

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Sabrina Fernandes Ávila Prazeres¹
Lavínia Oliveira do Nascimento²

RESUMO

O direito ao esquecimento é um tema pouco abordado pelo no direito brasileiro, principalmente, no âmbito cível. Após a elaboração do Enunciado nº 531, durante a VI Jornada de Direito Civil a temática ganhou destaque, especialmente, quando diversas demandas chegam ao Poder Judiciário. Nestes termos, o objeto de estudo deste trabalho é uma análise sobre o direito ao esquecimento, no que tange ao seu enquadramento como direito da personalidade e o conflito existente entre esse direito e outros direitos fundamentais, principalmente, o direito à informação e à liberdade de expressão. Para o desenvolvimento do trabalho, no que se refere à metodologia, adotou-se como preceito o estudo exploratório, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Quanto à abordagem do conteúdo, o trabalho foi dividido em cinco etapas. Na primeira, tem-se a introdução, relatando uma visão geral do que será apresentado. Na segunda, aborda-se o conceito e a evolução histórica do direito ao esquecimento. Na terceira etapa, trata-se acerca dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, demonstrando o porquê do direito ao esquecimento ser considerado um direito fundamental. Na quarta etapa, analisa-se a colisão existente entre o direito ao esquecimento e os direitos à informação e à liberdade de expressão, apresentando a medida adotada para a solução desta celeuma. Por fim, na última etapa, verifica-se os principais casos em que o direito ao esquecimento foi suscitado.

Palavras-chave: Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade. Liberdade de expressão. Direito à informação.

ABSTRACT

The right of forgetfulness is a subject little addressed by Brazilian law, especially in the civil area. After the elaboration of Statement number 531, during the VI Civil Law Day the theme gained prominence, especially when several demands reach the Judiciary. In these terms, the object of study of this work is an analysis of the right of forgetfulness, with respect to its framing as personality law and the conflict between this right and other fundamental rights, especially the right to information and freedom of expression. For the development of the work, as far as the methodology was concerned, the exploratory study was adopted as a precept, through bibliographical and documentary research. As for the content approach, the work was divided into five stages. In the first one, one has the introduction, reporting an overview of what will be presented. In the second one, the presentation of the concept and the historical evolution of the right of forgetfulness. In the third stage, it is about the fundamental rights and the personality rights, demonstrating why the right of forgetfulness is considered a fundamental right. In the fourth stage, the collision between the right to oblivion and the rights to information and freedom of expression is analyzed, presenting the measure adopted

¹ Graduanda do Curso de Direito – Faculdade de Ilhéus – Ilhéus/BA – saahfernandes06@gmail.com

² Docente do Curso de Direito - 1 Faculdade de Ilhéus - Ilhéus/BA – lavinianascimento@hotmail.com

to solve this problem. Finally, in the last step, the main cases in which the right of forgetfulness was raised is verified.

Key-words: Fundamental right. Human dignity. Personality rights. Freedom of expression. Right to information.

1 INTRODUÇÃO

Com a gradativa utilização de novas Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs, disseminou-se no mundo jurídico discussões acerca do uso de informações pessoais antigas. À vista disso, novas nuances aos direitos já reputados na Constituição Federal de 1988 foram surgindo com o intuito de aproximar as normas jurídicas ao cenário atual.

Segundo Orth (2002, p. 22), vive-se em uma cultura de constantes transformações, em que o contexto econômico, social e político está cada vez mais massificado, internacionalizado e globalizado, mudando rápido e constantemente. Assim, a evolução da vida em sociedade, aliado ao desenvolvimento de tecnologias ligadas a comunicação e informação, caracterizou o cenário contemporâneo no chamado superinformacionismo.

A busca e exposição constantes a um volume crescente de informações, com maior velocidade e marcada pelas facilidades de acessar, compartilhar e armazenar, permitiu com que dados e imagens pretéritas fossem perpetuadas e utilizadas a qualquer tempo. Nesse contexto, ganha destaque a ideia do “direito ao esquecimento”, gerando reflexões acerca da necessidade de armazenamento de informações antigas por tempo indeterminado.

Nessa lógica, dados e informações nocivas à honra e imagem do indivíduo podem estar sob o resguardo desta nova seara prerrogativa. No entanto, tratar sobre o direito ao esquecimento no Brasil é um desafio, pois sobre a temática paira grande divergência doutrinária decorrente do conflito entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Há autores que discordam da existência de tal direito, principalmente quando diz respeito a possibilidade de limitação de liberdades comunicativas, acreditando haver a probabilidade de seu uso para manipular a memória coletiva (SARMENTO, 2016). Em contrapartida, há entendimento majoritário de que o direito ao esquecimento se insere na disciplina de proteção à privacidade (BUCAR, 2013), tutelado pela dignidade da pessoa.

