual conflito existente entre normas, adotando o Superior Tribunal de Justiça a ponderação dos princípios, ou, pelo menos, o que entendem que seja a ponderação.

7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto em outra oportunidade, à medida em que as relações e interações humanas se desenvolveram e se tornaram mais complexas, cresceu a necessidade da presença de um Estado capaz de regulamentar e controlar as relações jurídicas entre particulares e até mesmo aquela firmada com o Poder Público.

Uma das formas de sua atuação se deu por meio da monopolização da produção judiciária, instituindo a jurisdição, que se manifesta pelo poder judiciário, que, segundo Liebman, trata-se da “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada relação jurídica” (LIEBMAN, 1985, p. 7)

Para ele, jurisdição é, então, a “a atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador” (LEAL, 2008, p. 60)

Independentemente de eventuais críticas acerca da visão de Liebman (1985) sobre a jurisdição, entende-se, analisando a formação das civilizações e o surgimento do Estado, que a norma é o produto da atividade humana, fruto de fenômeno histórico e cultural, que objetiva assegurar a pacificação social.

A responsabilidade civil, o que se propõe analisar a seguir, é apenas mais uma forma de concretização das evoluções baseadas na coexistência dos indivíduos em sociedade e na potencialidade de ocorrência de danos. (ABRÃO, 2017)

Responsabilidade, do latim *respondere*, traduz a obrigação de responder pelos próprios atos ou por aqueles praticados por algum subordinado (MICHAELIS, 2019). Sua conceituação deriva diretamente da origem da palavra, que significa responder a alguma coisa. Assim, surge a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos danosos, de modo que a imposição é estabelecida:

(...) pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p.114).

Ocorre que o termo “responsabilidade” comporta vários significados, sendo utilizado em diferentes contextos e em diferentes áreas da ciência. No âmbito filosófico, por exemplo, de acordo com Abbagnano, consiste na possibilidade de prever as consequências do próprio comportamento e de corrigi-lo (ABBAGNANO,

2003).

No âmbito penal, por exemplo, consiste no dever jurídico imposto a um indivíduo de responder por crime ou contravenção praticada, sendo ele agente imputável. Nas palavras de Rogério Sampaio,

No caso da responsabilidade penal, essa conduta humana (dolosa ou culposa) constitui fato definido por lei como crime ou contravenção. E este mesmo comportamento, por representar um desvalor à sociedade, justifica a aplicação, por parte do Estado (*jus puniendi*) de uma sanção penal. Em outras palavras, diante de uma infração penal (infração de uma norma de direito público), visa-se impor a seu autor determinada sanção, restringindo-lhe, de certa forma, um direito. Trata-se, portanto, de uma reação social. (SAMPAIO, 2007, p.8)

No âmbito civil, por sua vez, a responsabilidade, que se encontra no direito das obrigações, visa, a partir de seu reconhecimento, “a imposição a determinada pessoa, da obrigação de reparar um dano causado à vítima em função de um comportamento violador de um dever legal ou contratual (ato ilícito)²²”. Busca-se, com isso, restabelecer o equilíbrio entre as partes, determinando que o ofensor arque com os prejuízos por ele causados. (SAMPAIO, 2007, p. 9).

Tal imposição se dá em razão do fato de, na vida em sociedade, a convivência entre indivíduos exigir um dever negativo de não causar danos à esfera jurídica de terceiros, princípio do *neminem laedere* (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Noutras palavras, é o instituto por meio do qual, havendo violação do dever de abstenção e, conseqüentemente, lesão a direito alheio que possa ser atribuída a uma conduta antijurídica ou involuntária, ou ainda, uma atividade de risco com potencial lesivo, incide a responsabilidade extracontratual, fazendo surgir a obrigação de indenizar, em regra pela prestação de indenização do equivalente pecuniário.

Conforme Caio Mário (2016),

O causador da ofensa ou violação do direito alheio, diz a lei (Código Civil, art. 942), responde com os bens pela reparação do dano causado. Destaca-se, portanto, em primeiro plano o agente do ato ilícito, o qual está sujeito à indenização, quer se trate de dano de natureza patrimonial, quer de dano moral. Verificados então os pressupostos já assentados da imputabilidade da falta (tomada esta no sentido genérico de violação de um dever jurídico), ao agente cabe ressarcir o dano causado; e por morte do ofensor, a responsabilidade passa-lhes aos herdeiros, dentro das forças da herança

²² Conforme será visto adiante, apesar de parte da doutrina trabalhar com a ideia do ato ilícito para que se instaure a responsabilidade civil, esta é admitida também quando da prática de um ato lícito.

(Código Civil, art. 943). Tendo a ofensa mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. O fundamento desta solidariedade legal está em que, ontologicamente, não cabe indagar a materialidade da participação de cada um. (PEREIRA, 2016, p. 523).

Seu foco é a reparação, gênero que comporta duas espécies: ressarcimento e compensação. O ressarcimento, ligado aos danos materiais, é satisfeita pelo pagamento de indenização uma vez que é possível mensurar o que foi efetivamente perdido e o que razoavelmente se deixou de ganhar.

A compensação, por outro lado, está ligada ao dano de cunho moral, sendo percebida como medida satisfativa. Assim, não há que se falar em mensuração de dignidade ou de ofensa, mas tão somente de compensação à vítima ou à sua família quando um dano for perpetrado.

Deve-se ter cautela para não confundir obrigação e responsabilidade civil, que, apesar de caracterizarem-se como institutos que se entrelaçam, se distinguem na exata medida em que a responsabilidade decorre do descumprimento de uma obrigação. Diz-se mais: “a predominância da obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil emana do ato ilícito”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 95).

O ato ilícito e o dano decorrente de sua prática sempre existiram. O que mudou, com o tempo, foi a forma de combater aquele e reparar este. Conforme se verá, a evolução histórica da responsabilidade civil se deu de forma lenta, sofrendo evolução pluridimensional, mesmo diante de sua dinamicidade.

Nos primórdios da civilização, o homem se defendia das agressões com o uso da própria força, contando com o auxílio do grupo do qual era integrante. À medida em que os povos foram se organizando, porém, o Estado assumiu papel de distribuidor da justiça, apenando o ofensor em defesa da harmonia social (MELO, 2011)

Um exemplo da atuação do Estado na disciplina e na reparação do dano é o Código de Hamurabi, sistema de leis promulgado pelo Rei da Babilônia em meados do século XXIII a.C., no qual a reparação dos danos se dava por meio de ofensas pessoais e pelo pagamento de valor pecuniário.

