



DIREITO AO ESQUECIMENTO: BALANÇO ENTRE BRASIL E ESPANHA

RIGHT TO BE FORGOTTEN: BALANCE BETWEEN BRAZIL AND SPAIN

Anna Lúcia Noschang da Silva¹
Valéria Ribas do Nascimento²

RESUMO: O trabalho abordará o tema do direito ao esquecimento em uma análise comparativa dos julgados da justiça brasileira frente à justiça espanhola, na intenção de se analisar a tutela dos direitos fundamentais já garantidos no direito pátrio em virtude dos avanços vividos na sociedade atual. A hipótese será enfrentada através da conceituação dos direitos fundamentais na legislação brasileira, inclusive através de um viés histórico, a fim de se detectar a emergência de novos direitos, que, neste trabalho será o direito ao esquecimento, o qual emerge da tutela dos direitos fundamentais da intimidade, privacidade, imagem e honra, que aqui, entra em rota de colisão com outros direitos fundamentais, também garantidos constitucionalmente, tais como direitos relacionados à liberdade de manifestação de pensamento e de informação. Com isso, será realizada uma análise de casos brasileiros e espanhóis a fim de traçar um paralelo de como jurisdições distintas enfrentam a temática deste novo direito emergente. Desse modo, tentar-se-á concluir a natureza jurídica, a forma de tutela do direito supramencionado e a melhor solução para a resolução de conflitos que possam surgir envolvendo a temática aqui abordada. Para abordagem do tema, utilizou-se do método procedimental dialético, posto que foi realizado um embate de ideais conflitantes a fim de averiguar as dissonâncias da Justiça Espanhola para Brasileira no que

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Especialista em Direito Processual Civil *Latu Sensu* - Universidade Anhanguera – Uniderp. Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia Anna Noschang & Camila Dall’Agnol Advogadas Associadas. E-mail: annanoschang@gmail.com.

² Professora do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" - Mestrado em Direito - da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da UFSM, com bolsa de fomento do CNPQ/CAPEX - Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPEX – n.º 07/2011. E-mail: valribas@terra.com.br.

concerne ao direito ao esquecimento. O artigo se enquadra no eixo temático “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; direitos fundamentais; jurisprudência; novos direitos; natureza jurídica.

ABSTRACTC: This paper will address the issue of the right to be forgotten in a comparative analysis of the judgments of the Brazilian front justice to the Spanish justice, intending to analyze the protection of fundamental rights already guaranteed in parental rights because of advances experienced in our complex society, today is considered connected by networks. The event will be addressed through the concept and structure of fundamental rights in the Brazilian legislation, including through a historical bias in order to detect the emergence of new rights in a global and cosmopolitan society. In this tune, the new law to be analyzed in this work is the right to be forgotten, emerging from the protection of fundamental rights of intimacy, privacy, image and honor, that the problems now addressed, enters route collision with other fundamental rights also guaranteed constitutionally, such as rights related to freedom of expression of thought and information. Faced with this, an analysis of Brazilian and Spanish cases will be held in order to draw a parallel of how different jurisdictions face the theme of this new emerging right. Based on this, attempts will be made to conclude, after all, what is the legal nature; the form of protection of the aforementioned right and the best solution for resolving conflicts that may arise involving the issue addressed here. To approach to the subject, we used the dialectical procedural method, since it was carried out a clash of conflicting ideals in order to ascertain the dissonances of Justice Spanish to Brazilian regarding the right to be forgotten.

Keywords: righth to be forgotten; fundamental rights; new rights; legal approach.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No mundo em que vivemos, é instantânea a troca de todo e qualquer tipo de dados e informações, novas ou antigas, especialmente via internet, fato que nos coloca imbuídos em uma sociedade em rede. Diante deste cenário, os

direitos fundamentais de intimidade, vida privada, honra e imagem (art.5º, X CF) estão constantemente em conflito com os direitos relacionados à liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV CF) e de informação (art.5º, XIV e art.220 CF).

