

FACULDADE ANTONIO MENEGHETTI
BACHARELADO EM DIREITO

Aline Barbieri

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO X DIREITO AO
ESQUECIMENTO: NOVAS COLISÕES EM TEMPOS DE INTERNET**

Restinga Seca, novembro de 2016

Aline Barbieri

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO X DIREITO AO
ESQUECIMENTO: NOVAS COLISÕES EM TEMPOS DE INTERNET**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade Antônio Meneghetti – AMF, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Dr.^a Rosane Leal da Silva.

Restinga Seca, novembro de 2016

Aline Barbieri

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO X DIREITO AO
ESQUECIMENTO: NOVAS COLISÕES EM TEMPOS DE INTERNET**

Artigo apresentado ao Curso de Direito da
Antonio Meneghetti Faculdade – AMF, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Dra. Rosane Leal da Silva

Professor Orientador

Ma. Liége Alendes de Souza

Professor Avaliador

Ms. Felipe Dalenogare Alves

Professor Avaliador

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO X DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVAS COLISÕES EM TEMPOS DE INTERNET

Aline Barbieri¹
Rosane Leal da Silva²

RESUMO: O presente artigo visa analisar a liberdade de expressão e informação x direito ao esquecimento no ambiente virtual por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial. O conteúdo publicado na *internet* não possui um prazo de validade e se torna disponível em apenas um clique a quem possa se interessar e ao exercer o seu direito de expressão, muitas vezes o internauta se excede, violando direitos de outras pessoas, o que abre ao ofendido a possibilidade de solicitar a exclusão daquele conteúdo para assegurar seu direito ao esquecimento. Tal direito teve surgimento com a elaboração do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, cuja finalidade consiste em limitar a divulgação infinita de fatos pretéritos, que muitas vezes causam grandes transtornos aos envolvidos, ferindo o direito fundamental à privacidade e à intimidade. Nesse novo cenário, questiona-se: Quais os obstáculos que o titular do direito lesado está encontrando para efetivar o direito ao esquecimento? Quais as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema no Brasil? Para responder tais questionamentos, serão utilizados os métodos dedutivo, partindo de uma visão geral sobre o tema até chegar a uma análise específica dos casos julgados pelos Tribunais das Regiões Sul e Sudeste e o monográfico, realizando análise de casos concretos julgados pelos Tribunais destas regiões. Por fim, conclui-se que é difícil saber qual direito se sobrepõe no caso concreto, uma vez que, as decisões jurisprudenciais ainda não possuem uma pacificação, ficando a critério do magistrado analisar o conflito existente e decidir empregando a técnica de ponderação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito à Privacidade. Enunciado 531. Internet. Liberdade de expressão.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the freedom of expression x right to be forgotten in the virtual environment through a doctrinal and jurisprudential analysis. The published content on the Internet doesn't have an expiration date and becomes available in just one click to whom may be interested and to exercise their right of expression, often the Internet users is exceeded, violating rights of others, which opens to the offended the possibility to request the deletion of that content to ensure their right to oblivion. This right had appearance with the statement 531 from the *VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal*, whose purpose consist to limit the infinite disclosure of past tenses facts, which often cause great inconvenience to those involved, injuring the fundamental right to privacy and intimacy. In this new scenario, the question is: What are the obstacles that the holder of the infringed right is finding to actualize the right to be forgotten? What are the main doctrinaire and jurisprudential positions on the subject in Brazil? To answer such questions, deductive methods will be used, starting with an overview of the topic to reach a specific analysis of the cases tried by the Courts of the South and Southeast region and the monographic, making analysis of concrete cases judge by the courts in these regions. Finally, it is concluded that it is difficult to know which law overlaps in this case, since the court decisions still have no peace, leaving the magistrate's discretion to analyze the conflict and decide using the weighting technique.

Key-words: Right to be forgotten. Right to Privacy. Statement 531. Internet. Freedom of expression.

¹ Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF). E-mail para contato: alinebarbieri23@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional da UFSM (NUDI). Coordenadora do Núcleo de Direito da Criança e Adolescente Internauta (UNIFRA). E-mail: rolealdasilva@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo estudar o tratamento normativo, doutrinário e jurisprudencial conferido ao exercício da liberdade de expressão e o direito à informação no ambiente virtual, no Brasil, contrastando-os com o possível direito ao esquecimento da pessoa noticiada ou cujo nome e dados pessoais foram objeto de publicação, ou seja, o direito do sujeito remover uma informação publicada a seu respeito na *internet*. Além de estudar a posição dos autores que trabalham com o conceito de direito ao esquecimento, verificando seus aspectos positivos e negativos, com este artigo será possível analisar as decisões judiciais sobre o tema nos Tribunais das Regiões Sul e Sudeste, eleitas para investigação por registrarem expressivo número de internautas, o que oferece potencial para a ocorrência de muitos conflitos no ambiente virtual.

O direito ao esquecimento é um tema que vem ganhando espaço na doutrina brasileira e é uma consequência dos direitos constitucionais à honra, à vida privada e à intimidade. Ainda considerado um tema novo no Brasil, o direito ao esquecimento é um elemento importante no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente com as inovações tecnológicas, é um ponto em que se tem que avançar de modo a garantir, cada vez mais, uma defesa consistente dos direitos de personalidade.

Atualmente, utiliza-se a internet como instrumento para expressar livremente as opiniões, expor fatos e dados pessoais sem o menor controle de quais usuários podem ter acesso a essas informações e onde elas estão sendo armazenadas. Tal exposição põe em risco o direito à privacidade e mais adiante, o usuário poderá arrepender-se daquele conteúdo publicado e terá que pleitear judicialmente para que ocorra a retirada da *internet* daquela informação que anteriormente fora livremente compartilhada.

A efetivação deste direito começa a ganhar força na doutrina brasileira, tendo em vista as diversas violações ocorridas diariamente pelos meios virtuais em decorrência do crescimento no número de internautas e do uso desordenado as informações que ali se encontram. Essas violações ferem os direitos à privacidade e à intimidade, que por sua vez são protegidos constitucionalmente por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado. Isso é possível devido ao progresso

tecnológico e à globalização que mudaram intensamente a forma como os dados e informações são coletados, acessados e utilizados.

Trata-se, portanto, de problemática relativamente nova e que merece ser estudada, sobretudo para responder a alguns questionamentos, dentre eles: Quais os obstáculos que o titular do direito lesado está encontrando para efetivar o direito ao esquecimento? Quais as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema no Brasil?