As Tecnologias da Informação e da Comunicação presenciadas hodiernamente, em especial a internet, têm afetado de forma significativa a maneira como o ser humano vem se relacionando na comunidade, surgindo a necessidade de ampliar o conceito de privacidade para se adequar às situações as quais informações pessoais são difundidas vertiginosamente.

Nessa conjuntura, surge o direito ao esquecimento, que decorre da tutela da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, preconizando que o ser humano não deve ser perseguido por toda vida pelos atos praticados no passado. À vista dessa temática flutuam alguns questionamentos, dentre eles: é possível falar no direito ao esquecimento autorizando a supressão de informações? O direito à vida privada deve sobrepor ao direito à informação?

Diante da sensação de fragilidade instaurada pela revolução tecnológica, em que as pessoas passaram a temer a divulgação e a propagação da sua intimidade, o direito ao esquecimento mostrou ser a medida adequada para a efetiva proteção da vida privada, de forma a comprovar que o direito à informação não é um direito absoluto. Visto que os direitos à informação e à liberdade de expressão poderão sofrer restrições quando houver disseminação de conteúdos que firam direitos da personalidade, principalmente no que diz respeito à intimidade.

Ante o exposto, o presente artigo científico tem como objetivo principal abordar e examinar as questões relativas ao direito ao esquecimento à luz dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, como decorrência dos direitos à privacidade, intimidade e à imagem, bem como expor a sua aplicabilidade no contexto contemporâneo e os embates vivenciados entre este direito e os direitos ligados à informação, vez que o grande avanço da liberdade de informação instaurou a tônica no âmbito judicial, de modo que surgiram diversas demandas a serem enfrentadas pelo Poder Judiciário. Nesse cenário, torna-se necessário a análise e o estabelecimento de parâmetro entre o direito à informação em respeito à coletividade e o direito à privacidade em apreço à dignidade da pessoa humana.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: ASPECTO CONCEITUAL E HISTÓRICO

O direito ao esquecimento não possui respaldo na legislação pátria em norma expressa, tal direito decorreu de construção doutrinária e jurisprudencial que, com os séculos, foi sofrendo modificações, adquirindo novas vestimentas e ampliações.

Embora não apresente conceito mundialmente conhecido, o direito ao esquecimento, também chamado de direito de ser esquecido, tem origem na expressão inglesa “*right to be forgotten*” e apresentou durante o decurso do tempo diversas definições e perspectivas, contudo todas com conclusões similares. Para Cécile Terwangne (2012) o direito ao esquecimento é o direito das pessoas físicas de fazer com que a informação sobre elas seja borrada depois de um período. Nesse sentido, esse direito surge da necessidade do indivíduo

determinar o desenvolvimento de sua vida de maneira autônoma, sem ser estigmatizado por um ato específico realizado no passado (MANTELERO, 2013).

O direito ao esquecimento não se apoia apenas no fato de que a pessoa não precisa conviver permanentemente com erros ou embaraços praticados na vida particular, há, também, vertentes que compreendem o direito das vítimas ou dos seus familiares de não conviver com as lembranças de um fato que lhes cause dor.

Historicamente, o direito ao esquecimento não é uma concepção recente. Há alguns anos o tema tem sido alvo de discussão, mais precisamente na Europa e nos Estados Unidos. Em decisão, no ano de 1983, o Tribunal de última instância de Paris (Mme. Filipachi Cogedipresse) assegurou este direito nos seguintes termos:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (OST, 2005, p. 161).

Segundo Robert Fellner (2014), há duas versões distintas acerca da raiz histórica do direito ao esquecimento. A primeira versão compreende que o direito ao esquecimento teria surgido no âmbito das condenações criminais, onde ex-condenados, arguiam não gostar de ser associados ao seu passado criminoso, tendo em vista que haviam cumprido a pena, razão pela qual deveria haver a ponderação entre seu direito enquanto indivíduo, garantido a sua privacidade e o direito da sociedade de ter acesso à informação.

A segunda versão seria uma forma mais ampla de garantia, em que haveria a possibilidade do indivíduo, que tenha passivamente disponibilizado seus dados, requerer que estes fossem apagados, tal vertente surge em decorrência das novas formas de publicidade e de acesso à informação, que foram facilitadas pela internet.