Partindo da premissa de entendimento acerca da sociedade em rede que Manuel Castells constrói, esta sociedade pode ser entendida como uma trama de relações de diferentes formas, tais como, familiar, étnica, econômica, profissional, social, religiosa e política, que se desenrolam a partir do uso das tecnologias da informação e da comunicação.

A referida sociedade em rede é regida pela primazia da morfologia social sobre a ação social. Importante definir também a concepção de redes que aquele Autor traz, como sendo um “conjunto de nós interconectados e o nó sendo um ponto no qual uma curva se entrecorta” (CASTELLS, 2005, p. 566). Basicamente o que um nó é depende do tipo de redes concretas que se está a analisar.

Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio. De acordo com o referido Autor, redes são instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada.

A complexidade ao cenário jurídico atual faz com que seja urgente a adequação da legislação na tutela dos direitos já garantidos, uma vez que o convívio através dos “nós” citados por Castells proporcionam um aceleração desenfreado de novos relacionamentos. A partir disso podemos falar na criação de novos direitos na intenção de proteger os já tipificados, como é o caso do direito ao esquecimento, que viria para proteger outros direitos fundamentais.

Assim, neste trabalho será enfrentada a possibilidade de criação do direito ao esquecimento como um direito fundamental na intenção de garantia dos direitos que já se encontram postos no texto constitucional brasileiro vigente.

A fim de se evidenciar a necessidade acima referida, abordar-se-á o tema a partir dos impactos gerados nos direitos fundamentais ocasionados pelo fato de que hoje vive-se em uma sociedade em rede, bem como analisando um

comparativo de julgados da Espanha e do Brasil na intenção de firmar o entendimento final defendido neste trabalho.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. O impacto dos direitos fundamentais gerada pela sociedade em rede

Os direitos fundamentais estão inseridos em um gênero que engloba os direitos e garantias individuais, os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Sendo fundamentais, estão intimamente relacionados aos seres humanos.

Todos esses direitos estão previstos na Constituição Federal, especialmente concentrados no art. 5º, cujo parágrafo primeiro consagra uma regra geral que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, apesar de não ser esta a realidade, posto que muitas vezes falta lei regulamentadora. Como exemplo, pode-se citar a greve dos trabalhadores, que é um direito previsto constitucionalmente, mas que ainda não está devidamente regulamentado.

O presente trabalho será voltado aos direitos fundamentais individuais, que, como será visto, também são encontrados fora do campo constitucional, considerando que o Brasil adota um regime jurídico aberto, ou seja, que além de ser fundado em regras, também admite a utilização de princípios para a solução de controvérsias. Portanto, também existem direitos fundamentais que estão implícitos na CF, ou fora dela, e que poderão ser assegurados, desde que estejam relacionados ao regime ou aos princípios por ela adotados³.

Ou seja, os direitos fundamentais não se restringem unicamente ao art.5º, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte(LENZA, 2014, p.1055).

³ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Brevemente, a fim de melhor enfrentar a problemática proposta, é importante que haja a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais. De acordo com J.J. Gomes Canotilho:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se, quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a esta finalidade (ex: direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos, princípios do *nullumcrimemsine lege* e *nullapoenasinecrimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*). (CANOTILHO, J.J. Gomes, 2000, p.390).

Dessa forma, direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto que as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos, ou prontamente os repara, caso violados (LENZA, 2014. p.671).

Antes de analisar o tema proposto, impende-se uma breve análise dos direitos fundamentais, a partir de um viés histórico, bem como de seus conceitos. Os referidos direitos fundamentais já percorreram um longo caminho de evolução, constante ao longo dos anos, sendo que a doutrina, dentre vários critérios, tradicionalmente costuma classificá-los como “gerações de direitos fundamentais”, ou, segundo doutrina mais moderna, “dimensão de direitos fundamentais”.

1.2. As dimensões dos direitos fundamentais através de uma perspectiva histórica no ordenamento jurídico brasileiro

Primeiramente, acerca da nomenclatura, é importante esclarecer que a acepção “gerações” traz a ideia de que uma geração estaria superando a outra, enquanto, na realidade, não é o que ocorre, pois uma geração de direitos fundamentais é somada à outra. Nada se perde. Por isso o termo “dimensões de direitos fundamentais” é o mais adequado, pois não transmite uma ideia de superação.