Para responder a essas indagações de pesquisa utilizou-se uma combinação de métodos de abordagem e procedimento: quanto à abordagem foi empregado o método dedutivo, pois o trabalho parte da análise normativa e doutrinária do tema até chegar aos casos julgados pelos Tribunais de Justiça das Regiões Sudeste e Sul, aquelas que apresentam o maior número de internautas no Brasil. Como procedimento empregou-se a combinação do método monográfico, utilizado para realizar a seleção e análise dos casos e o comparativo, vez que foram comparadas as decisões dos dois tribunais eleitos.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo realizar-se-á uma abordagem sobre os conceitos de direitos fundamentais, liberdade de expressão e informação versus direito à privacidade e intimidade. No segundo capítulo discorrer-se-á sobre o Direito ao Esquecimento, Enunciado 531 e o Marco Civil da Internet. Por fim, no terceiro capítulo, serão tratadas as colisões entre os direitos constitucionais fundamentais, analisando-se também os obstáculos que o titular do direito lesado encontra para efetivar o direito ao esquecimento que será feito por meio da análise jurisprudencial para verificar como vêm sendo julgados os processos envolvendo os mencionados direitos nos Tribunais de Justiça das Regiões Sul e Sudeste.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO VERSUS DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE

A abordagem deste trabalho apresenta, de um lado a liberdade de informação e de expressão, preceitos constitucionais que são muito valorizados em uma sociedade globalizada que vive na era do “superinformacionismo”, onde os cidadãos não podem ser submetidos a qualquer tipo de censura e, de outro lado, o direito ao esquecimento, relacionado diretamente com direito da pessoa envolvida

na notícia ter seu nome e seus dados esquecidos, o que se liga a outro direito fundamental que é a sua intimidade. Dessa forma, é possível observar o surgimento de um conflito entre princípios e direitos acolhidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

No ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais à privacidade, à honra e à intimidade foram garantidos de forma expressa no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”.

No que se refere à privacidade, Leonardi (2011, p. 83) adota a posição de que esta representa um vasto e complexo conjunto de interesses que se sobrepõem e se entrecruzam, englobando “tanto a tutela da informação fornecida quanto daquela recebida (...) por uma pessoa”, podendo ser utilizada “em situações nas quais a privacidade esteja no âmago do problema, bem como em outras nas quais a privacidade seja um aspecto secundário, mas que demande igualmente uma tutela”.

A privacidade na sociedade da informação deve ser tida como a possibilidade de a pessoa conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações pessoais que dela tratam, possibilitando-lhe ter exata e prévia ciência do espaço informacional sobre o qual desenvolverá a sua personalidade. É, portanto, o direito de manter o controle das próprias informações, de molde a assegurar a livre construção da própria esfera privada. (BUCAR, 2013, p. 8).

Em síntese, de acordo com Barroso (2004, p. 6) a importância do direito à privacidade se revela importante:

Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas.

Desta forma, tem-se a privacidade como o conjunto de dados e informações pessoais, em que o usuário pode definir se deseja manter em segredo, ou se deseja compartilhar, decidindo com quem, onde e em que condições essa divulgação será feita, não podendo ser obrigado a isso.

No entendimento de José Afonso da Silva (2008, p. 207), a intimidade constitui “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Neste sentido, abarca a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, o segredo profissional e tantos outros.

A intimidade quase sempre é considerada sinônima da privacidade, porém a Constituição trouxe uma distinção presente no inciso X do artigo 5º, em que é possível perceber essa diferenciação entre a intimidade e as demais manifestações da privacidade: vida privada, a honra e imagem das pessoas. Obsta-se, diante disso, a invasão tecnológica e a exposição da privacidade perante o público ou pessoas das quais o sujeito não pretende exteriorizar dados de sua vida pessoal, comercial ou familiar.

Considerando a importância da liberdade para que o homem consiga expressar-se, a Constituição de 1988 consagra tal garantia, em seu art. 5º, em capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inserido dentro do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O artigo 5º, XIV, assegura a todos o acesso geral à informação, resguardando, quando necessário ao exercício profissional, o sigilo da fonte. Trata-se da liberdade de informação, ou seja, do direito de informar e de ser informado, o que é explicado por José Afonso da Silva (2008, p. 246).

Nesse sentido, a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

Nas palavras do autor, a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de expressão, em seu art. 5º, IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso IX, quando estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. (BRASIL, 1988).

A liberdade de informação assegurada pelos artigos 220 a 224 da Constituição Federal compreende as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação. Nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p.243), “a liberdade de comunicação

consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.

Conforme se verifica, a garantia constitucional da liberdade de expressão visa proteger a forma pela qual o direito de expressão será difundido, por intermédio dos meios de comunicação em massa.

Apesar da Constituição Federal Brasileira abranger de forma extremamente ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar e ser informado, é importante perceber que há um limite à expressão, à informação e à intimidade. O limite é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei.

Dessa forma, a partir de uma nova realidade social, sob a tônica da modernidade e ancorada na informação massificada que, diariamente, se choca com a invocação de novos direitos, pode-se extrair, como decorrência dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, o chamado direito ao esquecimento que, pela importância em relação aos fins do presente trabalho, será analisado a seguir.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento deriva dos já conhecidos direitos à intimidade e à privacidade, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana. Este consiste na vontade que o indivíduo possui de não ser lembrado contra a própria vontade, no tocante a fatos ou eventos trágicos, que de alguma forma lhe acarretaram algum tipo de abuso ou ofensa.

Originariamente, a construção do conceito jurídico do direito ao esquecimento, também denominado direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só, se originou e desenvolveu a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, isto é, para beneficiar aqueles que tinham recebido condenações, mas cumpriram suas penas por crimes cometidos e ainda e com mais razão nos casos de pessoas processadas mas que tinham sido considerados inocentes. Nesse último caso, independente da decisão essas pessoas tiveram suas vidas pessoais envolvidas em eventos muitas vezes com efeitos nefastos e que, por tal razão, não convém serem lembrados, trazendo-se à tona todos os malefícios que, com muito

esforço, foram superados. (RAMOS FILHO, 2014, p. 46). O autor faz a seguinte observação acerca do tema:

Com o direito ao esquecimento não se pleiteia a imposição de apagar fatos ou de reescrevê-los, mas apenas a possibilidade de se regular o uso que se faz de fatos pretéritos, mais precisamente o modo e a finalidade com que tais fatos são lembrados, evitando que canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas.

É interessante mencionar o caso *Lebach* ocorrido na Alemanha, considerado paradigma no que tange ao direito ao esquecimento. Cabral (2014)

O caso teve início no ano de 1969, quando houveram homicídios de soldados alemães na cidade de *Lebach*. Após um dos condenados cumprir integralmente sua pena e, dias antes de deixar a prisão, uma emissora de televisão iria exibir um programa especial sobre o crime no qual seriam mostradas fotos dos condenados e a insinuação de que eram homossexuais. O caso chegou ao conhecimento do Tribunal Constitucional Alemão que discutia-se, em síntese, se deveria prevalecer a liberdade de imprensa ou a proteção constitucional do direito de personalidade e privacidade.