No Brasil, há a concepção de que o direito ao esquecimento tenha surgido na esfera penal, especificamente, no campo das condenações criminais, objetivando garantir o direito à ressocialização, a fim de evitar que um ex-detento seja atormentado por toda vida pela transgressão cuja pena já tenha cumprido. Ao conferir esse direito, o Código Penal no artigo 93 e o Código de Processo Penal no artigo 748, asseguram aos condenados que cumpriram pena, o direito ao sigilo da folha de antecedentes, além disso, o direito de exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação. Compactuando com essa perspectiva, defende Schreibe (2003, p. 170) que:

De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. (...) O direito ao esquecimento (*diritto alUoblio*) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu.

Hodiernamente, o direito ao esquecimento conferiu aos ex-detentos e aos absolvidos o direito de restrição de divulgações de fatos pretéritos que possam reativar sofrimentos já superados, principalmente no que diz respeito ao ambiente virtual.

Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento vem ressurgindo com força diante dos avanços tecnológicos e do uso das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação, não se vinculando apenas a jornais, revistas, televisão e rádio, como também a internet, a qual é considerada, atualmente, o meio principal de difusão de notícias. A facilidade de propagação de dados e informações, a nível mundial, acaba por fazer com que as informações pareçam ser “eternizadas”, necessitando de um resguardo aos direitos ligados à individualidade e a dignidade da pessoa, surgindo então, um novo desdobramento do direito ao esquecimento, perpassando para o ramo do direito civil.

O que torna a questão relevante é o cenário presenciado pela sociedade contemporânea, onde o imediatismo na difusão de dados e informações, faz com que, em algumas oportunidades, pessoas tenham a sua Dignidade atingida. Nesse contexto, lecionou Martinez (2014) que, o que erigiu o tema à ordem contemporânea foi o surgimento e a consolidação da Internet, a qual possibilita o debate de questões já consolidadas no tempo, prejudicando interesses de terceiros em razão de sua possibilidade ilimitada de armazenamento.

O cenário atual, onde a memória na internet parece não encontrar barreiras, requer atenção para assuntos atinentes aos danos que ferem os direitos da personalidade, principalmente a honra e a privacidade. Desta forma, é papel do direito e do Estado realizar controle de riscos e promover prevenção, em decorrência desse quadro onde ofensas ocasionadas por divulgação de informações vem chamando atenção.

À vista disso, o direito ao esquecimento surge como ferramenta de tutela da dignidade da pessoa humana, classificado como espécie de direito da personalidade e inserido no ambiente jurídico brasileiro por meio do Enunciado nº 531, durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). A orientação doutrinária elenca o direito ao

esquecimento como garantia da tutela da dignidade da pessoa humana na Sociedade de Informação (JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

Como justificativa à elaboração do Enunciado nº 531, o Conselho da Justiça Federal dispôs o 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 atos 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).

Ademais, em decorrência do avanço da tecnologia digital, a aplicabilidade do direito ao esquecimento se tornou mais complexo. A divulgação de notícias que anteriormente se davam por rádio ou televisão, ganhou novos moldes quando do surgimento da *internet*, permitindo falar sobre o direito ao esquecimento digital, o qual seria uma vertente gerada a partir do direito ao esquecimento. Apesar do direito ao esquecimento digital não ser o ponto central deste trabalho, abordaremos sobre a temática vagamente.

Segundo Juan Antonio Gallo Sallent (2015, p. 106), o direito ao esquecimento digital é “*aquel derecho fundamental dicen algunos, que tienen las personas a que los enlaces que existen sobre ellas en los buscadores, que les perjudiquen y no sean pertinentes, puedan ser retirados de Internet*”. Destaque-se que este conceito frisa apenas a retirada de *link* entrado em *sites* de buscas e não da informação original.

No âmbito digital, principalmente quando diz respeito à *internet*, o direito ao esquecimento não é apenas um direito de não ser lembrado, mas o direito de pedir que um buscador não forneça resultados que firam a dignidade humana. Nesse sentido, o direito ao esquecimento digital estaria relacionado à inserção do nome de um indivíduo em um buscador, sendo que tal buscador não incluirá as informações desindexadas entre os resultados.

Vale destacar que a jurisprudência brasileira se concentrou precipuamente no esquecimento no âmbito analógico, no tocante aos meios de imprensa tradicionais, não havendo entendimento consolidado quanto à aplicabilidade do direito ao esquecimento digital. A título de exemplo, tem-se o caso da apresentadora Xuxa Meneghel.

Embora a temática seja abordada apenas pelo Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil e, embora não ser considerado norma, estes possuem grande prestação de serviço

à sociedade jurídica brasileira, uma vez que eles auxiliam os operadores do Direito e contribuem para o aperfeiçoamento da ordem jurídica.