A referida soma de direitos está assegurada pelo efeito "cliquet" dos direitos, que se traduz em uma garantia de que os direitos não podem retroceder, só podendo avançar nas proteções dos sujeitos. No nosso país,

esse efeito é mais conhecido como Princípio da Vedação do Retrocesso, ou seja, os direitos só podem progredir, jamais retroceder. Tal princípio engloba o tema do presente trabalho, uma vez que a criação do direito ao esquecimento, além de ser um direito a mais, servirá para garantia dos direitos e garantias fundamentais já existentes, conforme poderá ser verificado no corpo desta produção.

Segundo Canotilho, o referido princípio traduz a ideia de que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, J. J. Gomes, 2002, p. 336).

Brevemente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles direitos civis, que surgiram a partir do século XVII, ligados às liberdades públicas e aos direitos políticos que traduzem valores de liberdade – direitos de liberdade, posto que surgiram para impor limites ao poder do Estado Absolutista, em um momento em que o povo se encontrava desamparado.

Posteriormente, no século XIX, nasceram os direitos de segunda dimensão, que são aqueles relacionados aos direitos sociais, culturais e econômicos e correspondem ao direito de igualdade, pois surgiram em meio à Revolução Industrial.

Concomitantemente, em um momento em que o ser humano se viu inserido em uma coletividade, nasceram os direitos de terceira geração, que estão ligados aos novos problemas, relacionados à alteração e evolução da sociedade, tais como os direitos relacionados à preservação ambiental e os direitos relacionados aos consumidores – os chamados direitos de solidariedade.

Os direitos de quarta geração decorrem dos avanços no campo da engenharia genética, ao passo que essa tem potencial para colocar em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético.

Paulo Bonavides afirma que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, destacando-se os direitos à democracia (direta), informação e pluralismo” (BONAVIDES, Paulo. P.569).

Sobre o assunto, Ingo Sarlet afirma:

“A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade” (SARLET, 2015, p. 51).

Por fim, há autores, como Kant, que classificam a paz perpétua, ainda não alcançada, como sendo um direito fundamental de quinta geração de direitos fundamentais.

2. Novos Direitos

2.1. Direito ao Esquecimento

Com a ideia dos direitos fundamentais e sua evolução histórica já delineada, surge a problemática do conceito e da natureza jurídica do direito ao esquecimento, ainda não positivado.

Para fins de esclarecimento, é válido lembrar que os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição Federal e que são aplicados nas relações públicas. Ou seja, nas relações entre Estado e indivíduo. Essa é chamada pelos estudiosos de “Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais”. Vertical justamente porque é entre Estado e indivíduo - que são desiguais.

Já os direitos de personalidade, tais como imagem, honra, intimidade e vida privada são aqueles previstos na Constituição Federal e também no Código Civil, e são aplicados nas relações privadas, ou seja, nas relações entre indivíduos ou entes privados. Esta é a chamada “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, cuja aplicação é cada vez mais crescente. Horizontal justamente porque é entre iguais – não envolve o Estado.

Assim, há a chamada “cláusula geral dos Direitos de Personalidade”, que se traduz em uma norma que assegura os referidos direitos de personalidade como um todo, sendo uma cláusula aberta. Essa cláusula está

amparada pela Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art.1º, III da Constituição Federal.

Esses, os direitos fundamentais, que também estão amparados pela Dignidade da Pessoa Humana, são mais amplos que os direitos de personalidade. Em suma: os direitos de personalidade asseguram a dignidade nas relações particulares, enquanto que os direitos fundamentais asseguram a dignidade nas relações públicas.

