



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

LEGAL FRAMEWORKS FOR THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN BRAZILIAN LAW

FAROS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO BRASILEÑO

Vanessa de Castro Rosa¹

e432884

<https://doi.org/10.47820/recima21.v4i3.2884>

PUBLICADO: 03/2023

RESUMO

O direito ao esquecimento é um tema relativamente novo no direito brasileiro; no direito alemão e estadunidense tem sido desenvolvido em sede doutrinária e jurisprudencial há mais tempo. No direito brasileiro não há no Código Civil, nem no Marco Civil da Internet regras que tratem especificamente do direito ao esquecimento. Este direito está sendo construído paulatinamente, via doutrinária e jurisprudencial, inclusive com Enunciados do Conselho da Justiça Federal relacionando dignidade e esquecimento. Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça já usou o direito ao esquecimento em alguns julgados e o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.010.606 reconheceu a incompatibilidade com a Constituição, sendo que eventuais abusos sobre direito a honra, à imagem, à privacidade e da personalidade devem ser analisados no caso concreto, com sanções cíveis e penais. Assim, o objetivo da presente pesquisa é compreender como a doutrina e jurisprudência nacional vem tratando o direito ao esquecimento, a fim de trazer uma baliza jurídica para se pensar este direito a partir da realidade brasileira em consonância com os Direitos Humanos. Para tanto se utilizou de pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial, sob o método indutivo parte da análise de casos julgados e texto doutrinário, a fim de se chegar a uma possível conclusão sobre a natureza jurídica do esquecimento. Conclui-se que existe o direito ao esquecimento, é um conceito jurídico indeterminado, com requisitos abertos, mas que merece guarida pelos tribunais, pois tutela a dignidade humana especialmente na sociedade da informação.

PALAVRAS-CHAVE: Esquecimento. Direito ao esquecimento. Dignidade.

ABSTRACT

The right to be forgotten is a relatively new topic in Brazilian law; in German and US law it has been developed in doctrinal and jurisprudential grounds for a longer time. In Brazilian law, there are no rules in the Civil Code, nor in the Civil Rights Framework for the Internet, that deal specifically with the right to be forgotten. This right is being built gradually, through doctrinal and jurisprudential means, including the Statements of the Federal Justice Council relating dignity and oblivion. In Brazilian jurisprudence, the Superior Court of Justice has already used the right to be forgotten in some judgments and the Federal Supreme Court in the judgment of RE 1.010.606 recognized the incompatibility with the Constitution, and possible abuses of the right to honor, image, privacy and personality must be analyzed in the specific case, with civil and criminal sanctions. Thus, the objective of this research is to understand how national doctrine and jurisprudence has been dealing with the right to be forgotten, in order to bring a legal framework to think about this right from the Brazilian reality in line with Human Rights, for which it uses of documental, bibliographical and jurisprudential research, under the inductive method, starting from the analysis of judged cases and doctrinal text, in order to reach a possible conclusion about the legal nature of forgetting. It is concluded that there is a right to be forgotten, it is an indeterminate legal concept, with open requirements, but that deserves protection by the courts, as it protects human dignity especially in the information society.

KEYWORDS: Forgetfulness. Right to oblivion. Dignity.

¹ Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Doutora em Direito (Mackenzie). Mestra em Direitos Humanos (Fieo). Bacharela em Filosofia (Unisul). Bacharela em Direito (UNESP).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