Assim, nota-se que o referido enunciado inovou a ordem jurídica brasileira, quando, diante da interpretação do artigo 11 do Código Civil, preconizou o direito ao esquecimento entre os direitos da personalidade, o que despertou sobre o assunto diversos questionamentos, tornando-se imprescindível a análise deste direito sob à ótica constitucional, como será observado no capítulo a seguir.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição brasileira conferiu importância especial aos direitos da personalidade ao tutelar a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional e preconizar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (ARTIGO 5º, X da CRFB/88). Nesse contexto, o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil declara que o direito ao esquecimento decorre da tutela da dignidade da pessoa humana, permitindo compreender que “o direito ao esquecimento encontra-se inserido na disciplina da proteção à privacidade, cuja tutela, em aspectos gerais, é extraída dos artigo 5º, incisos X, XI e XII da Constituição da República e artigo 21 do Código Civil” (BUCAR, 2013, p. 07).

A dignidade da pessoa humana possui previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Reconhecido como valor fundamental, esse direito é fonte precípua de todos os demais, em especial o direito à liberdade, garantias pessoais, sociais e culturais comuns (MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, 2009).

Com o dever de nortear todas as ações estatais, a dignidade da pessoa humana detém amplitude em diversas áreas como filosofia, religião, política e direito. Vale ressaltar que esse direito evidencia-se como valor jurídico soberano, uma vez que é o alicerce das pretensões principais contidas nos direitos fundamentais descritos na norma constitucional (BARROSO, 2010).

O direito ao esquecimento apresenta-se como direito fundamental implícito, que pode ser usado em diversas áreas do direito, sendo, portanto, um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, direito este imprescindível para o desenvolvimento do indivíduo, conforme expõe Luís Roberto Barroso (2004, p. 75), na citação abaixo transcrita:

O reconhecimento dos direito da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial, e a doutrina descreve-os hoje como emancipações da própria dignidade humana, funcionando como ‘atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano’

Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico possui vinculação com a dignidade da pessoa e conexão com os direitos da personalidade e os constitucionais, considerados como desdobramentos dos direitos fundamentais. Anderson Schreiber (2014) ressalta que a maior parte dos direitos da personalidade, reportados pelo Código Civil, encontram previsão expressa na Constituição Federal, mas, mesmo os que não contam com previsão nesse dispositivo, são consectários da dignidade humana, permitindo concluir que os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais. Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 02) proclama que:

Como direito humano e fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros.

Os direitos da personalidade dividem-se em três aspectos, são eles físicos, morais e intelectuais. Eles se destinam a concretizar a proteção mais ampla da pessoa humana, resguardando os elementos intrínsecos à pessoa e fundamentais para garantir a felicidade humana (MELLO, 2006).

Nesse cenário de facilidade de difusão de informações presenciada pela era virtual, a retomada constante do passado requer que seja abordada a questão da memória, tendo em vista que um dos argumentos utilizados pelos operadores do direito é a proteção da memória coletiva.

A memória e o esquecimento estão intimamente ligados. Segundo Sérgio Branco (2017), a memória e o esquecimento são indissociáveis. Isto posto, tratar a respeito do direito ao esquecimento é ter que tratar da memória e, nesse seguimento, o esquecimento goza de papel psicológico, visto que o ser humano procura constantemente selecionar as memórias que devem ser mantidas e as que devem ser descartadas, entretanto, o mundo cibernético vem contrariar essa lógica.

Genericamente pode-se falar em dois tipos de memória, a memória individual e a coletiva. A memória individual está atrelada aos direitos da personalidade, à intimidade, à vida privada, à honra, e em especial à privacidade. Ao passo que a memória coletiva é estabelecida por fatos com repercussão comunitária ou pública. Nesse âmbito, Daniel Sarmiento (2016) alega que o esquecimento pode ser usado para manipular a memória coletiva

e, discutindo a questão da censura, argumenta que a democracia pressupõe a divulgação plena de informações.

Para versar sobre esse enfoque, é primordial ressaltar que o direito ao esquecimento não anseia alterar, manipular ou excluir a memória coletiva, mas apenas que o indivíduo no exercício da sua liberdade, autonomia e determinação individual, possa controlar que fatos pertencentes ao passado possam ou não ser retomados no presente ou no futuro, como forma de preservar a integridade emocional, psíquica, profissional e social, além da vida íntima (CONSALTER, 2017). Logo, o direito ao esquecimento objetiva somente resguardar a memória individual que, segundo Fabiana Santos Dantas (2008, p. 52), “é a capacidade que cada ser humano possui de guardar as experiências vividas e/ou transmitidas, possibilitando o aprendizado e o aperfeiçoamento de objetos e dos modos de fazer e viver”.

Decorre que, a mudança tecnológica e a sociedade de informação propiciou a construção e propagação paulatinamente e desenfreada de dados, fazendo com que o sujeito perdesse o controle sobre suas informações e sua memória pessoal.