Ocorre que hoje, há o fenômeno da constitucionalização do direito civil, pois os direitos de personalidade, tais como intimidade, vida privada e honra, estão previstos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. Há um ponto comum entre essas duas fontes do direito, onde a base é o já amplamente citado princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, os direitos de personalidade podem ser considerados pluridisciplinares, pois não se pode dizer se são de caráter civil ou exclusivamente constitucional, conforme assevera Paulo Lôbo, senão vejamos:

A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional, são espécies do gênero direitos fundamentais. Na perspectiva do direito civil, constituem o conjunto de direitos inerentes da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados. (LÔBO, 2015, p. 133).

Os direitos de personalidade compõem um rol não exaustivo de direitos fundamentais e, por isso, pode-se afirmar que é possível a criação de novos direitos, conforme se verifique esta necessidade. Estes poderão ser aplicados nos âmbitos dos três poderes – legislativo, executivo e judiciário. É a chamada, por Daniel Sarmento, de “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais (LENZA, 2014, p. 1065).

Dessa forma, à medida que a sociedade em rede avança e se modifica, é natural que surjam novos direitos a serem tutelados. Contudo, é preciso atenção para a tutela desses direitos emergentes, tal como o direito ao esquecimento, pois estes devem sempre estar ligados a um denominador

comum, que, insista-se, é a dignidade da pessoa humana, fato este que vai ao encontro à teoria dos “nós” já mencionada.

Sobre os direitos de personalidade:

Os direitos de personalidade são essenciais à plena existência da pessoa humana, à sua dignidade, ao respeito, à posição nas relações com o estado e com os bens, à finalidade última que move todas as instituições, eis que tudo deve ter como meta maior o ser humano. (RIZZARDO, 2011, p. 137).

Partindo-se da premissa da tutela dos direitos fundamentais e de personalidade, o direito ao esquecimento poderia ser conceituado como um direito não regulamentado no Brasil, que traria a garantia aos indivíduos de não ter informações antigas, verídicas ou não, a seu respeito, retomada por qualquer veículo de comunicação, seja através da mídia, seja através de particulares.

Andre Francez conceitua o direito ao esquecimento da seguinte forma:

O direito ao esquecimento pode ser definido como o direito da pessoa de apagar informações pretéritas suas e que não têm nenhum interesse público, ou seja, algo que não fere o direito à informação ou à liberdade de expressão e que, também, respeita os princípios constitucionalmente protegidos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88). (FRANCEZ, 2013, pág.201)

Da mesma forma Martinez:

Em outras palavras o direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal. (MARTINEZ, 2014, pág.81)

No mesmo sentido, Paulo Lobo:

Toda pessoa deve ter garantido o direito de não ser trazido à contemporaneidade fatos ocorridos no passado, ainda que verdadeiros, que lhe causem constrangimentos, sofrimentos ou repercussões negativas em suas atuais relações pessoais, sociais ou profissionais. (LOBO, 2015, pág.146)

Assim, averigua-se que o referido direito emergente está ligado ao direito que cada indivíduo possui de determinar o que quer perpetrar ou não acerca dos dados a respeito de si mesmo, tendo a liberdade de escolha de apagá-los ou retificá-los. Igualmente, acentua-se o direito de não ter aspectos da sua vida expostos sem seu consentimento.

Diante de todo o exposto, o direito ao esquecimento pode considerado um direito de personalidade, sendo, conseqüentemente, um direito fundamental que servirá para garantir outros direitos, tais como a honra, vida privada e intimidade, direitos estes que já se encontram positivado no texto constitucional brasileiro vigente.

Logo, a divulgação de determinados eventos, ocorridos no passado, poderiam violar direitos intrínsecos aos indivíduos, como os acima mencionados. Por isso, a regulamentação do direito ao esquecimento garantiria que isto não ocorresse, em qualquer meio, seja físico ou através de mídias digitais e eletrônicas.

Dessa forma, determinada notícia, sendo ela verdadeira ou não, vinculada a determinado indivíduo, poderia ser perpetuada eternamente, através de qualquer meio de comunicação, podendo ser retomada a qualquer instante, por qualquer pessoa ou mídia. Com isso, admite-se a possibilidade de que certas informações, se retomadas fora de contexto, poder vir a ferir direitos de personalidade do indivíduo a ela ligado.