Do Código de Hamurabi, surge a chamada “pena de talião”, e a tão conhecida expressão “olho por olho, dente por dente”, diante da possibilidade de a vítima vingar de seu ofensor nas mesmas proporções do dano suportado. Com o advento de legislações como essa, fica evidente que o Estado passou a reconhecer a

retaliação como legítima. (GONÇALVES, 2009)

Paralelamente, além de se conceber a possibilidade de um indivíduo se vingar privada e pessoalmente, foi concebida a possibilidade de a reparação ser feita mediante pecúnia, que confirma uma exceção ao direito de vindita, e denunciou o começo da ideia que resultou na chamada “teoria da compensação econômica dos danos extrapatrimoniais”. (SILVA, 1999)

Além do Código de Hamurabi, outras leis contemplavam a possibilidade de reparação do dano mediante pecúnia, como é o caso do Código de Manu, que previa a reparação pecuniária, e o Código de Ur-Nammu, que tentava colocar fim à vingança pessoal, atribuindo ao Estado o poder repressor. (MELO, 2011)

Em Roma, a reparação civil ganha contornos mais sólidos com a Lei das XII Tábuas, que previa a responsabilidade civil fundada na equidade. Tal ordenamento recepcionou diversas modalidades de apenamento, o que representou grande progresso na compensação dos danos sofridos. Sua entrada em vigor marca o fim da vingança privada e o início da composição tarifada e obrigatória (LIMA, 1999)

Posteriormente, com o advento da Lei Aquilia, de 286 a.C., e com a legislação de Justiniano, o instituto fora ampliado. Diz-se que a legislação de Justiniano desempenhou papel significativo na evolução das reparações pecuniárias em razão da criação do *actio injuriarum aestimatoria*, instituto que se assemelha ao arbitramento, por meio do qual a vítima estimava quanto entendia ser devido e o juiz, analisando as circunstâncias do ato praticado pelo ofensor, fixava o valor devido. (MELO, 2011)

A Lei Aquilia, por sua vez, por meio do *damnum injuria datum*, trouxe à baila conceitos em torno do delito, tais como dolo e culpa, indicando que a conduta do causador do dano seja medida pelo grau de culpa do agente. Conclui-se, assim, que a prática do “olho por olho, dente por dente” deu lugar ao sentimento de vindita, passando a vítima a buscar a reparação ou a compensação do dano no patrimônio do ofensor.

A referida lei foi a responsável pela divisão da responsabilidade civil em delitual e extracontratual, também chamada de aquiliana, bem como por substituir o caráter da pena pela indenização “sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espalharam de tal forma que, em último grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais” (DIAS, 1987, p. 26).

Como consequência do desenvolvimento e da ampliação do instituto da responsabilidade civil no direito romano, princípios capazes de exercer sensível influência em outros povos foram estabelecidos. É possível vislumbrar sua influência no direito brasileiro, passando, assim, ao estudo dos pressupostos e espécies de responsabilidade civil.

Para que surja a obrigação de indenizar, é necessário que haja um fato antijurídico, seja ação ou omissão; que se possa imputar a alguém; que algum dano tenha sido produzido; que tais danos possam ser juridicamente considerados como causa dos atos praticados (NORONHA, 2010)

Afirma-se, assim, que são pressupostos da responsabilidade civil o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexó de causalidade. Passa-se, para melhor compreensão, à breve análise de cada um dos institutos.

O artigo 186 do Código Civil conceitua ato ilícito ao dispor que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

O artigo 187 do mesmo ordenamento, igualmente se encarregando da conceituação, dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Pode-se afirmar, assim, que o ato ilícito se evidencia pela prática de uma conduta contrária ao ordenamento, de modo que, a partir do momento em que se verifica a prática de um ato ilícito e a ocorrência de um dano, surge a obrigação de repará-lo, nos termos do artigo 927, também do Código Civil.

Defende Álvaro Lima que “o legislador recorre ao preceito genérico, que condena o ato ilícito, traçando-lhe os elementos característicos”, de modo a impor uma série de restrições às condutas humanas a fim de assegurar estabilidade e paz social (LIMA, 1960, p. 60).

A análise da prática de um ato ilícito é também a análise do comportamento humano, na exata medida em que a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, “vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (DINIZ, 2005, p. 43).

As discussões relativas ao ato ilícito se relacionam diretamente com o dolo e

a culpa, já mencionada anteriormente. Para Rui Stoco (2007),

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*). (STOCO, 2007, p. 133)

Explica-se: a culpa *lato sensu* abrange dolo e culpa em sentido estrito, enquanto a culpa *stricto sensu* consiste na ausência, por parte do agente que vem a praticar a conduta por falta de cuidado, da intenção de lesar a outrem.

Apesar de boa parte da doutrina entender o ato ilícito como um dos pressupostos da responsabilidade civil, não se pode ignorar o fato de que a prática de um ato lícito também pode gerar o dever de indenizar.

É o caso, por exemplo, das hipóteses previstas no artigo 188 do Código Civil, que prevê que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito conhecido; e a deterioração ou distribuição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.²³ (BRASIL, 2002)

Pode-se exemplificar o caso com o condutor de um veículo que, para desviar de um pedestre que se joga na frente de seu carro, atinge um estabelecimento comercial, causando danos ao proprietário deste.

A conduta do condutor não pode ser percebida como ato ilícito pois tomada para remover perigo iminente, para proteger a vida alheia. Porém, a existência de um dano é inegável, podendo lhe ser imposto o dever de indenizar.²⁴

Sobre o dano, este é indispensável para a perpetuação da responsabilidade civil, e pode ser definido como a lesão, pela destruição ou pela diminuição, que sofre uma pessoa contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico de cunho patrimonial ou moral, consequência de determinado evento. (DINIZ, 2005)

Sua ocorrência é imprescindível para a responsabilização civil, de modo que a conduta culposa, ou a prática de um ato ilícito, ou ainda o mero inadimplemento contratual, são insuficientes, devendo, para que se possa falar em reparação ou compensação, a ocorrência de um dano. (STOCO, 2007, p. 128)

²³ Vale lembrar que, conforme parágrafo único do dispositivo em comento, no caso de deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, o ato só será legítimo quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessários, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

²⁴ Não se pode esquecer que o artigo 930 do Código Civil prevê a possibilidade de regresso contra o terceiro caso o perigo tenha se originado por sua culpa.

Este pode ser de natureza moral, material, estética, existencial, dentre outras, cabendo a análise apenas dos dois primeiros no presente trabalho.

O dano moral consiste em toda agressão injusta a bens imateriais, seja de pessoa física ou jurídica, ou até mesmo da coletividade, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tripla finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e exemplaridade para a sociedade (MELO, 2011).

Para Orlando Gomes, “o constrangimento que alguém experimenta em razão de um direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem” (GOMES, 1996. P. 271)

Pontes de Miranda, no mesmo sentido, ensina que o dano moral consiste na “desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem-estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização”. (PONTES DE MIRANDA, 1968, p.181)

Como é possível perceber, apesar de muitas serem as possibilidades de se conceituar o dano moral, a doutrina converge ao entender que se trata da ocorrência de considerável constrangimento, violador dos direitos da personalidade, capaz de afetar a paz de um sujeito, causando-lhe dor, incômodo, mal-estar. Não se trata, portanto, de um mero aborrecimento ou de problemas cotidianamente suportados, mas de real sofrimento.

Quando se está diante de um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, de modo a fazer com que a vítima suporte sofrimento, fala-se em um dano moral subjetivo; porém, quando se está diante de uma afronta aos direitos da personalidade, fala-se em um dano moral objetivo. (SOUZA et al, 2013)

O dano material, por sua vez, “traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular”. Ocorre, por exemplo, em caso de dano em um imóvel, em um automóvel, ou algum outro tipo de prejuízo econômico e que se possa mensurar. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019)

Pode ser subclassificado em lucro cessante e dano emergente, sendo este correspondente ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima; e aquele correspondente ao que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por força do dano.

Por fim, e retomando os pressupostos da responsabilidade civil, conceitua-se o nexo de causalidade como o vínculo existente entre o prejuízo (dano) e a ação (ato ilícito). Noutras palavras, “é o liame que une a conduta do agente ao dano” (VENOSA, 2008, p. 47)

Como se verifica hodiernamente, no Direito Brasileiro, principalmente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, promove-se a proteção com base nos pressupostos da responsabilidade civil, estendidos no desempenho das atividades de risco. (RIZZARDO, 2015)

No que tange à responsabilidade civil subjetiva, impõe analisar a existência do elemento “culpa”. Explica-se: a responsabilidade subjetiva ou clássica “tem como elemento essencial a gerar o dever de indenizar, o fator culpa entendido em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito)”. (SAMPAIO, 2007, p. 12)

Dessa forma, não sendo constatada a existência de tal elemento, não há que se falar em reparação civil, pois não basta apenas a existência do ato ilícito e do dano. É necessário que o autor da conduta tenha agido com o intuito de lesar ou tenha violado o dever de cuidado.