Ao decidir o mérito do caso *Lebach*, o Tribunal Constitucional Alemão asseverou que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada. Dessa maneira, firmou-se o entendimento de que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer, nesse caso, em relação à liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Assim, decidiu-se que a divulgação da reportagem iria causar grandes prejuízos ao condenado e a emissora foi proibida de exibir o documentário.

A sociedade moderna vive na era do “superinformacionismo” que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações.

No estudo realizado, o direito ao esquecimento terá maior atenção quando aplicado à internet, tendo em vista que na rede nada se esquece e tudo se perpetua, além do alcance incalculável das informações veiculadas por este ciberespaço.

O tema é de relevância supranacional, e os limites e possibilidades do tratamento e preservação dos dados pessoais estão presentes nos debates atuais pelo fato de que no Brasil o direito ao esquecimento ainda se reveste de certa novidade, mas entrou em pauta com maior ênfase com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal-CFJ em março de 2014. O Enunciado 531 prevê que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O direito ao esquecimento, reconhecido pelo Enunciado 531, surgiu da discussão sobre a possibilidade de impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens.

Dissertando acerca do assunto, assim observa Costa Junior (2007, p. 16):

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

E no que se refere às informações veiculadas na internet à medida que as informações são eternizadas na rede sem qualquer controle ou limitação, em muitos casos se tornam grave ameaça aos direitos, como dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana não aparece no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas, sim, como princípio e valor fundamental elencado no inciso III do artigo 1.º da Carta Constitucional. Dessa forma, o entendimento é de que esse princípio independe de qualquer circunstância concreta, pois é inerente a toda e qualquer pessoa humana, tendo em vista que todos são iguais em dignidade enquanto reconhecidos como pessoas. (SARLET, 2007, p. 381).

Faz parte da essência do ser humano cultivar relações de amizade, profissionais e afetivas, e, em virtude disto, sente a necessidade de manifestar suas ideias, emoções e pensamentos. O avanço tecnológico aproximou o mundo. Aquilo que esteve distante agora pode ser acessado de dentro das casas, universalizado informações que estão disponíveis e acessíveis a muitas pessoas, a partir de um simples clique, afetando diretamente a vida do indivíduo (FREIRE, 2006, p. 12-13).

Considerando esse cenário, depara-se, comumente, com a divulgação de fatos passados com ausência total de contemporaneidade, que terminam por reabrir antigas feridas. Assim, busca-se assim, o esquecimento, especificamente no tocante a fatos desabonadores que o autor gostaria que já tivessem sido esquecidos.

Diante das considerações expostas, os contornos do direito ao esquecimento serão apurados pelo enfrentamento da sua colisão com outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito à informação e à liberdade de expressão.

Será 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. (RODOTÀ, 2008, p. 122).

Para melhor compreensão do tópico em que aborda os conflitos entre os direitos fundamentais, antes é necessário entender a noção de personalidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Conforme Amaral (2003, p. 249), “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.

Desse modo, a proteção aos direitos da personalidade tem como finalidade resguardar as qualidades e os atributos essenciais da pessoa humana, de forma que lhe sejam assegurados à preservação da sua integridade física, psíquica e intelectual bem como o direito à sua integridade moral. Dentro dessas qualidades têm-se o livre desenvolvimento da personalidade, este por sua vez, de acordo com Miranda (2013, p. 11189) “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade confere ao indivíduo o direito de agir da forma que lhe convier, e impõe uma obrigação de não intervenção de terceiros.”.

A internet tornou a sociedade efetivamente transparente, concedendo a qualquer indivíduo o acesso a uma enorme quantidade de informações relativas a quaisquer aspectos da vida social de outrem. Desta maneira, surgiu um novo poder, chamado de poder informático (PAESANI, 2008, p. 21), sendo que o exercício desse poder se torna extremamente atrativo em razão do anonimato que protege o usuário da rede quando busca por informações.

Portanto, as novas tecnologias apresentam-se indubitavelmente como um progresso, porém, nem sempre são bem utilizadas, servindo inclusive de instrumento de vigilância e controle dos indivíduos por parte do Estado que desvirtua sua melhor utilidade que seria uma maior participação do indivíduo, quase que como uma democracia participativa (CASTELLS, 2003, p. 128). Além disso, serve aos particulares como ferramenta para invadir a vida do semelhante, desrespeitando seu direito à privacidade e intimidade.

Na medida em que a Internet propicia a difusão da informação, marcada pela facilitação de acesso e exposição gratuita dos usuários nas redes sociais, ela

também acarreta uma espécie de eternização voluntária e ingênua de dados pessoais, muitas vezes com conteúdos íntimos, cujo acesso ilimitado poderá influir negativamente na vida futura profissional e pessoal dos usuários. Essa controvérsia reflete em um conflito entre o direito à liberdade de expressão e as garantias constitucionais pertinentes à privacidade e intimidade, as quais dão ao lesado o direito de pleitear o direito ao esquecimento.

Observa-se que o direito ao esquecimento é um instituto que decorre da proteção da intimidade, privacidade e o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento possui assento constitucional, com isto, a tese do direito ao esquecimento vem ganhando força na doutrina jurídica brasileira, com o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil juntamente com a elaboração do Marco Civil da Internet, tópico que está abordado à seguir.

2.1 ENUNCIADO N. 531 NA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL E O MARCO CIVIL DA INTERNET

O direito ao esquecimento, como visto anteriormente, é um instituto que visa assegurar a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Assim, em razão de ser considerado uma decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade humana, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, assegurado pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Neste contexto, ainda é possível citar o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ em março de 2013 cujo teor se transcreve:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

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

Conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Surge, portanto, da necessidade de garantir a pessoa humana o domínio e a autonomia sobre sua vida não só presente, mas também a pretérita. Desta forma, quem pretende judicialmente apagar informações negativas sobre seu passado já pode evocar o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana.

O problema se agrava à medida que mais dados e informações são compartilhadas, sobretudo nas redes sociais, tornando-se acessíveis por milhões de usuários em qualquer parte do globo, inclusive dados que trazem consigo aspectos intrinsecamente ligados à personalidade dos indivíduos. Nome, sobrenome, endereço, opções religiosas, afetivas e tantas outras são objeto de exposição fomentada e enaltecida social e culturalmente (MARTINS, 2014, p. 10).