Esse repasse de informações pode se dar tanto pela imprensa, tradicional ou eletrônica, que podem visar o lucro, ou não, quanto por particulares, que repassam as informações pelos mais diferentes motivos, muitas vezes irrelevantes. No primeiro caso, em teoria, há a preponderância do interesse público, enquanto que no segundo caso esta característica não é tão marcante.

Contudo, apesar da presunção de que há interesse público na transmissão de notícias pela mídia, muitas vezes isto não é verdade, pois a mesma, visando o lucro, muitas vezes distorce histórias para atrair a audiência, criando, assim, a chamada “indústria do entretenimento”. Devido a essa influência que a mídia exerce sobre as pessoas, ela chegou a ser chamada de “quarto poder” (GAEBLER, Neal. P. 16).

Aqui surge a problemática da colisão dos direitos fundamentais. De um lado, estaria o direito ao esquecimento, ainda não regulamentado, que garantiria proteção à honra, imagem, intimidade e vida privada dos indivíduos, enquanto que de outro lado, estariam os direitos relacionados à liberdade de manifestação de pensamento e de informação, igualmente garantidos constitucionalmente.

Os direitos fundamentais - onde estaria incluído o direito ao esquecimento, posto que o mesmo seria um dos direitos de personalidade - possuem diversas características específicas, dentre as quais, destaca-se a Relatividade ou Limitabilidade, que pode ser associada ao Princípio da Relatividade ou Convivência das Liberdades Públicas, segundo o qual não existem direitos fundamentais absolutos, pois todos eles encontram limites em outros direitos fundamentais, individuais ou coletivos, também consagrados na Carta Magna. Ou seja, se existir um direito fundamental, ele sempre deverá prevalecer sobre os demais. Contudo, em tese, não haveria solução quando houvesse um conflito entre dois direitos absolutos.

Além do princípio supracitado, existem outros princípios instrumentais ou normas que podem ser utilizadas para interpretar a Constituição e resolver eventuais colisões de direitos fundamentais, podendo-se citar o Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, segundo o qual o intérprete, ao invés de afastar totalmente um interesse para a aplicação de outro, deverá conjugar os interesses em conflito, reduzindo proporcionalmente o âmbito de alcance de cada um deles. Em outras palavras, ele não vai excluir totalmente um direito para a aplicação do outro, tampouco irá fazer prevalecer determinado direito para excluir o outro e sim ampliar os ramos da tutela dos já tipificados, como uma rede, mencionada por Castells.

A ideia é a de que nenhum direito consagrado na Constituição Federal pode ser considerado absoluto porque nenhum direito existe isoladamente, mas em conjunto, coexistindo. A partir do momento em que um direito for considerado absoluto, este sempre deverá prevalecer sobre todos os demais. A problemática desta situação está na possibilidade de haver conflito entre dois direitos absolutos. Assim, para que os direitos possam conviver entre si, eles devem ter limites, daí a característica da limitabilidade. Há uma limitação recíproca, ou seja, os direitos impõem limites entre si.

Levando-se em conta a característica da relatividade/limitabilidade dos direitos fundamentais, percebe-se o quão difícil é estabelecer qual o limite do direito ao esquecimento. É impossível descrever expressamente os limites, devendo-se analisar caso a caso os direitos em rota de colisão, através de técnicas como o sopesamento e a ponderação.

Como exemplo de limite ao direito ao esquecimento, poderia-se dizer que seria possível citar um fato, sem mencionar o nome da pessoa ou qualquer outra característica de identificação. Dessa forma, o direito ao esquecimento estaria sendo respeitado ao mesmo tempo que os direitos de informação e manifestação não estariam sendo sacrificados.

O direito de alguém de não ver informações suas serem retomada pelas mídias em geral e o conseqüente sofrimento que isto acarreta se sobrepõe ao direito de trazer à baila determinados tipos de informações, que não caracterizam interesse público. Por isso é que nesses casos o princípio que assegura a informação à coletividade deve ser mitigado em favor dos direitos de personalidade, muito mais caros.