Por outro norte, a responsabilidade civil objetiva, também advinda da prática de um lícito ou ilícito, ou da violação de um direito de outrem, independe da aferição de culpa para a responsabilização do agente causador do dano. (SAMPAIO, 2007, p. 12)

A responsabilidade contratual ou negocial, como o próprio nome indica, é aquela que decorre da elaboração ou da execução de um contrato, e que surge em razão da prática de um ato ilícito ou até mesmo lícito (responsabilidade por risco). Não se deve confundir, porém, com a responsabilidade pré-contratual, na qual o contrato ainda não foi firmado, se encontrando as partes em fase de negociação preliminar; ou com a responsabilidade pós-contratual, que é aquela que, em razão da boa-fé objetiva, persiste, mantendo vínculo entre as partes, mesmo após a execução do contrato. (FIUZA, 2010)

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual não está vinculada à existência de um contrato, decorrendo de atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa; de fatos lícitos, como a paternidade; do abuso de direito e dos atos intrinsecamente ilícitos. (FIUZA, 2010)

Trata-se da responsabilidade que deriva de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana. Pode-se afirmar que “na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente”. (GONÇALVES, 2014, p.44)

Trata-se de obrigação não imposta apenas ao particular, podendo recair também sobre o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, quando se

vislumbra a ocorrência de um dano causado a terceiro em razão da conduta de seus agentes.

Trata-se de responsabilidade legal, e não contratual, regida pelo Direito Público e que independe da responsabilidade criminal ou administrativa.

A responsabilidade extracontratual do Estado pode ser conceituada como a obrigação de o Poder Público recompor prejuízos causados a particulares, mediante indenização, “em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos no exercício de suas funções”. (BITTENCOURT, 2015, p. 133)

Trata-se de consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito, uma vez que o Estado se encontra abaixo do Direito, gozando assim de vários direitos, mas suportando obrigações na mesma medida. (MELLO, 2004)

Vale lembrar que sua responsabilização não se dá apenas quando da prática de um ilícito, o que significa dizer que, mesmo no exercício de uma atividade lícita, se constatada a ocorrência de um dano ao indivíduo, impõe-se a obrigação de indenizar. É o caso, por exemplo, de uma obra pública que impede a utilização de um imóvel regularmente construído. Nesse caso, por mais que o Estado aja com o intuito de atender aos interesses de uma maioria que deseja e necessita da promoção da obra pública, causou-se dano de natureza patrimonial ao particular.

Adotou-se no ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no §6º do artigo 37 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva, impondo ao Estado que responda pelos danos causados no exercício de suas atribuições independentemente de culpa. Confira-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Pela leitura do dispositivo, conclui-se que não apenas as pessoas jurídicas pertencentes à administração pública podem ser responsabilizadas por danos causados pelos seus agentes, mas também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, tais como concessionárias e permissionárias.

Às pessoas administrativas da Administração Indireta que exploram atividades econômicas, como empresas públicas e sociedades de economia mista que não prestam serviços públicos, porém, devem ser aplicados os princípios de responsabilidade civil próprios do Direito Privado.

Neste sentido, Marcus Bittencourt ensina que:

Para ocorrer a responsabilidade objetiva são exigidos os seguintes requisitos: (a) pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público; (b) entidades prestem serviço público; (c) dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público (nexo de causalidade); (d) dano causado por agente, de qualquer tipo; (e) agente aja nessa qualidade, no exercício de suas funções. (BITTENCOURT, 2015, p. 137)

A responsabilidade imposta ao Estado nos dias de hoje é fruto de longa evolução, de modo que, inicialmente, adotava-se a chamada “teoria da irresponsabilidade”, na qual o Estado, soberano que era, exercia sua autoridade sem possibilidade de questionamentos pelos súditos e sem possibilidade de responsabilização em caso de ocorrência de um dano.

Nesse período, em alguns Estados, a irresponsabilidade não era completa: admitia-se a responsabilização quando a lei específica a definisse expressamente ou, ainda, por prejuízos decorrentes da ação estatal na iniciativa privada, bem como pelos causados pelas coletividades públicas locais. (MARINELA, 2018, p. 1033)

Tal modelo era adotado em monarquias absolutistas, nas quais vigoravam a concepção de que o Estado nunca errava, daí surgindo a expressão “*the king can do no wrong*”, não tendo sido absorvido pela legislação brasileira.

Com o passar do tempo, modificada a atuação do Estado e a percepção dele pela sociedade em geral, sua responsabilização passou a ser baseada nas teorias civilistas, que, conforme exposto alhures, dependem da análise dos conceitos de dolo e culpa.

Atuando em posição de igualdade em relação aos particulares, poderia ser responsabilizado conforme as normas de Direito Privado. Atuando, porém, em posição de supremacia, editando atos de império, seria responsabilizado por meio da aplicação de um direito especial. Enxergou-se tal modelo de forma desequilibrada, como um “Estado esquizofrênico”, em razão da dificuldade de se separar, na prática, atos de império e de gestão, não sendo possível dividir a

personalidade do Estado.

Da responsabilidade civilista aplicada ao Estado, nasceu a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, que previa a responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes quando constatado que o agente público agiu com dolo ou culpa. Equiparou-se a responsabilidade do Estado à dos particulares, sendo necessário averiguar, dessa forma, a conduta oficial, a ocorrência de um dano, onexo causal e o elemento subjetivo (dolo ou culpa do agente público).

A teoria da culpa civil serviu de inspiração para a elaboração do artigo 15 do Código Civil de 1916, que previa que:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 1916)

Atualmente, duas são as teorias publicistas principais: a teoria da culpa do serviço e a teoria do risco. A primeira, também chamada de culpa administrativa, leva em conta a responsabilidade do Estado, e não a culpa subjetiva do agente administrativo, desvinculando-os. Para se falar em responsabilidade, assim, é necessário que a vítima sofra um dano e comprove que o serviço prestado não funcionou; funcionou mal ou funcionou tardiamente, o que remete à ideia de culpa do serviço. (BITTENCOURT, 2015)

A segunda, por outro lado, com fundamento no risco que o Estado, em sua atuação, causa ao administrado, prevê sua responsabilização de forma objetiva, ou seja, dispensando-se análise de dolo ou culpa. O risco e a solidariedade social são, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, os suportes dessa doutrina, que acaba por conduzir à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual merece o acolhimento dos Estados modernos. (MEIRELLES, 1998)

A teoria do risco divide-se em risco administrativo e risco integral, de modo que nesta, o Estado tem o dever de reparar o dano, independentemente da existência de qualquer responsabilidade por parte da vítima. Em razão de seu caráter extremista, a teoria nunca foi aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira. Naquela, por outro lado, apesar de ser objetiva a responsabilidade do Poder Público, admite-se excludentes ou atuantes da responsabilidade estatal como culpa exclusiva da vítima ou força maior. (BITTENCOURT, 2015)

Por tudo quanto exposto, e não sendo o objetivo do presente trabalho esgotar a classificação e atributos da responsabilidade civil, conclui-se que a violação de um dever, seja ele qual for, foi regulamentado de forma ampla pelo legislador, que concebeu a possibilidade de ocorrência de inúmeras situações, existentes ou futuras, das quais as vítimas poderão se valer do texto normativo na busca pela tutela de seus direitos.