Nesse cenário, o direito ao esquecimento passa a ter novas possibilidades de aplicação, agora, no âmbito cível, a fim de permitir que o indivíduo tenha controle de volta e não seja prejudicado por fatos pessoais do seu passado. Porém, vale ressaltar que esse direito não foi amplamente aceito, conforme expõe Guilherme Magalhães Martins (2014, p. 09) que:

O direito ao esquecimento se insere em um delicado conflito de interesses. De um lado, o interesse público aponta no sentido de que fatos passados sejam lembrados, considerando ainda a liberdade de imprensa e de expressão, bem como o direito da coletividade à informação; do outro, há o direito de não ser perseguido por toda a vida por acontecimento pretérito.

Assim, surge uma controvérsia entre as dimensões pública e privada. De um lado o direito à informação e liberdade de expressão e, de outro, na dimensão privada, o direito à vida privada e intimidade, que será analisado no capítulo a seguir.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* DIREITO À INFORMAÇÃO

Como visto ao longo deste trabalho, o direito ao esquecimento consubstancia a proteção da personalidade do indivíduo, tutelando a sua privacidade e buscando evitar divulgações de fatos ocorridos no passado que possam impactar a livre formação da personalidade humana. O surgimento desse direito vem sofrendo diversas críticas, uma delas com o fundamento de que os direitos da personalidade são previstos como forma de limitar a liberdade de expressão (DE FARIAS, 2008). Ocorre também que, desde o princípio o direito

ao esquecimento enfrenta colisões com outros direitos fundamentais, quais sejam: o direito à informação, liberdade de expressão e liberdade de imprensa. À vista disso, é necessário estabelecer os limites razoáveis de proteção aos direitos fundamentais da privacidade e da informação, a fim de harmonizá-los em consonância com o livre desenvolvimento da personalidade (RODOTÁ, 2008).

O direito à informação é um direito fundamental garantido constitucionalmente no artigo 5º, XIV da CRFB/88. Sua importância é incontestável para as sociedades democráticas, assim como o direito à liberdade de expressão. No entanto, a sua aplicabilidade vem suscitando incessantes questionamentos principalmente entre o interesse público e o privado.

O embate entre liberdade de expressão e os direitos da personalidade não é recente. Desde o surgimento da atividade de imprensa discute-se os limites dessa atividade. Porém, com a era digital, o número de veículos de informações aumentou de forma desproporcional, passando-se então a surgir novos veículos, como blogs, vlogs, páginas na internet e redes sociais que, por conseguinte, cresceram os riscos de violação aos direitos da personalidade, gerando uma discussão mais intensa.

A liberdade de imprensa se apresenta como uma forma de concretização da liberdade de expressão, enquanto que o direito à informação constitui-se um dos seus desdobramentos. Seu valor é inquestionável, visto que a informação é mecanismo essencial para que o cidadão esteja inteirado no que ocorre na vida pública, bem como dela participe (PERLINGIERI, 2007).

Vale ressaltar que o direito à informação é essencial tanto para a formação do cidadão como para a democracia, pois é indiscutível o exercício da cidadania sem a sua previsão. Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2016) leciona que o direito à informação se desdobra em três diferentes dimensões, sendo estas, o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações dos meio de comunicação e do Estado, caso sejam temas de interesse público.

O fato do Brasil não possuir legislação própria tutelando o direito ao esquecimento, gera dificuldade para a aplicabilidade do tema diante do caso concreto. No entanto, ao buscar a temática no site da Câmara dos Deputados, depara-se com alguns projetos de lei. Dentre eles, tem-se o projeto do Deputado Augusto Carvalho, a PL 10.860/2018, que objetiva constar o texto do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil, como parágrafo único do artigo 11 do Código Civil. O então projeto apresentou em seu teor três posições sobre o tema direito ao

esquecimento, exposto pelo professor de Anderson Schreiber, ao comentar a sessão pública realizada no STF.

A primeira posição, pró-informação, entende que não existe um direito ao esquecimento e que não poderia extrair o direito ao esquecimento de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade; a segunda posição, pró-esquecimento, afirma que o direito ao esquecimento não apenas existe, mas deve sempre preponderar, como expressão do direito da pessoa humana à reserva. Além disso, defende que esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não-atuais, por serem tutelados pela dignidade da pessoa, valor supremo na ordem constitucional brasileira. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando “penas perpétuas” por meio da mídia e da internet; por fim, a terceira posição, e intermediária, defende que a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria desdobramento), então a solução técnica viável seria aplicação do método de ponderação, inclusive essa posição foi defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