Norberto Bobbio compartilha a ideia de que, em regra, não existem direitos absolutos, mas aponta duas exceções a esta regra: o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado. Nesses casos não haveria hipótese em que um desses direitos pudesse ser afastado para que outro fosse ser acobertado (LENZA, 2014).

E mais, em relação às informações perpetradas na internet, o assunto é mais complexo, pois é tarefa quase impossível garantir o direito ao esquecimento neste meio, tendo em vista que a internet tem memória eterna, pois as informações ali perpetradas tendem a permanecer para sempre na web. Ademais, é extremamente difícil rastrear a fonte que primeiro publicou a notícia para eventual responsabilização.

É imprescindível que se perceba que o direito à privacidade e o direito à honra devem ser garantidos pelo nosso ordenamento jurídico, de forma que o ambiente da internet não fique de fora da esfera de proteção do direito. O mundo real se tornou paralelo ao mundo virtual, de forma que os direitos assegurados no mundo real devem também ser assegurados no mundo virtual (BOFF, 2014, p.107).

Em 2014, no Brasil, foi promulgada a Lei 12.965, conhecida como o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, ou seja, normas para o uso da internet, destacando-se três pontos principais: a proteção da privacidade, a garantia de liberdade do internauta e a neutralidade da rede. Contudo, esta lei não regulamentou o direito ao esquecimento.

Por fim, importante demonstrar o entendimento em sentido contrário, de quem crê que o direito ao esquecimento impediria que fossem contados fatos históricos ou mesmo apagasse a memória, o que dificultaria a delimitação de situações em que operaria o direito de ser esquecido, concedendo muito poder ao julgador e diminuindo as liberdades de expressão e manifestação (SIERRA, 2013).

Contudo, conforme já foi visto, essas liberdades não são absolutas e o direito ao esquecimento tem um cunho muito mais individual do que coletivo. O referido direito é íntimo, de cada pessoa, a quem caberá a opção de esquecer, ou não, determinado fato relativo à sua vida pessoal e memória individual.

2.2. Julgados: Brasil x Espanha

Diante do exposto, passar-se-á a análise dos julgados Espanhóis e Brasileiros que enfrentaram o tema do direito ao esquecimento, a fim de se verificar a forma de regulamentação mais adequada no ordenamento jurídico nacional, através de uma análise comparativa.

Tal estudo abordará a efetiva necessidade de regulamentação, ou não, do direito ao esquecimento como um direito autônomo, bem como se, em não sendo regulamentado, de que forma se dará a solução de eventuais conflitos.

A regulamentação do direito ao esquecimento é importante para que se possa pleitear a proteção de direitos judicialmente e eventual indenização por danos morais em caso de desrespeito, de maneira direta, justificando-se em uma regra e não em princípios, que dariam margem a uma maior discricionariedade do juiz julgador do caso, que poderia, por exemplo, não entender por esta proteção.

Importante salientar que o fato de o direito ao esquecimento não estar positivado não é impeditivo do seu reconhecimento. Segundo Ronaldo Lemos,

“o direito ao esquecimento confunde-se com o resultado de uma ponderação entre direitos fundamentais colidentes”. Em caso de conflito, caberá ao Poder Judiciário fazer a ponderação dos direitos colidentes e decidir qual deverá prevalecer.

Nos casos envolvendo o direito ao esquecimento, no âmbito do judiciário, há decisões mitigando direito de todos os lados, tanto daquele que postula pelo direito ao esquecimento quanto por aquele que clama pelo direito a livre manifestação do pensamento, a liberdade de informação e de imprensa.

No Brasil, em um caso marcante, a rede de televisão Globo Comunicações exibiu um documentário, em seu programa Linha Direta, onde divulgou nome e sobrenome de um acusado de participar de uma série de assassinatos, em 23 de julho de 1993, conhecidos como Chacina da Candelária. Ocorre que não foi informado no programa que o autor havia sido absolvido dos crimes em sede de julgamento em júri popular, o que lhe causou uma série de transtornos, como dificuldade de conseguir emprego e recebimento de ameaças, obrigando-o a mudar de residência. Por esta razão ingressou com ação pleiteando indenização no valor de 300 salários-mínimos.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou e no julgamento do Recurso Especial 1.334.097 o relator Luis Felipe Salomão⁴ asseverou:

A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar.