Não havendo dúvidas acerca da obrigatoriedade de reparar ou compensar dano causado a outrem, persistem discussões a respeito da moralidade da indenização por danos morais, bem como a respeito do *quantum* indenizatório.

Sugere o artigo 944 do Código Civil que a indenização seja medida de acordo com a extensão do dano, sendo esse o meio cabível para reparar ou compensar a vítima de um evento danoso por meio de indenização ante a ocorrência de danos morais ou materiais, nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.

No campo prático, porém, mesmo assim enfrenta-se a dificuldade na fixação do valor em razão da ausência de critérios objetivos capazes de nortear a fixação do *quantum* indenizatório; e da subjetividade do dano moral.

Nem sempre uma decisão judicial fixará quantum realmente correspondente ao dano suportado pela vítima, e a consequência disso é o deferimento de indenizações em quantias oscilantes. Para um mesmo caso, por exemplo, o Poder Judiciário fixou indenizações em valores muito distintos, o que acaba por causar insegurança jurídica.

Incumbe à jurisdição analisar o caso concreto e condenar o agente causador do dano ao pagamento de valor compatível com o sofrimento causado e a conduta praticada. Neste sentido, Souza ensina que:

é importante que o juiz no caso concreto individualize o dano sofrido pela vítima, mesmo que o dano sofrido seja semelhante a outros casos de mesma natureza. E também é importante analisar é o patrimônio ou o valor da pessoa humana que prepondera no caso em questão". (SOUZA et al, 2013, p.40).

Na busca de critérios norteadores para a fixação das indenizações, e com o objetivo de se evitar decisões surpresa ou muito distintas, e diante do discricionário e árduo trabalho dos magistrados na construção de decisões que condenassem os agentes causadores de dano ao pagamento de indenizações, a doutrina passou a

buscar soluções.

Há quem defenda que tarifar o dano moral seria opção viável, tendo, inclusive, tramitado o Projeto de Lei n.º 150/99 no Senado Federal, cuja autoria foi do Senador Antônio Carlos Valadares. Seu objetivo era a limitação do montante de indenização.

Inobstante, vale lembrar que espécie de tarifação havia sido prevista na Lei de Imprensa, declarada inconstitucional pelo STF em meados de 2009. O mesmo foi feito na Reforma Trabalhista, que estabeleceu limitação às indenizações por danos extrapatrimoniais. Não sendo tal modelo o ideal, atualmente, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade aguardam julgamento pelo STF.

Alguns anos depois, em 2008, outro Projeto veio a tramitar, de autoria do Senador Valter Teixeira, também com o objetivo de estabelecer limitações às indenizações. De sorte, nenhum deles foi aprovado.

Se há quem defenda o estabelecimento de limitação ao dano moral, também há quem defenda o estabelecimento de um valor mínimo. É o caso do Deputado Armando Falcão, autor do Projeto de Lei n.º 3.829/66, por meio do qual pretendeu-se chegar à fixação de um marco inicial e, com base nele, estabelecer um multiplicador de modo a definir o *quantum* devido.

O sistema tarifado encontra adeptos renomados, como Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 14), que entende que tarifá-lo pode vir a ser útil para evitar o excesso de subjetivismo dos magistrados, e evitar que casos semelhantes recebam tratamento absurdamente distinto. Configura, ao menos em tese, lógico e justo o valor das indenizações.

Rui Stoco concorda com tal posicionamento, defendendo que a tarifação seria útil para evitar indenizações milionárias e até mesmo pífias. Argumenta, assim, que tal sistema seria benéfico para quem busca auxílio judicial compatível com o ordenamento jurídico na medida em que garante reparação à vítima sem suprimir a liberdade do magistrado. (STOCO, 2001)

Tal tese, porém, merece ser contestada uma vez que afronta o princípio da equidade e limita a jurisdição para a aplicação da justiça do caso concreto. Tarifar significa negar a tarifação plena. (SANTOS, 2003)

Além disso, permite com que inescrupulosos enxerguem oportunidades de lucro no tabelamento, o que, lamentavelmente se vislumbra, por exemplo, nas relações de consumo ou trabalhistas.

Permanecem dúvidas, portanto, sobre qual a melhor saída, sugerindo Nehemias Domingos de Melo que somente o livre e prudente arbítrio do juiz será eficaz como critério para a fixação de um valor indenizatório, que se constituirá pelas peculiaridades de cada caso. Noutras palavras, não já meio mais eficaz de se fixar o *quantum debeatur* que a atuação da jurisdição com base na razoabilidade e proporcionalidade.

Considerando inexistir limitações ao dever de indenizar, e considerando os dispositivos contidos na Constituição Federal e no Código Civil sobre o assunto, defende-se a reparação de forma integral, com o intuito de compensação à vítima; punição ao ofensor; e exemplaridade para a sociedade.

Sugere-se como critério norteador da fixação do *quantum*, com base nos estudos formulados por Nehemias Domingos de Melo, a análise das circunstâncias fáticas, as condições pessoais, políticas e econômicas do agente e da vítima, além da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na tomada de decisões. (MELO, 2011)

A utilização de tais princípios se mostra imprescindível pois entende-se que a condenação não pode ser “tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.” O princípio da lógica e o bom senso devem ser a bússola norteadora do julgador (PEREIRA, 1996, p. 60).

Lamentavelmente, verifica-se a ocorrência de abusos nas esferas ordinárias, pela fixação de valores irrisórios ou, até mesmo, exorbitantes, consequência da subjetividade do dano moral, situação que gera insegurança jurídica para as vítimas e provoca discussões na doutrina.

Soma-se à disparidade das indenizações o elevado número de casos envolvendo a prática de atos lesivos à esfera individual, em especial nas relações de consumo e na era da tecnologia da informação, defendendo alguns doutrinadores que, quanto maior for a pena pecuniária, menor será a prática de atos lesivos e o índice de reincidência.

Trata-se de instituto conhecido como *Punitive Damages*, que teve origem no século XVII, nos países de origem algo-saxônica, que adotavam a *Common Law*, persistindo em diversos países, em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos da América (ANDRADE, 2009).

Assim como no Brasil, as legislações norte-americana e inglesa preveem punições à prática de um ato lesivo, porém com intuito manifestamente preventivo,

punitivo e compensatório. Sua importância é tal que é possível encontrar traços dessa doutrina no mundo inteiro, e faz-se presente em nada menos que 45 (quarenta e cinco) dos 50 (cinquenta) estados norte-americanos. (SOUZA, 2010)

O instituto pode ser conceituado como a soma em dinheiro conferida à vítima de ato danoso e autor de ação indenizatória, em valor consideravelmente superior à compensação/reparação do dano, tendo em vista a finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade (*deterrence*), opondo-se aos *compensatory damages*, que consistem em valor de indenização razoável e compatível com o dano sofrido, fixado com o intuito de se ressarcir os prejuízos causados. (COSTA *et al*, 2005)

O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização com o objetivo de sancionar condutas especificamente reprováveis. Trata-se de pena civil revertida em favor da vítima. (COELHO, 2005)

A doutrina, porém, mostra-se incompatível com o direito brasileiro, em especial se considerada a redação do artigo 944 do Código Civil, que assegura a indenização ampla, porém regulada de acordo com a extensão do dano.

Ademais, o ordenamento pátrio já conta com instrumentos capazes de evitar a prática de atos lesivos. Sua aplicabilidade é que não é tão efetiva como se deseja, não coibindo a perpetuação de danos. Assim, de nada adiantaria a implementação dessa doutrina se os mecanismos constantes em nossa legislação são utilizados de forma falha.