A vida e a história do indivíduo ficam expostas na rede para quem quiser buscá-la, bastando um simples *click* para que se descortine o tempo e traga à tona fatos já esquecidos, que causam, na maioria das vezes, sofrimento e dor à pessoa, retirando-lhe o seu direito à privacidade.

O desenvolvimento tecnológico alterou radicalmente o equilíbrio entre lembrança e esquecimento, visto que a regra, hoje, é a recordação dos fatos ocorridos, enquanto esquecer tornou a exceção.

Na esteira da inteligência do constituinte originário e em conhecimento da revolução provocada pela internet na era da informação, o legislador ordinário recentemente editou a Lei 12.965/14, denominada Marco Civil da Internet, que regulou a proteção de dados informáticos. Em uma das hipóteses, instituiu o direito ao esquecimento mediante solicitação do usuário, nos termos seguintes:

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

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

O artigo 7º, X, do Marco Civil assegura um direito público subjetivo de exclusão definitiva dos dados pessoais, ao término da relação com determinado aplicativo de internet, mediante requerimento do usuário. Porém, não há preocupação em afirmar de que modo essa exclusão deve ser realizada.

O Marco Civil não condicionou o exercício do direito ao esquecimento à comprovação de qualquer requisito que não fosse a vontade do titular do direito. Apresenta-se, portanto, como um direito subjetivo de natureza potestativa, ou seja, é o direito sobre o qual não recai qualquer discussão, ele é incontroverso, cabendo a outra parte apenas aceitá-lo, na medida em que o seu exercício não depende da vontade do sujeito passivo. A relação jurídica mantida entre o usuário e o provedor de aplicações de Internet pode ser rescindida imotivadamente a qualquer tempo pelo usuário. (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 56)

Quando se tratar de remoção de conteúdos postados ilicitamente por terceiros, o recente Marco Civil da Internet, seguindo esta mesma linha de entendimento, contemplou que a retirada de conteúdos postados ilicitamente por terceiros deverá ser julgada por juízes de direito, afastando dos provedores de internet a discricionariedade pela retirada da informação de seu site. Neste cenário, os magistrados deverão analisar se prevalecerá o direito de informação e liberdade de expressão ou os direitos da personalidade.

Leite; Lemos (2014, p. 570) assim observam:

Entende-se por exclusão, aquela que não pode se dar somente do sistema operacional da plataforma acessível por terminal conectado à internet, e sim do servidor principal que alimenta o sistema informativo. Por exemplo, os dados pessoais cadastrados em determinada rede social, ao término da relação e a requerimento da parte, devem ser excluídos do portal de acesso aos usuários, como também dos servidores que alimentam o sistema como um todo.

Afinal, não se trata de mera exclusão de dados, e sim de exclusão definitiva, assegurada pelo Marco Civil da Internet. É direito do usuário que os dados pessoais cadastrados no aplicativo de internet sejam esquecidos pelo servidor principal, e que não possam ser restaurados ou novamente utilizados, salvo na hipótese de renovação da relação de consumo. (LEITE; LEMOS, 2014, p. 569).

Com o surgimento de tecnologias avançadas de comunicação e a construção da sociedade informatizada, o cidadão não é mais identificado somente pelo número do Registro Geral ou de outros documentos oficiais com foto. Os dados

virtuais – tais como o IP e os registros de conexão aos aplicativos de internet – também constituem maneira de reconhecer o usuário singular, sendo possível identificá-lo caso tenha violado a privacidade de outro usuário ou aquele que teve sua intimidade exposta contra sua vontade.

A sociedade superinformacional apresenta este paradoxo: de um lado a exposição exacerbada e desmedida da vida íntima e privada e do outro a busca pelo respeito à vida já encenada. Ocorre que o incentivo e a prática dessa superexposição não apresentam a ressalva de que estes fatos e dados hoje expostos se perpetuarão na rede e esquecê-los será uma tarefa quase impossível (DOMINGUES, 2010. p. 53). Uma informação publicada na internet pode ser lida simultaneamente em qualquer ponto do mundo e alguns segundos depois pode ser comentada e compartilhada por vários usuários, multiplicando-a em escala geométrica e sem qualquer controle sobre o conteúdo explicitado. (DOMINGUES, 2010. p. 55).

O indivíduo não pode apagar seu passado ou reescrever parte de sua história, entretanto o direito ao esquecimento proporciona à pessoa humana, que sofre com o mal-uso das novas tecnologias, a possibilidade de retomar o curso normal da existência, deixando adormecidos fatos pretéritos (SOARES, 2015. p. 12).

Neste sentido, o grande desafio do Direito em uma sociedade que vive conectada e em constante evolução é conseguir adaptar a legislação às demandas sociais que surgem diariamente, cabendo ao magistrado ponderar diante do caso concreto. No próximo ponto, será abordado as colisões entre direitos fundamentais.

3 COLISÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO NA INTERNET

Com o início da era virtual ocorreram mudanças significativas na sociedade. A velocidade dos avanços tecnológicos, ao mesmo tempo em que possibilitaram uma conexão mundial eficaz e precisa, trouxe uma série de novas preocupações tanto em relação ao futuro dessas tecnologias, quanto à forma de utilização destas.

Conforme já explanado, junto com esse avanço, surgiu uma grande preocupação em relação ao excesso de informação que a liberdade de expressão permite ser compartilhada pelos meios digitais. Essa problemática está relacionada

diretamente com a violação da privacidade e intimidade e o Direito muitas vezes não consegue acompanhar a velocidade com que a tecnologia e as informações se propagam. Neste sentido Leonardi (2012, p. 42)

Esse quadro é particularmente preocupante em relação à privacidade, cuja violação é exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a *Internet* tão atraente, a tremenda facilidade de disseminação, de busca e de reprodução de informações, em tempo real, sem limitações geográficas aparentes.

Diante exposto, tem-se, de um lado, a liberdade de informação e de expressão, valores de índole constitucional, os quais não podem estar submetidos a qualquer tipo de censura, e, de outro lado, os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, como corolário do direito à intimidade e à privacidade, também com *status* constitucional, surgindo, assim, uma colisão entre direitos fundamentais.

O exame da relação, cada vez mais estreita, entre as leis sobre proteção de dados e leis sobre liberdade de informação permite individualar, por um lado, a articulação e o enriquecimento do direito de acesso; e por outro lado a expansão de tal direito para muito além da fronteira das informações pessoais. (RODOTÁ, 2008, p.74).

Tendo em vista o exercício dessas garantias constitucionais, a colisão entre direitos fundamentais tem sido amplamente discutida no Brasil e no mundo sendo retratadas em discussões judiciais recentes envolvendo esses direitos na *internet*, despertando assim debates sobre os limites e técnicas para balizar qual o direito deve prevalecer em determinados casos concretos.