[...]

Como se afirmou anteriormente, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato.

⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial que manteve a condenação da Globo por ter veiculado o nome do autor como envolvido no chamado massacre da Candelária a despeito de ele ter sido absolvido. REsp nº 1334.097. Globo Comunicações e Participações Ltda e Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 25 de novembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201449107>. Acesso em: 16 junho 2015.

Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente.

E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

Não se pode, pois, nesses casos, permitir a eternização da informação. [...]

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Assim, nesse caso restou julgado o deferimento do pleito do Autor, sendo-lhe deferida indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Porém decisão diferente foi tomada no Recurso Especial nº 1.335.153. Nesse caso os irmãos de Aida Cury, assassinada no ano de 1958, pleitearam indenização em razão de a história do assassinato de sua irmã haver sido exibida pela Rede Globo no mesmo programa Linha Direta, o que, segundo os Autores, feriria seu direito ao esquecimento, fazendo-os reviver a dor pela morte da irmã. No julgamento o ministro Luis Felipe Salomão⁵ explicitou:

Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino –frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso DorotyStang, sem DorotyStang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro. 11.2. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial que negou provimento ao pleito dos autores que buscavam indenização em razão da veiculação do homicídio de Aida Cury ocorrido em 1958. Globo Comunicações e Participações Ltdae Nelson Cury. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100574280>.

reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

Verifica-se, portanto, que neste caso não foi reconhecido o direito ao esquecimento dos Autores, entendendo-se que é impossível não abordar a figura da ofendida, no caso Ainda Cury.

Também configura caso de direito ao esquecimento o caso da apresentadora de TV, Xuxa Meneghel, que conseguiu o direito de ver removido o vídeo erótico denominado “Amor Estranho Amor” de que participou no início de sua carreira, quando ainda era menor de idade (PINTO, 2012).

Neste caso, mesmo que a apresentadora tenha autorizado a divulgação de sua imagem no passado, sua carreira atual tomou sentido contrário àquele fato pretérito, de forma que o direito à exibição das imagens entra em confronto com o direito à intimidade (SCHREIBER, 2013, Online).

Já na Espanha, um cidadão protocolou pedido junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD, com o objetivo de que fossem suprimidos dos mecanismos de busca, notícias publicadas no jornal *La Vanguardia*, no ano de 1998, que noticiava o fato de que o requerente teve seus bens levados à hasta pública por não ter quitado dívidas com a seguridade social. O referido cidadão teve seu pleito atendido pela Agência, que entendeu ser cabível seu pleito.

Inconformadas com a decisão da autarquia espanhola, as empresas *Google Spain* e *Google Inc.* ajuizaram recurso perante a Audiência Nacional, órgão judiciário da Espanha com competência sobre todo o território do País, de cujos julgamentos cabe recurso para o Tribunal Supremo da Espanha. Como a questão envolvia interpretação da Diretiva 95/46, relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais em âmbito de União Europeia, a questão foi remetida à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia que, em 13 de maio de 2014, concluiu que o tratamento de dados que os motores de busca realizam está submetido às normas de proteção de dados da União Europeia, sendo que as pessoas têm direito de solicitar, mediante certas condições, que determinadas vinculações a

seus dados pessoais não figurem entre os resultados nos mecanismos de busca da Internet.

É notório, portanto, a importância e contemporaneidade do tema no contexto social e jurídico, tanto no Brasil, quanto no exterior. Com o crescente número de demandas que procuram garantir um direito ao esquecimento como pressuposto do respeito à dignidade da pessoa humana e também como garantidor de outros direitos fundamentais, torna-se indispensável estabelecer parâmetros para avaliação do que pode ou não ser suprimido em caso de divulgação de dados e informações pessoais na Internet.