Outros fatores pelos quais a adoção do instituto, assim como a tarifação, não se apresenta como alternativa viável, são o fato de o valor das indenizações serem incompatíveis com o faturamento das empresas de médio e pequeno porte; e a possibilidade de as indenizações fomentarem a famosa “indústria do dano moral”.

Se a doutrina dos *Punitive Damages* não se revela atrativa, tampouco é a compensação pecuniária dos danos morais para parte dos doutrinadores. Há quem defenda a imoralidade de se indenizar a dor, tendo sido esse o argumento para que, em um primeiro momento, houvesse resistência em aceitar a hipótese de indenização. Por considerar que a dor não tinha preço, uma indenização por essa dor seria imoral, o que fez com que muitas vítimas de um dano jamais se vissem recompensadas pelo sofrimento. (MELO, 2013)

Há, ainda, quem questione qual seria o argumento lógico para defender que um indivíduo lesado em sua honra tenha seu *status quo ante* devolvido de um valor

pecuniário. Eis o posicionamento do Professor Adriano Stanley, que lembra o fato de que Kant considerou o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento de seu imperativo categórico, segundo o qual no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. (SOUZA, 2017)

O preço está ligado ao valor exterior, ou seja, o valor de mercado; enquanto a dignidade está ligada ao valor interior e ao campo moral. Faz-se, ainda, a seguinte diferença entre os elementos “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade”. (SOUZA, 2017 apud MORAES, 2003)

A dignidade, conforme visto anteriormente, configura elemento subjetivo e complexo, não sendo reparada pelo pagamento em pecúnia. Em verdade, em parte dos casos, a reparação; a devolução ao estado anterior, se mostra impossível. Não seria, nesses casos, mais eficaz uma obrigação de fazer? Esta provavelmente traria de volta a paz e o conforto perdidos.

Apenas a título de exemplo, o Professor Adriano Stanley cita um caso muito comum que enseja a reparação civil por meio do pagamento de indenização por danos morais: a negativação indevida do nome. Imagine que uma pessoa teve seu nome injustamente incluído junto aos serviços de proteção ao crédito. Se, ao invés de se condenar o causador do dano ao pagamento de um valor pecuniário, este comparecesse junto à imprensa, seja ela escrita ou falada, para que publicasse uma nota de desagravo assumindo o erro daquele ato, não seria uma medida muito mais eficaz para a recuperação de seu nome e de sua imagem? Dessa forma, os Direitos da Personalidade estariam efetivamente protegidos, sendo esse o objetivo da reparação civil. (SOUZA, 2017)

Sob tais argumentos, repudia-se a doutrina dos *Punitive Damages*, sugerindo o resgate das reparações *in natura* como forma de efetivamente reparar o *status quo ante* e evitar a proliferação da “indústria do dano moral”.

Abordada a responsabilidade civil e tecidas as críticas devidas, importa agora analisar a coexistência desse instituto em relação ao Direito ao Esquecimento, o que se propõe a seguir.

7.1. A responsabilidade civil e o direito ao esquecimento

Trazendo a responsabilidade civil para o campo prático, e mais precisamente para o debate em torno do Direito ao Esquecimento, muitas são as discussões que

se inauguram. Fora explicado anteriormente que o instituto pode ser invocado pela vítima ou pelos familiares desta quando não se deseja que fato que diga respeito à vida pretérita seja lembrado, haja vista o fato de o acontecimento não condizer mais com sua imagem construída; ou já ter decorrido tempo suficiente desde o ocorrido, não sendo justificável, ao menos pela perspectiva do interesse público, a manutenção da disponibilidade de tal informação.

Há casos, porém, em que o direito ao esquecimento vem a ser violado, *surgindo* a obrigação de reparar os danos causados, seja de forma *in natura* ou por meio de indenização. Nesses casos, a vítima continua sendo detentora do direito de ser esquecida, bem como do de esquecer, mas percebe-se a coexistência harmônica desse instituto com a responsabilidade civil.

Doutrina e jurisprudência têm adotado a tese do direito ao esquecimento para os casos em que a imprensa extrapole seu direito/dever de informar e cometa eventuais abusos, conforme se verificou no subcapítulo 2.2. A reparação, em todos os casos, se deu, tanto por meio de pecúnia, quanto por meio de obrigação de fazer ou não fazer. Como exemplo, é possível citar a determinação de exclusão de informações que provoquem lesões à esfera individual de uma determinada pessoa; ou a proibição de divulgação de certas informações.

As discussões ganham relevância em uma sociedade de superinformação, globalizada, altamente conectada e, algumas vezes, refém da tecnologia. Nela, os atos ilícitos decorrentes da exposição indevida encontram campo fértil e acabam atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana, sua honra, imagem e vida privada.

Assim, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento decorre dos direitos da personalidade, e, paralelamente, pode ser enxergado como uma extensão da responsabilidade civil.

Com o objetivo de evitar que abusos sejam difundidos, o legislador, assim como o intérprete do direito, precisa criar e aplicar ferramentas capazes de coibir exageros, além de reparar ou compensar a vítima pelo dano sofrido. É nesse ponto que o direito ao esquecimento e a responsabilidade civil passam a coexistir em perfeita harmonia: os danos eventualmente perpetrados, lesivos aos direitos da personalidade, podem gerar responsabilização civil, admitindo, concomitantemente, a aplicação do instituto do direito ao esquecimento no caso concreto. Afirma-se, assim, que a responsabilização civil se apresenta como forma de efetivação do

direito ao esquecimento.

Destaca-se que, ainda que a convivência entre os institutos seja harmoniosa, e que a responsabilidade civil assegure o direito ao esquecimento, tratam-se de institutos completamente independentes. Isso porque o direito ao esquecimento não obrigatoriamente conduz ao dever de indenizar; e o dever de indenizar não obrigatoriamente conduz ao direito ao esquecimento.

Para que surja a obrigação de indenizar, alguns pressupostos são necessários, como a existência de um fato antijurídico, seja ação ou omissão; que o fato possa ser imputado a alguém; que algum dano tenha sido perpetrado; e que tal dano possa ser juridicamente considerado como causa do ato praticado. (NORONHA, 2010)

Noutras palavras, para que haja a responsabilização civil, é necessário o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Paralelamente, para que haja o direito ao esquecimento, é necessário que a imprensa tenha extrapolado seu poder/dever de informar, veiculando e difundindo informações de forma abusiva, sem qualquer filtro, de modo a entrar em conflito com os direitos da personalidade.

Para melhor assimilação da coexistência do direito ao esquecimento e da responsabilidade civil, propõe-se a análise de alguns casos concretos já abordados superficialmente acima.

O primeiro caso em que se vislumbrou a coexistência da responsabilidade civil e do direito ao esquecimento foi na Chacina da Candelária (STJ, REsp1.334.097 – RJ). Nele, o Autor invocou seu direito de não ser lembrado, bem como indenização em valor equivalente a 300 salários mínimos, em razão da exposição indevida de seu nome e imagem no programa Linha Direta, veiculado pela TV Globo, no qual narrou-se a ocorrência de um crime do qual fora absolvido.

O fundamento de seu pedido foi o fato de a exibição do episódio ter reacendido sua imagem de chacinador e ódio, ferindo seu direito à paz, anonimato e privacidade social. Em razão disso, acabou sofrendo prejuízo social e profissional.

A TV Globo, para se defender, alegou não ter praticado nenhum ato ilícito, inexistindo dever de indenizar. Sustentou que esse tipo de programa é muito comum no Brasil e no exterior; e não se verificou invasão de privacidade, uma vez que os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte de acervo histórico do povo.