Diante dessa característica, aduz Silva (2008, p. 609):

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.

Por colisão de direitos fundamentais deve-se entender a diversidade de interesse sobre direitos fundamentais de diferentes titulares referentes ao mesmo objeto, de tal forma que o exercício de uns venha a opor-se com o de outros, fazendo com que o intérprete, diante de duas regras ou de dois princípios

constitucionais, sinta-se em dúvida acerca de qual deva prevalecer no caso concreto.

Ocorrendo a hipótese dessas colisões entre princípios da mesma hierarquia, para sua solução será necessário empreender uma ponderação de valores caso a caso pelos tribunais, “de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer” (BARROSO, 2004, p. 4), devendo ainda ser exaustivamente fundamentadas a fim de que sejam afastadas quaisquer possibilidades de arbitrariedades.

Conforme destaca Barroso (2004, p. 7)

Nada obstante, o entendimento que prevalece é o de que a lei não pode impor solução rígida e abstrata para esta colisão, assim como para quaisquer outras. E ainda quando a solução proposta encontre respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar da fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição.

[...] A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso.

Portanto, a colisão entre os direitos à informação e a liberdade de expressão contra os direitos à intimidade, privacidade e ao esquecimento na rede deve ser analisada caso a caso e, observando as particularidades de cada caso para chegar a uma conclusão adequada que enalteça um direito em detrimento do outro.

No próximo tópico serão analisados os obstáculos que o ofendido encontra para efetivar o seu direito ao esquecimento e no que consiste a técnica de ponderação.

3.1 OBSTÁCULOS QUE O TITULAR DO DIREITO LESADO ENCONTRA PARA EFETIVAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO E APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

A aplicação do direito ao esquecimento no âmbito virtual se depara com uma série de desafios. Além da já mencionada ponderação entre valores da liberdade de expressão e a proteção da intimidade, também é necessário soluções técnicas que possam efetivamente retirar da plataforma virtual a informação indesejada, uma vez que, praticamente todos os dados ficam armazenados na chamada “nuvem” ou ainda, não há como ter um controle absoluto de que algum indivíduo não tenha salvo aquela informação.

Outro problema que o titular de direito lesado enfrenta ao tentar efetivar o seu direito ao esquecimento é a possibilidade de anonimato no meio virtual. Assim, a pessoa que teve seu direito violado encontra dificuldades para realizar a identificação do autor da publicação ofensiva, além do que, a informação veiculada pode não estar hospedada em apenas um site ou provedor, havendo a possibilidade de estar hospedada em provedores localizados em outro país, o que pode gerar dificuldades diplomáticas para a coerção ao cumprimento de medidas determinadas por juízes nacionais.

Além desses desafios, os artigos 13 e 15 do Marco Civil da internet corroboram com o fato de que o direito ao esquecimento não detém caráter absoluto. Isso ocorre porque os dispositivos acima mencionados ressalvam que os provedores não podem excluir prontamente todas as informações dos usuários, pois devem observar outros preceitos relativos à guarda de dados, prescritos pela própria lei, os quais impõem que os registros relativos à conexão dos usuários à *Internet* devem ficar preservados pelo prazo de um ano, bem como os pertinentes aos acessos dos usuários às aplicações de *internet*, os quais devem ser mantidos pelo prazo de seis meses.

Entretanto, é relevante frisar que a guarda dos registros dos acessos dos usuários pelos provedores de conexão e de aplicações de *Internet* deve respeitar a privacidade. Nesse sentido, o artigo 23 ressalva que cabe ao juiz adotar “as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

O objetivo do direito ao esquecimento, portanto, é possibilitar que as pessoas optem pela exclusão de arquivos, publicações ou compartilhamentos, na

falta de motivos legítimos que justifiquem a sua manutenção, evitando que esses dados e informações sejam alcançadas por terceiros, os quais poderão fazer um uso abusivo delas.

Diante de normas em rota de colisão e da impossibilidade de utilização dos métodos clássicos de solução para os conflitos entre as regras, a interpretação constitucional se viu na obrigação de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução pautada pela racionalidade e controlabilidade. A técnica a ser desenvolvida deverá ter uma estrutura diversa, com capacidade de operar em todas as direções, sempre em busca da regra concreta que vai reger a espécie, considerando os múltiplos elementos em jogo na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto (BARROSO, 2012, p. 358).

Nessas situações em que se registra um choque de princípios e garantias constitucionais, resta ao Poder Judiciário sopesar valores e aplicar princípios de proporcionalidade, que consiste em realizar uma análise das vantagens e desvantagens que a lei ou decisão acarretará e ponderação em si, de acordo com o caso concreto.

O princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo, devendo obedecer-lho tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. (ÁVILA, 2005, p. 96).

Para solucionar estes conflitos, utiliza-se da técnica que a doutrina constitucionalista convencionou a denominar de ponderação, que consiste em uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas, conflitos esses insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.

Nas palavras de Barroso (2004, p.357), têm-se uma definição da técnica adotada para a solução de conflitos:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior-premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente

poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação

Barroso (2012, p. 358) descreve a técnica da ponderação em três etapas. Segundo o autor, a primeira etapa será aquela em que caberá ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, ocasião em que deverá identificar eventuais conflitos entre elas.

Na segunda etapa, o intérprete irá examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso, assim como a sua interação com os elementos normativos. Essa fase possui certa importância, pois é nesta etapa em que será realizado o exame dos fatos e das circunstâncias do caso concreto e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira etapa, que se poderá apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2012, p. 359).

Por fim, é na terceira etapa que a técnica da ponderação se perfaz. Nesta fase os princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista das circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem interferir na sua validade. Assim, o intérprete irá examinar de forma conjunta as normas aplicáveis e a repercussão das circunstâncias do caso concreto, visando mensurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em conflito, determinado o grupo de normas que deve preponderar no caso. (BARROSO, 2012, p. 359).

Ainda na terceira fase, de acordo com Barroso (2012, p. 359), o intérprete deverá decidir o grau de intensidade que esse grupo de normas, e a solução por ele indicada prevalecerá em detrimento das demais, ou seja, sendo possível graduar a intensidade de aplicação da solução escolhida, o intérprete terá que decidir qual o grau apropriado da solução a ser aplicada, conduzido, sempre, pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Esta técnica não deve ser empregada com o propósito de infringir direitos fundamentais, mas sim com o objetivo de resguardar os dados ilicitamente publicados ou que, mesmo se lícitos, possam causar prejuízos aos detentores.