Outro projeto de destaque é a PL 10.087/2018, este projeto visa o direito ao esquecimento no âmbito tecnológico, em especial a internet. O Deputado Francisco Floriano ao apresentar o projeto propôs alterar a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet. A proposta visa acrescentar o §5º ao artigo 19, a fim de constar que “nas hipóteses que envolvam pessoas públicas, sobretudo aquelas que atuam na seara política, a liberdade de expressão deve prevalecer sobre o direito ao esquecimento, em face do direito à informação assegurada pelo artigo 220, § 1º, da Constituição Federal”. Ao expor este posicionamento evidencia-se imprescindível analisar se há a existência de um interesse público na divulgação de determinada informação. Se assim houver, não se pode falar em direito ao esquecimento. É o caso citado pelo o Ministro Luis Felipe Salomão, o qual exemplificou o interesse público na divulgação dos crimes genuinamente históricos, quando se fizer impraticável a narrativa desvinculada dos envolvidos. Em contrapartida, se não houver interesse público atual, poderá aplicar o direito ao esquecimento, como assevera o Ministro Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374)

Nota-se que a sociedade da informação digital conferiu grandes avanços para a

democratização do direito à informação, inclusive, é incontestável a relevância oferecida pelos meios de comunicação como concretização do direito à liberdade de expressão; porém, ao mesmo tempo que o ambiente virtual tornou acessível o acesso e difusão de dados, tornou-se um meio propício à ocasionar ofensas aos direitos de personalidade.

Nessa perspectiva, é essencial ressaltar que nenhum direito assegurado na ordem constitucional é absoluto e, considerando que tanto o direito ao esquecimento como o direito à informação possuem base constitucional, há a necessidade de ponderação nos casos de conflitos entre esses direitos, como será observado a seguir.

5 CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do exposto, observa-se que os avanços tecnológicos, principalmente em relação às tecnologias de comunicação e informação, ocasionaram, muitas vezes, choque entre os direitos ligados à informação e os direitos ligados à personalidade, em especial, o direito ao esquecimento.

Ante a ausência de critérios notórios para a solução de conflitos entre esses direitos, depara-se com a presença de uma espécie de antinomia jurídica. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1978), ocorre a antinomia quando há oposição entre duas normas contraditórias, seja de forma total ou parcial, sendo estas emanadas por autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, de modo a colocar o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída.

Para que seja configurada a incompatibilidade entre as normas, Maria Helena Diniz (2009) afirma que devem estar presentes os seguintes requisitos: as normas devem ser jurídicas, estar vigentes e pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, bem como ter conteúdos opostos e deixar o sujeito a quem se dirige em uma situação insustentável. Diante disso, conclui-se que a antinomia consiste na ocorrência de conflito entre duas ou mais normas, sem que haja a percepção de qual deverá ser aplicada ao caso concreto.

Como forma de solução, a autora demonstra que há diversas formas, dentre estas, a adoção dos princípios gerais do direito e o emprego de valores predominantes na sociedade. Deste modo, o magistrado deverá aplicar a norma mais justa por meio de uma interpretação corretivo-equitativa (DINIZ, 2009). Concordando este posicionamento, Norberto Bobbio (1999) afirma que entre duas normas plenamente justificáveis deve-se eleger aquela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios.

Como afirmado, o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) defendeu o uso do método de ponderação para o equacionamento das colisões. Com visão contrária a este posicionamento, encontra-se Lenio Luiz Streck (2014), o qual compreende que a utilização do sistema da ponderação implica no risco de uma possível arbitrariedade do juiz, legitimando decisões pragmaticistas, as quais não promovem a resolução efetiva e qualitativa de problemas apresentados. Em contraste com esta posição, Norberto Bobbio (1999) defende que esse poder conferido ao órgão julgante é discricionário, sendo uma permissão de apreciar, equitativamente, seguindo uma lógica razoável de interesses e fatos que não foram determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo, assim, uma norma individual para o caso concreto.

À vista disso, nos casos em que se presencie embates entre o direito ao esquecimento e outros direitos, o critério a ser adotado para a escolha da norma mais justa será a técnica denominada de ponderação, tornando-se imprescindível esclarecer como funciona este método e a solução concreta para os conflitos gerados pelo direito ao esquecimento.

Humberto Ávila (2013) sustenta que a ponderação não é apenas uma técnica, ele defende que é espécie de postulado, por se tratar de uma norma estruturante para aplicação de princípios ou regras. Já, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes (2014), a ponderação consiste numa operação de pesagem e balanceamento entre princípios constitucionais simultaneamente aplicáveis a uma situação problemática, decorrendo à prevalência aplicativa de um princípio em face do outro.