Asseverou que o “fato da pessoa se relacionar com a notícia de fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de sua autorização”. (BRASIL, 2013).²⁵

O Juízo da 3ª Vara Cível julgou improcedente o pedido de indenização, tendo sido interposta apelação. A sentença foi reformada, tendo sido fixada indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Foram opostos Embargos Infringentes e Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados, tendo sido mantido o valor fixado anteriormente.

Em seguida, foram interpostos Recurso Especial e Extraordinário, tendo o Superior Tribunal de Justiça pontuado que a discussão dos princípios desafia decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre princípios em confronto. Cabe ao Judiciário, nesses casos, delimitar quais deles podem ser violados em caso de conflito, sugerindo a ponderação; e que um seja superior ao outro em determinado caso. Para o órgão, somente por meio da ponderação é que seria possível afastar a censura.

Entendeu-se que o direito ao esquecimento se tornou mais complexo quando aplicado na internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado, o que, inclusive, já fora pontuado anteriormente.

Após realizar análise de teses favoráveis e contrárias ao direito ao esquecimento, considerou que a Constituição Federal parece sinalizar que, no conflito aparente entre bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, certa predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.

Para a tomada final da decisão, buscou-se compreender em que medida a “verdade jornalística” influencia e destoa da “verdade dos autos”, de modo a comprometer um julgamento justo e a influenciar a opinião de toda a sociedade acerca do acontecimento.

Decidiu-se que, no caso em apreço, a reconstituição do crime poderia ter sido feita sem que a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede

²⁵ Chama atenção o argumento utilizado pela TV Globo, que indica que, a partir do momento em que uma pessoa se envolve em um determinado acontecimento, ainda que tenha absolvido, é obrigado a suportar esse fardo pelo resto da vida. Tal posicionamento é totalmente contrário ao Direito ao Esquecimento, como se percebe.

nacional. Assim, a liberdade de imprensa não seria tolhida, nem a honra da vítima seria maculada caso fosse ocultado seu nome e fisionomia. Assim, asseverou que a ponderação de valores seria a melhor solução ao conflito, tendo sido mantido o acórdão ora hostilizado, mantendo-se a indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em razão do reconhecimento da violação do direito ao esquecimento, bem como de seus direitos da personalidade.

Nesse caso, vislumbra-se, primeiro a existência de um direito ao esquecimento que, violado, deu origem à reparação civil e a uma obrigação de fazer. O fundamento de tal decisão foi a combinação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que tratam da prática de um ato ilícito e do conseqüente dever de indenizar, em razão do reconhecimento da desnecessidade de a imprensa, no cumprimento de sua função, trazer à tona o ocorrido tantos anos depois, e pior: fazendo menção a quem já foi absolvido.

Tal imposição se justifica, conforme ensina Álvaro Lima, pelo fato de que “o legislador recorre ao preceito genérico, que condena o ato ilícito, traçando-lhe os elementos característicos”, de modo a impor uma série de restrições às condutas humanas a fim de assegurar estabilidade e paz social. (LIMA, 1960, p. 60).

Fato é que, por mais que se reconheça que a imprensa deva cumprir com seu dever de informar, ela é responsável por todas as informações e conteúdos que veicula e divulga, podendo vir a ser condenada a suportar indenizações, bem como a excluir dados, fotografias e demais materiais que eventualmente venham a ofender a vítima.

Significa dizer que, sempre que a imprensa vier a cometer abusos no exercício de informar, comete ato ilícito, de modo que, vindo a causar danos àquele que foi exposto indevidamente, encontra-se obrigada a indenizá-lo.

Vale lembrar que se deve ter cautela ao fazer tal afirmação para evitar eventuais censuras: não é necessário que sempre que houver dano à imagem, à dignidade da pessoa humana ou à privacidade, seja aplicado o direito ao esquecimento. Em verdade, não é necessário, nem aconselhável, pois se corre o risco de silenciar a história, apagar a identidade de um povo, acontecimentos e referências importantes. A atitude de analisar e compreender fatos do passado permite o aprendizado e a evolução.

Se essa foi a conclusão do Poder Judiciário quando da análise do caso Chacina da Candelária, o mesmo não se pode dizer sobre o caso Aída Curi. O

mesmo raciocínio, quando aplicado neste outro caso, resultou em julgamento diverso, de modo que, mesmo tendo sido invocada a responsabilidade civil concomitantemente à preservação do direito ao esquecimento, aquela fora negada.

Trata-se de Recurso Especial 334.097/RJ interposto pela família de uma jovem morta no Rio de Janeiro, cuja história foi mencionada no item 2.2.2 do presente trabalho.

A ação fora ajuizada também em desfavor da TV Globo em razão da reconstituição do crime no programa Linha Direta, envolvendo a jovem Aída, assassinada após ter sido sexualmente violentada por 3 (três) rapazes em 1958, na cidade do Rio de Janeiro. Os irmãos da vítima foram os responsáveis pelo ajuizamento da ação, tendo eles invocado a extensão do direito ao esquecimento, alegando que não desejavam resgatar tal história, que acontecera há muitos anos, e que já não mais fazia parte do conhecimento comum da população.

Pleitearam indenização por danos morais, em razão da dor de reviver o passado; além de indenização por danos materiais e à imagem, em razão da exploração comercial do crime e da falecida, narrando que a veiculação do programa abordado a vida, a morte e a pós morte de Aída reabriu muitas feridas.

A 47ª Vara Cível da Capital do Rio de Janeiro julgou improcedente o pedido formulado, tendo sido interposta Apelação, que manteve a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, ao argumento de que a Ré cumpriu com a função social de informar, alertar e abrir debate sobre o controvertido caso. Dois Embargos de Declaração foram opostos e rejeitados.

Em seguida, os Autores interpuseram Recurso Especial e Extraordinário, tendo o Superior Tribunal de Justiça considerado que a delimitação dos valores que podem ser violados constitui cenário perigoso ao jurisdicionado. Reconheceu que a tese dos autores é a proclamação do direito ao esquecimento, no sentido de não reviver contra a sua vontade a dor antes experimentada.

Apesar de o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, nesse caso, ter sido bem semelhante àquele proferido no caso da Chacina da Candelária, a conclusão se deu de forma diferente.

O Ministro destacou que o direito ao esquecimento reconhecido para todos, de ofensor a ofendido, não alcança o caso tratado nos 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” (BRASIL, 2013)

Além de ter considerado a inviabilidade de dissociar o nome da vítima ao nome do caso, e ter considerado o lapso temporal decorrido desde o acontecimento do crime até a veiculação do programa (o equivalente a 50 anos, sendo tal prazo, em tese, suficiente para que nenhum dano moral fosse perpetrado), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não ficou constatado abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, assim, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. Optou, assim, por negar provimento ao recurso especial.

Ou seja, no caso Aída Curi, reconheceu-se o direito ao esquecimento dos familiares da vítima e o fato de não quererem ver o caso ser lembrado pela imprensa, concordando-se com o fato de que a reportagem trouxe de volta antigos sentimentos de dor, angústia e revolta diante do crime ocorrido. Deixou-se, porém, de reconhecer a ocorrência de um dano moral, entendendo que não faziam jus os Autores à indenização.

Um terceiro caso²⁶ que pode ser mencionado para explicar os desdobramentos do direito ao esquecimento não teve tanta repercussão como nos exemplos anteriores, mas merece ser analisado no presente trabalho.

JPE e RMN, ambos maiores, eram dois amigos que foram pegos em flagrante na *blitz* da Lei Seca na cidade de Betim/MG quando saíam de uma festa no ano de 2008. Enquanto um deles conduzia o veículo, o outro se encontrava no banco do passageiro quando foram abordados pela Polícia Militar.