Nesses casos, cabe ao Poder Judiciário buscar a solução mais adequada, de forma a não ferir de maneira grosseira nenhuma das garantias fundamentais, aplicando, para tanto, os princípios da proporcionalidade e ponderação de valores, para que os indivíduos se vejam protegidos no seu direito de ser esquecido e a liberdade de expressão não seja absolutamente restringida.

Por sua relevância para o estudo, os tópicos seguintes ocupam-se em trazer os as principais posições doutrinárias acerca dos fenômenos da colisão dos direitos fundamentais e além da análise jurisprudencial em que será observada a forma com que os Tribunais de Justiça das regiões Sul e Sudeste vêm solucionando esses casos e a forma com que o *ciberespaço* vem sendo tratado nesses julgados.

3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA NO BRASIL E AS TÉCNICAS UTILIZADAS PARA A SOLUÇÃO DESTES CONFLITOS.

O tema conflito de direitos fundamentais, mais precisamente o conflito entre liberdade de informação e expressão e direitos da privacidade e intimidade, não é considerado um fato novo, tendo os tribunais pátrios já se deparado com inúmeros casos. Entretanto, tal conflito, da forma como posta neste trabalho, se reveste de certa novidade, devendo ser analisado sob outro prisma e solucionado levando-se em consideração uma nova realidade social, na qual a informação se difunde de forma massificada, por meio da *internet*, ambiente que, por natureza, não “esquece” o que nele se divulga e pereniza tanto informações boas quanto injuriosas da pessoa noticiada, bem como do seu alcance potencializado de divulgação. (RAMOS FILHO 2014, p.55).

Para realizar a presente pesquisa foram selecionados julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro, estes tribunais foram selecionados por possuírem um maior percentual de internautas no Brasil. Isso faz com que naquelas regiões mais pessoas tenham acesso às informações disponibilizadas na *Internet*, inclusive as “esquecíveis”. Ao consultar a ementa nos sites destes tribunais utilizando as palavras chaves “direito ao esquecimento e *internet*” foram encontrados

no total trinta e quatro julgados, destes foram selecionados apenas quatro. Dois foram escolhidos por envolverem pessoas que possuem maior interesse popular, pois envolvem uma ex-musa do Grêmio *Football* Porto Alegre e uma ex-BBB, entretanto tiveram o direito ao esquecimento negado e outros dois casos envolvem questões mais cotidianas, em que as pessoas envolvidas não eram conhecidas publicamente, sendo concedido o direito de ser esquecido nestes dois últimos casos.

O primeiro julgado analisado é o Agravo de Instrumento número 70062705405, julgado em 16 de março de 2015 pela Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual uma ex musa do Grêmio *Football* Porto Alegre requereu o direito ao esquecimento deste título em face de seu direito à privacidade, requerendo a exclusão deste fato da internet e do site do clube.

Neste caso, o Tribunal entendeu que se trata de um direito à informação da população de que a pessoa em questão foi musa do clube de futebol Grêmio, sendo este direito pertencente ao conhecimento da história do clube mais relevante do que o direito à privacidade, uma vez que não é considerado fato vexatório. Ainda assim, o acórdão não enfrenta a possibilidade da responsabilização ou não do provedor de acesso a esses conteúdos. (PORTO ALEGRE, 2015, p. 5)

Observa-se que o direito ao esquecimento não foi reconhecido, uma vez que o conteúdo o qual se pleiteava retirar da internet não trazia nenhuma consequência à vida pessoal da Autora. No julgado o magistrado afirma que ao retirar o conteúdo do ar estaria sendo feito censura ao conteúdo publicado por outra pessoa, ou seja, estaria ferindo um direito à liberdade de expressão de quem escreveu. Desta forma, no conflito em questão o direito à informação e à liberdade de expressão foi garantido, uma vez que não maculava a intimidade ou privacidade da pessoa. Em nenhum momento no acórdão analisado o direito a imagem é vinculado como direito da personalidade e que sua disposição e autorização para uso não é perpétua, limitando a análise do julgador ao mero dissabor e ao embate da informação ser ou não revelada para a sociedade de forma livre.

Para verificar se está diante de um caso de conflito de direitos, deve-se analisar cada caso a existência ou não da colisão, e só existirá a colisão quando o exercício de um desses direitos por parte de seu titular colidir com o exercício de outro desses direitos por parte de outro titular. Ocorrendo esta situação, é necessário valorizar o caso concreto para verificar se houve violação do fundamento ético da dignidade da pessoa humana, a fim de concluir se o julgados está diante de

direitos da personalidade. (CANOTILHO, 2003, apud TOALDO; NUNES; MAYNE, 2012, p. 9).

Assim, para que essa solução ocorra da forma mais adequada possível, ela utiliza-se de critérios como o da ponderação, técnica jurídica adotada para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Nesse sentido, quando o caso concreto admitir aplicação de vários princípios de mesmo nível hierárquico é imprescindível à conjugação dos mesmos, e desta ponderação de princípios emergirá a regra a ser aplicada ao caso em julgamento. Sendo assim, a decisão final, a regra, deverá, em maior ou menor intensidade, acatar todos os princípios aplicáveis naquele caso.

O próximo julgado entendeu como necessária a concessão do esquecimento na rede. A Apelação Cível nº 70061976288, Julgada pela Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 21 de maio de 2015, trata de uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela contra o site de buscar Yahoo a qual foi indeferida, onde a autora buscou a retirada do referido site das informações sobre processo em que é ré.

Neste julgado foram analisados os direitos conflitantes, trazendo inclusive o Marco Civil da Internet, importante instrumento jurídico na defesa na rede. No acórdão entendeu-se que no caso em questão passou do simples dever informacional para a invasão da privacidade da autora, uma vez que o nome dela não está somente atrelado à matéria jornalística, ou seja, fora extrapolado o limite entre informação e privacidade. A seguir decisão proferida:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. OBRIGAÇÕES. ATOS UNILATERAIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. DISSEMINAÇÃO DE POSTAGENS. CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA DO SISTEMA DE BUSCAS.

O interessado tem o direito de pretender que o responsável pela hospedagem na internet retire do sistema de buscas pelo seu nome o acesso a postagem que tenha por ofensiva. Não se trata de tolher a iniciativa jornalística ou a notícia, mas de preservar a privacidade e dados pessoais impedindo que sejam disseminadas em veículos sem aquele caráter por diversos do jornalístico.

RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 1)

Neste caso, foi demonstrada a efetiva violação à intimidade ou privacidade, sendo aplicado o direito ao esquecimento e as demais medidas cabíveis.