Asseverando acerca da importância deste postulado, Maria Helena de Diniz (2009) vai ao encontro da tese defendida por Norberto Bobbio e afirma que há uma discricionariedade da função jurisdicional e, se não houvesse elasticidade, o direito seria amputado no seu dinamismo, de maneira que ele não se realizaria, pois estaria em condições de sofrer o impacto da realidade que nunca é plena e acabada, visto que sofre constantemente modificações sociais e valorativas.

A ponderação é muito utilizada pela jurisprudência brasileira, ela não se restringiu à resolução de conflitos entre os direitos fundamentais, mas também conflitos entre direitos da personalidade. Tal importância é revelada quando observa-se sua consagração no Enunciado nº 274, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, o qual dispôs que no caso de colisão entre os direitos da personalidade, deve-se aplicar a técnica da ponderação, pois nenhum direito pode sobrelevar os demais (JUSTIÇA FEDERAL, 2006).

Para mais, a técnica também ganhou destaque quando foi inserida no Código de Processo Civil, em seu artigo 489, §2º, o qual prevê os elementos essenciais da sentença, dispondo o seguinte:

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (BRASIL, 2015)

Com relação ao texto transcrito, aparentemente, o legislador preceituou a ponderação para o caso de colisão entre toda e qualquer norma. No entanto, há o entendimento de que só se pode aplicar tal técnica quando estiver diante de colisão entre princípios, e não toda e qualquer norma, conforme foi descrito no dispositivo. Diante disso, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1156) analisando o teor do dispositivo destacaram o seguinte:

[...] existe uma impropriedade na menção à técnica da ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por este meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras de hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo, deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Embora o direito ao esquecimento não esteja positivado no ordenamento jurídico, ele deve ser considerado como um princípio ligado aos direitos da personalidade, pois estes direitos podem ser classificados como não exaustivos. Além disso, é possível afirmar que o direito ao esquecimento pode ser extraído de outros princípios constitucionais, tais como privacidade, intimidade, honra e imagem, principalmente o metaprincípio instituído pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana.

No que tange à aplicação da ponderação, Robert Alexy se aprofundou no assunto ao escrever a obra denominada de Teoria dos Direitos Fundamentais. O autor propôs a utilização da técnica no caso de conflito entre princípios, utilizando como modelo o julgamento ocorrido no Tribunal Constitucional Alemão, no “Caso Lebach”.

O julgamento do Caso Lebach teve como origem um crime contra quatro soldados, em que estes foram mortos por assassinos que pretendiam se apossar de armas e munições. Condenados, os assassinos foram presos e condenados à prisão perpétua, com exceção de um partícipe, que foi condenado a seis anos de reclusão.

Após alguns anos, a emissora de televisão alemã ZDF, planejando exibir um documentário contando a história, foi acionada judicialmente pelo partícipe, que estava

próximo de ser liberado, requerendo a não exibição do programa. A princípio, a ação foi julgada improcedente, sob o fundamento da historicidade dos fatos e o interesse da informação.

Ocorreu que, mesmo tendo o tribunal de segundo grau mantido a decisão, o Tribunal Constitucional Federal cassou as decisões e, valendo-se do critério da ponderação, entendeu que o interesse da informação não prevalecia, de modo que proferiu decisão contra a exibição do programa, em favor da ressocialização do criminoso, que deveria ser esquecido.

Robert Alexy (2011, p. 100-103), analisando o caso, afirmou que a solução se deu a partir de três etapas. Na primeira etapa foi constatada a situação de tensão entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar. Na segunda etapa, o Tribunal Constitucional Alemão sustentou a procedência geral da liberdade de informar, na hipótese de informação atual sobre atos criminosos. Por fim, na terceira etapa, em decisão, o Tribunal reconheceu que a repetição de um noticiário de televisão, sobre um crime grave e sem interesse atual sobre a informação, impede a ressocialização do autor do crime. Logo, nesse caso, percebe-se que a proteção da personalidade teve procedência em face do direito de informar.

Assim, como não existe qualquer hierarquia ou grau valorativo entre os direitos fundamentais ou princípios constitucionais, e que o direito da personalidade é gênero do qual são espécies a honra, a intimidade, a imagem, cabendo ao intérprete, no caso concreto, aplicar o direito ao esquecimento quando na presença de conflitos com outros direitos, como direito à informação, liberdade de expressão e liberdade de imprensa, a fim de realizar a harmonização necessária.

A técnica da ponderação tem sido empregada tanto pelo judiciário estrangeiro, quanto pelo brasileiro como forma de solução de conflitos entre os direitos da personalidade e também os direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar as premissas expostas sobre este trabalho, percebeu-se que a tecnologia foi perscrutora de grandes avanços na sociedade, entretanto sua atuação desenfreada vem ocasionando violações aos direitos humanos. Nesse cenário, onde a revolução informacional ganha destaque, observou-se que garantias derivadas dos direitos da personalidade foram surgindo e ganhando novos contornos, dentre eles, o direito ao esquecimento.