Como a Lei 11.705/08 se encontrava em vigor há pouco tempo, uma emissora de televisão acompanhava a operação, filmando e entrevistando policiais e motoristas. Quando da abordagem, e sendo confirmada pelo bafômetro a ingestão de álcool, ambos os jovens acabaram sendo expostos em um programa televisivo.

Na ocasião, ficaram muito envergonhados, tendo o fato tomado grandes proporções entre os amigos e familiares dos envolvidos. Passados alguns anos, aquilo acabou caindo no esquecimento.

Ambos concluíram os estudos e passaram a exercer papel de destaque dentro de multinacionais, não sendo o episódio condizente à imagem que construíram quase uma década após o ocorrido.

²⁶ Os dados dos Autores, do local e o número do processo são fictícios, sendo que os dados reais não serão divulgados para fins de proteção da imagem dos envolvidos.

Ocorre que, no ano de 2016, os amigos descobriram que o programa exibido naquele fatídico dia ainda se encontrava disponível no site da emissora, de modo que, já tendo a imprensa cumprido sua função social e não sendo mais pertinente a exibição de tal informação, a manutenção da informação significava apenas a violação da imagem dos Autores, sendo lesiva aos direitos da personalidade, e violando o direito de serem esquecidos e esquecer o corrido.

Assim, ingressaram em juízo pedindo nada além da intervenção do Poder Judiciário para assegurar o direito ao esquecimento. Quando da apreciação do pedido, o Magistrado entendeu que a reportagem em questão divulgava a imagem dos Autores em situação vexatória que certamente pode lhes causar ainda mais danos. Entendeu, ainda, que já havia decorrido tempo o suficiente para tornar a exibição, que antes seria lícita por cumprir com o dever de informar e se encontrar condizente com os anseios sociais, ilícita.

Assim, determinou-se a retirada da reportagem do ar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais).

A penalidade imposta junto à procedência do pedido significa uma sanção de natureza patrimonial cominada como preceito secundário. Não se trata de indenização a ser prestada em favor dos Autores, uma vez que não ocorrera um dano efetivo, e sim medida inibitória com o intuito de evitar a ocorrência dele.

O que se conclui pela análise dos casos é que direito ao esquecimento e responsabilidade civil são institutos diferentes, podendo ou não coexistir, o que dependerá do caso concreto e da competente análise do julgador. Conclui-se, ainda, que diversos são os mecanismos passíveis de serem empregados com o intuito de se evitar violações aos direitos da personalidade.

8 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, após a pesquisa empenhada, verificou-se que o direito ao esquecimento vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões, especialmente com o advento da internet e outras tecnologias que facilitam a obtenção e divulgação de informações de forma desenfreada e sem qualquer tipo de filtro.

Assim, ao longo da presente pesquisa, tratou-se de analisar no que consiste o Direito ao Esquecimento por meio de esforço conceitual, historicidade e análise de casos concretos.

Compreendendo ser o direito ao esquecimento fruto dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, corolário da sistemática constitucional, foi necessário compreender sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua natureza jurídica, conferindo-se, posteriormente, enfoque sobre a tutela da intimidade e da vida privada, que tanto são violadas na sociedade contemporânea.

Tais direitos, que desafiam a atuação do julgador quando se invoca o direito ao esquecimento, podem conflitar diretamente com o direito de informar, de se informar e de ser informado; e também com a liberdade de imprensa.

Por mais que se entenda a sistemática jurídica como una, principalmente na era da internet, o operador do direito se vê desafiado. As redes sociais, os registros dos dados pessoais, a infinita capacidade de armazenamento da rede e o acesso público das informações ali contidas são terreno fértil para tal discussão.

Em sendo necessária a resolução de conflito normativo, recomenda-se que os critérios objetivos estabelecidos pela doutrina sejam utilizados a fim de viabilizar a melhor resposta ao caso concreto. Inobstante, com base no Estado Democrático de Direito, acredita-se que a melhor solução se dê sem abrir mão, na medida do possível, do maior número de princípios; e, quando isso se tornar impossível, que se faça uso da racionalidade discursiva baseada na imparcialidade.

Buscou-se, assim, resolver a problemática existente acerca da possibilidade de se invocar o direito ao esquecimento, ante a inexistência de parâmetros concretos quando da existência de conflito principiológico e ante a inexistência de legislação específica, entendendo-se pela imprescindibilidade de sua criação.

Superada tal questão, vislumbrou-se que há casos em que não apenas o

exercício de tal direito seja suficiente para a vítima, que foi lesada em sua esfera material ou moral. O estudo da afronta aos direitos da personalidade indicou que a responsabilidade civil é medida que se impõe sempre que um dano vier a ser perpetrado em face de um indivíduo, como meio de reparar ou compensá-lo pelo dano sofrido.

Partindo de tal pressuposto, a responsabilidade civil também acaba por frear abusos que eventualmente são cometidos, configurando uma garantia do direito ao esquecimento.

O presente trabalho confirma, portanto, não apenas a extensão do direito ao esquecimento em sua dimensão de responsabilização civil, mas a possibilidade de coexistência dos institutos de forma perfeitamente harmônica sempre que se verificar abuso no poder/dever de informar e, em decorrência disso, vier a causar danos a algum ente dotado de personalidade jurídica, seja de cunho moral ou material.

Impõe mencionar que esta garantia não é conferida apenas às pessoas físicas, estendendo-se também às pessoas jurídicas, nos termos da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça e do art. 52, do Código Civil, que determinam a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas.

Em que pese a perfeita harmonia do direito ao esquecimento e da responsabilidade civil nos casos mencionados, impõe-se mencionar que os institutos gozam de autonomia, uma vez que o direito ao esquecimento não se encontra contido na responsabilidade civil, e não é uma consequência dela, mas uma extensão.

Dessa forma, o direito ao esquecimento pura e simplesmente não pressupõe indenizações, sendo o contrário igualmente verdadeiro. Isso porque cada um desses institutos tem fundamentação e natureza jurídica diversa.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. **A extensão do direito ao esquecimento em sua dimensão de responsabilização civil e a possibilidade de coexistência dos institutos**. In: POLI, Leonardo Macedo. SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes. **Direito Civil na Contemporaneidade 4**. Belo Horizonte, D'Placido, 2017.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão e Discurso**: Estudo para a Filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. **Shadow profiles e a Privacidade na Internet: a coleta de dados pessoais de usuários e não usuários das redes sociais** / Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida – Porto Alegre, RS: Editora FI, 2019.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital**. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf>. Acesso 21 ago 2019.

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **Os direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro à luz de um conceito ontológico de pessoa**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19981/1/RODRIGO%20ANDRADE%20DE%20ALMEIDA.pdf>> Acesso 18 jul 2019

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 6. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. **Dano moral e indenização punitiva: o punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. **STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez**. 2013. Disponível em: <<https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100548144/stj-aplica-direito-ao-esquecimento-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 11 jul 2019.

BARROS, Thiago. **Internet completa 44 anos; relembre a história da web**. In TechTudo. Publicado em 07/04/2013, 2013. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/04/internet-completa-44-anos-relembre-historia-da-web.html>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação**. In Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAYER, Diego. **Na série “julgamentos históricos”: Aida Curi, o júri que marcou uma época.** Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>>. Acesso 16 jul 2019.

BERNARDO JÚNIOR, Lúcio. **Comissão rejeita remoção de links da net para dados irrelevantes ou defasados.** 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/515313-COMISSAO-REJEITA-REMOCAO-DE-LINKS-DA-NET-PARA-DADOS-IRRELEVANTES-OU-DEFASADOS.html>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BITTAR, **Direito ao Esquecimento.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol 113/2019, p. 15-30, Maio – Jun/2019.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. **Manual de Direito Administrativo.** 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 133.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: EDIPRO, 2011.