Existem critérios que podem ser utilizados para verificar se o uso da liberdade de informação está dentro do limite lícito de seu exercício. Primeiro, deve a

liberdade de informação estar a serviço da opinião pública, ou seja, esse critério está relacionado diretamente ao assunto que será tratado pela informação trazida pelo meio de comunicação em massa. Nesse critério, deve-se também diferenciar o que é público do que é privado, pois só poderá ter preponderância sobre demais direitos se a questão tratar-se de interesse público. O segundo critério, que deve ser utilizado diz respeito à veracidade da questão trazida, assim uma informação que não seja pautada na verdade não tem preferência sobre outros direitos, pois a mesma na cumpre a função social da liberdade de informação. (CANOTILHO apud TOALDO; NUNES; MAYNE, 2012, p. 9).

O próximo julgado trata-se de uma apelação cível com revisão nº 0160205-48.2010.8.26.0100, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Nona Câmara de Direito Privado, relator José Aparício Coelho Prado Neto, em 05 de abril de 2016, cuja apelante é a empresa Google Internet Brasil Ltda. e apelada Maria Helena Jurado Mellilo, participante e vencedora do *reality show* Big Brother Brasil (BBB), transmitido pela Rede Globo de Televisão, em 2011. Na sequência, a ementa:

EMENTA: APELAÇÃO – Ação de Obrigação de Fazer – Pedido de exclusão de seu nome artístico, "Meg Mellilo", das páginas de pesquisa da ré, Google, na Internet – Tutela antecipada concedida – Sentença de procedência – Inconformismo – **Inaplicável ao caso em tela o direito ao esquecimento, pois a imagem da autora, por sua própria vontade, jamais deixou de ser associada ao erotismo e à pornografia – Autora não demonstrou ao longo do processo ter preocupação com sua privacidade, o que torna injustificada sua pretensão de esquecimento de fatos passados que, sinal-se, repetem-se no presente** – Recurso provido. (São Paulo, 2016, p.1).

O recurso foi interposto contra sentença que julgou procedente ação para que a empresa Google excluísse de suas páginas de consulta na *Internet*, o nome artístico e vídeos de “Meg Mellilo”, ora apelada. Isso em função de que, no passado, essa se prostituía, tendo seu corpo, associado ao seu apelido, exposto na rede mundial de computadores. O julgador entendeu pelo provimento do recurso, afastando o direito ao esquecimento.

O acórdão decidiu ser inaplicável ao caso o direito ao esquecimento, pois a imagem da autora, por sua própria vontade, jamais deixou de ser associada ao erotismo e à pornografia. O Tribunal entendeu que a autora não demonstrou ao longo do processo ter preocupação com sua privacidade, inclusive salienta que enquanto participou do *reality show* Big Brother Brasil nunca deixou de fazer sexo, o

que torna injustificada sua pretensão de esquecimento de fatos passados. Nas palavras do relator José Aparício Coelho Prado Neto (SÃO PAULO, 2016, p.9):

Consoante o acórdão verifica-se a impossibilidade de aplicação do “direito ao esquecimento”, pois vê-se facilmente que a autora não tem agido de forma diferente daquela que marcou seu passado e que procura excluir das pesquisas levadas a efeito pela ré, o que se afirma com base nos fatos atuais acima alinhados, tudo a revelar a ausência do arrependimento necessário para alcançar o direito ao esquecimento.

Por fim, o ultimo acórdão analisado trata-se de uma apelação nº 0007766-17.2011.8.26.0650, julgada pelo relator Paulo Alcides, em 08 de maio de 2014, cujo apelante é Carlos Alberto Lovato e o apelado é Empresa Folha da Manhã.

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE. MATÉRIA PUBLICADA EM SITE JORNALÍSTICO. INTERNET. NOTÍCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DE SUSPEITO DE CRIME. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RESPECTIVO. DIREITO AO ESQUECIMENTO DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA PERMANÊNCIA DA NOTÍCIA. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DOS FATOS PASSADOS. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO MEDIANTE JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE A EXCLUSÃO DA NOTÍCIA IMPUGNADA DE SUA PÁGINA NA INTERNET. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (SÃO PAULO, 2014, p.1)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Alberto Lovato contra a sentença, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer proposta em desfavor da Empresa Folha da Manhã. Sustenta o recorrente, em síntese, que a demanda foi ajuizada para o fim de excluir do site mantido pela ré a notícia em que divulgava sua prisão cautelar para apuração de eventual prática do crime de corrupção. Para tanto, argumenta que o inquérito policial foi arquivado pelo Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público. Esclarece que a ré limitou-se a acrescentar pequena inscrição a respeito do arquivamento sem, contudo, o mesmo destaque dado à matéria originária. Considera, por isso, que continua sendo discriminado pela exposição da matéria. (SÃO PAULO, 2014, p.2)

O autor expõe na petição inicial que a notícia veiculada pela ré causou-lhe inúmeros transtornos e constrangimentos, por estes motivos pretende a exclusão do site de notícia Folha.com. (SÃO PAULO, 2014, p.3)

É importante destacar que, neste caso, não há dúvida de que a reportagem atendeu aos limites constitucionais da liberdade de informação. O autor apelante realmente foi preso e investigado pelos fatos descritos na reportagem veiculada no site mantido pela ré apelada. Entretanto, como o processo foi arquivado à requerimento do Ministério Público e o site provedor de mídia na internet, uma vez provocado diante do fundamento relevante, deveria ter realizado a atualização da informação sobre o processo criminal já julgado e que resultou em inocência do acusado, a fim de que a informação se mantenha correta e imparcial. Ainda, se necessário for, devem excluir a informação, a fim de que sejam imediatamente cessados os efeitos danosos da notícia. (SÃO PAULO, 2014, p.7)

A colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de informação e de imprensa resolve-se não em juízo de exclusão, mas de ponderação. (SÃO PAULO, 2014, p.7)

Por fim, o tribunal decidiu que no caso em questão, não se vislumbra interesse público na permanência da informação impugnada pelo autor, referente à investigação policial arquivada há mais de dez anos, determinando à ré Empresa Folha da Manhã, responsável pelo site www.folha.com, a exclusão da notícia impugnada, efetivando-se desta forma o direito ao esquecimento. (SÃO PAULO, 2014, p.9)

De acordo com as decisões observadas, foi possível observar que cada caso é analisado levando em conta suas características específicas e o contexto que o cerca, chegando sempre na solução mais plausível e a qual emane menos consequências futuras, ou seja, sempre realizando a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes.

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito à imagem e a intimidade). (MENDES, 2002, p. 21.)