A Espanha foi escolhida devido ao fato de que foi a partir de provocação judicial feita pelo cidadão espanhol Mário Costeja González que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu pela aplicação do direito ao esquecimento em mecanismos de busca na Internet. Também contribuiu para a escolha o fato de que a Espanha previu em sua Constituição a garantia de proteção da intimidade com relação ao tratamento informatizado de dados pessoais.

Ainda, foi considerado que a Espanha, passou por um período ditatorial que durou trinta e sete anos, sendo que a Constituição atualmente vigente naquele país foi sancionada após o referido período em que o País foi regido de forma autoritária por Francisco Franco. Assim, de forma semelhante ao ocorrido no Brasil, a Constituição atualmente vigente na Espanha foi forjada em um ambiente de supressão de direitos, já que ambos os países foram regidos por governos marcadamente repressores e com histórico de violência⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje a solução das colisões de direitos fundamentais já positivados, bem como do direito ao esquecimento, ainda não regulamentado no Brasil, dá-se através dos princípios instrumentais, posto que são um forma de garantia dos direitos fundamentais já tipificados.

⁶ A Constituição do Brasil de 1988 surge após a ditadura militar, tendo por inspiração o constitucionalismo jovem europeu, sendo que institutos como o *Habeas Data* foi inspirado na previsão existente na Constituição Espanhola . (LIMBERGER, 2007, p. 31)

Contudo, defendeu-se neste trabalho a positivação e regulamentação do direito ao esquecimento a fim de garantir a tutela dos direitos fundamentais já existentes e amplamente citados anteriormente, tais como, honra, intimidade e vida privada.

Dessa forma, percebeu-se que não há solução predeterminada para resolução do embate entre o direito ao esquecimento e o direito à informação e manifestação de pensamento, devendo sempre ser analisado o caso concreto. Isto se dá, posto que não há hierarquia entre direitos fundamentais, de tal forma que não há como formar uma regra que se sobreponha à outras.

Analisando tudo que foi dito, pode-se concluir que o direito ao esquecimento não busca apagar fatos históricos, que contenham interesse público na sua divulgação, pois estes pertencem à memória comum, de todo o povo, até mesmo do futuro. O referido direito possui caráter individual, pois se trata do direito de alguém não ver notícia sua relacionada a seu passado sempre ser retomada em um momento em que já não existe mais interesse nessa divulgação, podendo, inclusive, gerar danos a outros direitos, como os de personalidade.

Entretanto, ainda que se decida por garantir o direito ao esquecimento, é extremamente difícil de se ter o controle das informações que se deseja esquecer quando estas são veiculadas na internet. Em razão disso, mostra-se necessário uma análise da comunicação no ambiente virtual, bem como do tratamento concedido aos dados informacionais no Brasil e no exterior.

Por fim, essencialmente, é preciso deixar elucidado que a garantia do direito ao esquecimento não implica, necessariamente, a proibição de divulgação de dados e informações, pois estas podem encontrar limites para proteção de direitos individuais que não afetem estes direitos de interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOFF, Salete Oro. Lippstein, Daniela. **Privacidade de dados e direitos humanos: a necessária adoção de mecanismos para a proteção de dados na era digital**. In: CERVI; Mauro Luiz; JAHNEKE; Letícia Thomasi,

STAHLÖFER, Iásin SCHÄFFER (Org.). **Pensando o Direito**. v. IV. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. P.569

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede. Vol. 1**. Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

FRANCEZ, André. **Direito do entretenimento na Internet**, São Paulo: Saraiva, 2013.

GAEBLER, Neal. **Vida, o filme: Como o entretenimento conquistou a realidade**. Companhia das Letras.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2014. 18. ed.

LIMBERGER; Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo Saraiva, 2015. 5. ed.

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

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 4.ed.Online

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 7. ed. p. 137.

SARLET, I.W., **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. P. 51.

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

SIERRA, Joana de Souza. **Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a Liberdade de imprensa**. Florianópolis: UFSC, 2013. 89 p. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.