BORGES D'URSO, Luiz Flávio. **OAB SP defende liberdade de imprensa.** 2006. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/05/03/3606>. Acesso em 16 out. 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet / Sérgio Branco.** – Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL, Constituição Federal de 1946. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Decreto 4743 de 1923. **Diário Oficial da União.** Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4743-31-outubro-1923-567758-publicacaooriginal-91090-pl.html>>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Lei 2083 de 1953. **Diário Oficial da União.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2083.htm. Acesso em 05 set 2019.

_____. Lei de 20 de setembro de 1830. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Lei n.º 10406 de 2002. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

_____. Lei n.º 12.737 de 2012. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>

_____. Lei n.º 13188 de 2015. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Lei n.º 13709 de 2018. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso 15 nov 2019.

_____. Lei n.º 9610 de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>

_____. Lei n.º 3071, de 01 de janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados do Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso 26 set 2019.

_____. Lei n.º 5250 de 1967. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.488.800. Rel. Min. Moura Ribeiro. **Diário Eletrônico de Justiça**. Data do julgamento: 28/06/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/473742869/andamento-do-processo-n-2014-0230841-0-agint-embargos-de-divergencia-resp-30-06-2017-do-stj>> . Acesso em 05 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de número 583.00.2012.192672-8. Requerente: Nissim Ourfali. Requerido: Google Brasil Internet LTDA. 1a. Vara Cível de São Paulo. **Diário Eletrônico de Justiça**. Publicado em 21/09/2012. Disponível em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=6&nuDiario=1272&cdCaderno=18&nuSeqpagina=1>> . Acesso em 05 out. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 7881/2014. Dep. Eduardo Cunha. Câmara dos Deputados. 2014. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>>. Acesso 14 jul 2019.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 4**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2002. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 7 de Maio. 2016.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 139**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2004. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>>. Acesso em: 7 de Maio. 2016.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 576**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 7 de Maio. 2016.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 531**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 7 de Maio. 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 276**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/232>>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 274**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Notícias. **Liberdade de expressão garante democracia, diz Carmen Lúcia**. In sítio eletrônico do CJN. Publicado em 11/06/2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86996-liberdade-de-expressao-garante-a-democracia-diz-carmen-lucia>>. Acesso em 05 set 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Especial (REsp 1.334.097/RJ). Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10.09.2013. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>> . Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Notícias. **Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. In. sítio eletrônico da Justiça Federal – TRF4. Publicado em 25/14/2013. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9059> . Acesso em 19 set. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 6ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **Derecho civil de España**. Vol.1: La persona y su estado civil. T2: Derecho de la persona. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol.2., 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/books/11/>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____, Thomas McIntyre. **A Treatise in the law of Torts**. 2ª ed. Chicago, 1888.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (Punitive Damages e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ, vol. 9, n.º 28 jan./mar. 2005.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira – 3. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Segundo Distrito. Apelação. **William James Sidis vs. Fr Publishing Corp.**, Relator Justice Clark. Julgado em 20 jul 1940. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>>. Acesso 14 jul 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIUZA, César. **Autonomia privada: direitos da personalidade**. César Fiuza [Org.]. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. (Coleção Direito Civil Contemporâneo).

_____, César. **Direito Civil: curso completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____, César. **Direito civil: curso completo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 118.

FRAJHOF, Isabella Z. **O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias** / Isabella Z. Frajhof. – São Paulo: Almedina, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v3: responsabilidade civil – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. 1999, Revista de informação legislativa. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/514>> Acesso 13 set 2019.

GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade** / Edoardo Gianotti. – Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro. volume 4: responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976.

GUEDES, Néviton. **Princípio da concordância não contraria ponderação de bens**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>> Acesso em 14 jul 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEGAL DICTIONARY. **Injunction (definition)**. In. Search Legal Terms and Definitions. Disponível em: < <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=962>>. Acesso 24 jul 2019.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Lei 13188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder?**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-nov-16/direito-civil-atual-lei-131882015-direito-resposta-quem-nao-responder>> Acesso 05 set 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUCHETE, Felipe. **Risco do direito ao esquecimento é afastar sociedade de seu passado, diz PGR**. In Conjur. Publicado em 12 de julho, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/risco-direito-esquecimento-limitar-historia-pgr>>. Acesso em: 25 set. 2019.

LUD, Natanael, NUNES, Dierle, PEDRON, Flavio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 5 ed. São Paulo, RT, 2012.

MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, José Mário Delaite de. **O dano moral e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34232/o-dano-moral-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso 19 set 2019

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2.ed. ver., atual. E aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/liberdade/>>. Acesso 09 set 2019.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. ALVES, Rubens Valtecídes. **Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual**. Revista de Direito Privado, ano 16, vol 64, p. 81-102. São Paulo: RT, out-dez, 2015.

_____, Rodrigo Pereira. MEDEIROS, Jaqueline Souza. **Direito ao Esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo**. Revista de Direito Privado. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 17, volume 70, outubro de 2016.

NOLETO, Mauro. O caso Lebach: o sopesamento. 2008. Disponível em: <<http://constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html>>. Acesso 12 jul 2019

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. **A nova lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann>>. Acesso 17 jul 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso 09 set 2019.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. **O direito ao esquecimento frente à liberdade de expressão e de informação**. 2014. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1202/O%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1>. Acesso: 11 jul 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Atual. Caitin Mulholland. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Caio Mário. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINHEIRO, Aline. **O direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na União Europeia**. 2016. <http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-esquecimento-internet-vira-lei-uniao-europeia>. Acesso em: 12 jul 2019.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito civil**. t. 2 São Paulo: Borsoi, 1968.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Hildo. **Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania**. PL 15/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1395933&filename=Tramitacao-PL+215/2015. Acesso em: 14 jul. 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Maria Celina Bodin de Moraes (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs->

agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso 14 jul 2019.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

SARTOR, Giovanni. **The right to be forgotten: dynamics of privacy and publicity**. In: L. Floridi (ed.) *Protection of Information and the Right to Privacy – a new equilibrium? Law, Governance and Technology Series 17*. Springer International Publishing, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Danos morais ou expert Money?** In: dano moral como enriquecimento sem causa ou tutela de Direitos da Personalidade”. Editora Conhecimento. Belo Horizonte. 2017.

_____, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Morais; CALDAS, Andréa Gauthier. **Dano moral & Punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, M. S.; **A aplicação da teoria dos "punitive damages" nas relações de trabalho. Instrumento para efetividade dos direitos trabalhistas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2537, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15014>>. Acesso em 17 set 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, apud Alice Monteiro de Barros - BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito ao Esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade**. O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà / Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (coords). – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 12, n. 12, jul/ago. 2001.

UNIÃO EUROPEIA. **Protección de los datos personales**. EUR-Lex. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114012>>. Acesso em: 24 out. 2016.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso**

tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 22.

VEJA. **Advogado de Carolina Dieckmann desiste de processo contra o Google.** In. Revista Veja (online). Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/entretenimento/advogado-de-carolina-dieckmann-desiste-de-processo-contra-o-google/>>. Acesso 17 jul 2019

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VITAL DO RÊGO, Veneziano. **PL 1676/2015.** Câmara dos Deputados. 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=129574> 1. Acesso em 23 out 2016.

VIVIANI, Luís. **Quando o direito ao esquecimento vira censura?** Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/quando-o-direito-ao-esquecimento-vira-censura-31082015>>. Acesso :11 jul 2019.

WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy.** Harvard Law Review. Vol. 4, n.º 193, 15 dez 1980. Disponível em <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso 12 jul 2019.