Nesse contexto, analisando o direito ao esquecimento sob a ótica constitucional, constatou-se que ele decorre da tutela da dignidade da pessoa humana, encontrando-se inserido na disciplina da proteção à privacidade. Nesta perspectiva, o direito ao esquecimento apresenta-se como um direito fundamental, na esteira dos anseios sociais e individuais.

Calhou que os avanços tecnológicos aliados às novas tecnologias da informação e comunicação ocasionaram difusão célere de informações, inclusive informações capazes de macular prerrogativas tuteladas pelo direito ao esquecimento. Assim, gerou-se uma celeuma a respeito de qual direito deve ser defendido nessa conjuntura, o direito à informação e liberdade de expressão ou o direito ao esquecimento, no resguardo da intimidade, honra e vida privada.

Após as análises expostas no decorrer do trabalho, constatou-se que a evolução tecnológica proporcionou modificações acerca do entendimento de privacidade, demonstrando que há a necessidade de se estabelecer limites razoáveis de proteção aos direitos fundamentais da privacidade e da informação, pois o embate entre tais direitos não é recente. Nessa circunstância, embora a ausência de referência expressa no âmbito da Constituição Federal de 1988 e das legislações infraconstitucionais seja uma problema a ser enfrentado pelos operadores do direito, este problema não foi capaz de afastar a aplicabilidade do direito ao esquecimento, o comprova esta afirmativa é que nas demandas postuladas perante o judiciário brasileiro, houve o reconhecimento desta garantia.

Neste conflito de interesses, partindo da premissa que nenhum direito pode sobrelevar os demais, a fim de solucionar os conflitos vivenciados, tem-se defendido que a medida adequada a ser tomada é utilização do método da ponderação, de modo a permitir a aplicação do direito com sabedoria e equidade. À vista disso, conforme foi apresentado, alguns juristas tem adotado algumas medidas no momento da tomada da decisão, dentre elas, a análise da existência de um interesse público, a notoriedade da informação, a veracidade, a personalidade envolvida ou, até mesmo, o local do fato.

Diante disso, conclui-se que cada caso deve ser analisado individualmente, impossibilitando declarar que o direito à informação é um direito ilimitado, tendo em vista que este poderá sofrer restrições quando houver indícios de atentado ao princípio da dignidade humana, com o feitiço de proteger o ser humano da divulgação de informações e conteúdos que maculem os direitos da personalidade, principalmente a intimidade.

Assim, é necessário que seja exercido um esforço conjunto de todos os atores da sociedade, isto é, o Estado e as entidades individuais, públicas e privadas, a fim de buscar um

equilíbrio de interesses, sem ferir direitos que resguardam a dignidade humana e a coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 10087/2018**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172751>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 10860/2018**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184113>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **IV Jornada de Direito Civil**: Enunciado 274, 2006. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/214>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **VI Jornada de Direito Civil**: Enunciado 531, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 20 out. 2018.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

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

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de esta só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELLNER, Robert. **The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime**. Grin Verlag GmbH, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GALLO SALLEN, Juan Antonio. **El derecho en Internet. Una propuesta de solución: Del caso Google al Big Data**. Estados Unidos: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

MANTELERO, Alessandro. **The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”**: Computer Law & Security Review, v. 29. Disponível em: http://www.academia.edu/3635569/The_EU_Proposal_for_a_General_Data_Protection_Regulation_and_the_roots_of_the_right_to_be_forgotten. Acesso em: 7 nov. 2018.

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

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang, org. **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional - Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**, TOMO II, Coimbra Editora, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORTH, M. A. **Experiências teóricas e práticas de formação e capacitação de professores em Informática da Educação**. Porto Alegre: UFRGS, 2002. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo W. **Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em: 6 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, livro *online*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/22783421/dignidade-da-pessoa-humana---conteudo-trajetoria-e-metodologia---daniel-sarmento>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento: as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF**. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 6 nov. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **Resp nº 1.316.921 - RJ** (2011/0307909-6) Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 29/06/2012 STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161904&num_registro=201103079096&data=20120629&formato=PDF. Acesso em: 5 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **Resp nº 1.316.921 - RJ** (2011/0307909-6) Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 29/06/2012 STJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1161904&num_registro=201103079096&data=20120629&formato=PDF. Acesso em: 5 maio 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **Resp nº 1.334.097 RJ** (2012/0144910-7). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Conjur; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **Resp nº 1.335.153 RJ** (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em: 2 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, derecho y política**. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero 2012.