CONCLUSÃO

A sociedade nos últimos anos passou a utilizar um novo modelo de comunicação, mais rápido e sem fronteiras, possibilita que milhares de pessoas tenham acesso à rede mundial de computadores, mais conhecida por *internet*. O

avanço tecnológico aproximou o mundo. Aquilo que esteve distante agora pode ser acessado de dentro das casas, universalizando informações que estão disponíveis e acessíveis à partir de um *click* e sua contribuição positiva para a sociedade é imensurável. Entretanto, o lado negativo é a disseminação de informações sobre a vida e a história do indivíduo que ficam expostas na rede para quem quiser buscá-la e violando os direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade.

Uma informação publicada na internet pode ser lida simultaneamente em qualquer ponto do mundo e ao mesmo tempo em que a velocidade das informações e seu armazenamento preocupam, os direitos a liberdade de expressão e a privacidade são direitos fundamentais assegurados tanto na Constituição Federal quanto no Marco Civil da Internet devendo ser preservados, coexistindo de forma harmônica.

Entre o direito de se expressar e de informar existem os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e não há uma resposta exata sobre a maneira que deve ser utilizada para solucionar o conflito quando esses direitos se chocam, uma vez que ambos possuem mesma hierarquia, devendo ser verificado caso a caso qual direito deve se sobressair para tutelar o bem jurídico mais vulnerável naquele momento.

O direito ao esquecimento, que inicialmente surgiu para garantir o direito de ex apenados possuírem uma vida digna depois de cumprida sua pena, passou a ser utilizado com um instrumento de salvaguarda daqueles cidadãos que se deparam, comumente, com a divulgação de fatos pretéritos, invasões de privacidade pelas mídias sociais, em razão da facilidade de circulação e de manutenção de informação pela internet, capaz de proporcionar superexposição de informações mesmo que decorrido muito tempo desde os atos que lhes deram origem.

O direito de ser esquecido na rede mundial de computadores é difícil de ser efetivamente aplicado, pois embora o lesado tenha o direito ao esquecimento reconhecido, é cediço que após o conteúdo ser disponibilizado na *internet*, perde-se o controle de quem, onde e o que foi feito com as informações ali publicadas, tornando quase impossível ser esquecido com uma ferramenta tão poderosa que disponibiliza de maneira instantânea um conteúdo praticamente infinito. Isso demonstra o motivo pelo qual a rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações.

Diante destas situações surge o conflito entre direitos fundamentais, pois de um lado estão as liberdades de informação, de expressão, valores de índole constitucional, e, de outro lado, os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, como corolário do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, todos também com *status* constitucional.

Para se pensar em direito ao esquecimento, deve-se pensar nos direitos fundamentais e em seu funcionamento no sistema ponderando valores diante do caso concreto, pois conforme foi possível observar a partir da análise jurisprudencial, em muitas situações, os dados são do interesse geral da população e sem um justo motivo, objetiva-se a retirada. Por outro lado, há situações em que as informações refletem aspectos pessoais dos indivíduos, não havendo justificativa para que este se eternize na rede.

Diante o exposto, juristas encontram atualmente uma grande dificuldade na área da sociedade em rede, pois a cada dia surgem novas demandas inéditas. Neste cenário, é difícil saber qual direito se sobrepõe no caso analisado, uma vez que como tudo é recente, as decisões jurisprudenciais ainda não possuem uma pacificação, ficando a critério do magistrado ponderar diante de cada situação já que não existem normas que garantem a hierarquização de tais direitos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado De. **Enunciados Aprovados Na Vi Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em: 10 jun. 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4^o. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação**. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm, 2004.

BITTENCOURT, Ila Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. Direito ao esquecimento. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 8, n. 2, p.45-58, 2014. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7829>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em: 25 out. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele. **“The right to be let alone”**: considerações sobre o direito ao esquecimento. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento#_edn6>. Acesso em: 18 outubro 2016.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

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

DOMINGUES, David Calcevilla. **Las redes sociales**: tipologia, uso y consumo de las redes 2.0 em la sociedade digital actual. Madrid: Documentación de las Ciencias de la Información, 2010.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a protecao de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo**: o fim da privacidade. São Paulo: AxisMundi, 2006.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines Coelho; BRANCO, Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: B. Jurídica, 2002.

MIRANDA, Felipe Arady. O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 10, p.11175-11211, jan. 2013. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. **A regulamentação do direito ao esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores.** Revista da AJURIS, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em:
<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/376/310>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. **Direito Ao Esquecimento Versus Liberdade De Informação e de Expressão:** A Tutela de um Direito Constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. 2014. 75 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Especialização em Direito Constitucional, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – Esmec, Fortaleza, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70062705405.** Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Julgado em 26/03/2015. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70062705405%26num_processo%3D70062705405%26codEmenta%3D6220568++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70062705405&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=26/03/2015&relator=T%C3%BAlio%20de%20Oliveira%20Martins&aba=juris. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70061976288.** Décima Oitava Câmara Cível. Relator: João Moreno Pomar. Julgado em 21/05/2015. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70061976288%26num_processo%3D70061976288%26codEmenta%3D6295871++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70061976288&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=21/05/2015&relator=Jo%C3%A3o%20Moreno%20Pomar&aba=juris. Acesso em 16 out. 2016.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA E POSSÍVEL. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 9, p.361-388, jan. 2007. Semestral. Disponível em:
http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 07 nov. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível com Revisão Nº 0160205-48.2010.8.26.0100**. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: José Aparício Coelho Prado Neto. Julgado em 05/04/2016. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=9361778&cdForo=0&vI_Captcha=shpjt. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível Nº 0007766-17.2011.8.26.0650**. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Alcides. Julgado em 08/05/2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=7554456&cdForo=0>. https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=9361778&cdForo=0&vI_Captcha=shpjt Acesso em: 16 out. 2016.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. Sao Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Elisianne Campos de Melo. **Internet, memória onipresente - Direito ao esquecimento versus direito à informação**. Disponível em: [http://www.academia.edu/9254713/Internet_memória_onipresente -](http://www.academia.edu/9254713/Internet_mem%C3%B3ria_onipresente_-_Direito_ao_Esquecimento_versus_Direito_%C3%A0_Informa%C3%A7%C3%A3o) [Direito ao Esquecimento versus Direito à Informação](http://www.academia.edu/9254713/Internet_mem%C3%B3ria_onipresente_-_Direito_ao_Esquecimento_versus_Direito_%C3%A0_Informa%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 jun. 2016.

TOALDO, Adriane Medianeira; NUNES, Denise Silva; MAYNE, Lucas Saccol. **Liberdade de Imprensa X Direito à Intimidade**: Reflexões acerca da violação dos Direitos da Personalidade. In: Congresso Internacional De Direito E Contemporaneidade, 1., 2012. Santa Maria. p. 1 - 13. Disponível em: www.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/11.pdf. Acesso em: 18 out. 2016.