RESUMEN

El derecho al olvido es un tema relativamente nuevo en la legislación brasileña; en el derecho alemán y estadounidense se ha desarrollado en doctrinal y jurisprudencial durante mucho tiempo. En la legislación brasileña no existen normas en el Código Civil del Código Civil, ni en el Marco Civil de Internet que aborden específicamente el derecho al olvido. Este derecho se está construyendo gradualmente, a través de doctrinas y jurisprudenciales, incluso con las Declaraciones del Consejo de Justicia Federal relacionadas con la dignidad y el olvido. En la jurisprudencia brasileña, el Tribunal Superior de Justicia ya ha utilizado el derecho al olvido en algunos juicios y el Tribunal Supremo en el juicio de RE 1.010.606 reconoció la incompatibilidad con la Constitución, y cualquier abuso al derecho al honor, la imagen, la privacidad y la personalidad debe analizarse en el caso específico, con sanciones civiles y penales. Por lo tanto, el objetivo de esta investigación es comprender cómo la doctrina y la jurisprudencia nacional han tratado el derecho al olvido, con el fin de traer un faro legal para pensar este derecho desde la realidad brasileña en línea con los derechos humanos. Para ello se utilizó la investigación documental, bibliográfica y jurisprudencial, bajo el método inductivo, parte del análisis de casos juzgados y texto doctrinal, con el fin de llegar a una posible conclusión sobre la naturaleza jurídica del olvido. Se concluye que existe el derecho al olvido, es un concepto jurídico indeterminado, con exigencias abiertas, pero que merece ser amparado por los tribunales, porque protege la dignidad humana especialmente en la sociedad de la información.

PALABRAS CLAVE: *Olvido. Derecho al olvido. Dignidad.*

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento recentemente foi declarado incompatível com a Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, tal julgamento está longe de apagar este direito do ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo do presente artigo é compreender como a doutrina e jurisprudência nacional vem tratando o direito ao esquecimento, a fim de trazer uma baliza jurídica para se pensar este direito a partir da realidade brasileira em consonância com os Direitos Humanos. Isto porque independentemente do nome que a ele se dê, cada vez mais este direito vem despertando interesses que clamam sua aplicação, ainda mais na sociedade da informação, em que a tecnologia a cada dia traz novos desafios para o Direito, exigindo novas respostas para soluções de problemas.

É preciso compreender que o direito ao esquecimento não é um simples direito ao apagar, pelo mero decurso do tempo, não se trata de capricho pessoal ou tentativa de impor a censura e o silenciamento, por isto é tão importante compreender do que se trata e onde ele se encontra no ordenamento jurídico, ou seja, qual sua natureza jurídica.

Não se pode simplesmente esquecer o direito ao esquecimento, a sociedade da informação em constante desenvolvimento reclama sua atuação, casos como *sharenting*, alteração de nome e gênero de pessoa transexual no registro civil, desconsideração de antecedentes criminais antigos, pornografia infantil, violações a direitos da personalidade no ciberespaço, entre tantos outros, são exemplos de casos em que o direito ao esquecimento é – e continuará a ser - aplicado.

Desta forma, o Brasil tem um longo caminho pela frente em discutir, amadurecer e estabelecer as bases jurídicas do direito ao esquecimento, especialmente, diante da dificuldade de se alcançar a efetividade deste direito na internet. Contudo, discutir seu conceito, sua natureza jurídica e



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

sua finalidade, pode, também, dar as bases para se alcançar e desenvolver futuramente os meios tecnológicos para implementá-lo.

REFERENCIAL TEÓRICO

O direito ao esquecimento teve sua origem histórica no direito penal, em que o detento tem direito à ressocialização, e não ser lembrado ou perseguido a vida toda por um crime do qual ele já cumpriu a pena (SCHREIBER, 2011, p. 164).

Este direito não busca que algo seja efetivamente esquecido, nem se deseja causa amnésia coletiva, o que se almeja é que alguém não seja constantemente lembrado de algo estabilizado no passado (LUCENA, 2019, p. 77), a fim de evitar que estas lembranças causem prejuízos no presente.

Conforme salienta Moraes (2018, p. 133), o direito de privacidade tem que ser repensado à luz da sociedade moderna caracterizada pelo espaço virtual, de modo que “não se pode conceber a privacidade somente como o direito de ser deixado em paz, sendo necessário considerá-la, também, como a maneira como o indivíduo deseja ser conhecido ou lembrado no ciberespaço”.

O direito caminha a reboque das transformações sociais, contudo, não pode ficar para trás numa condição de inoperabilidade, é necessário que os institutos se abram para as novas realidades, assim, como o direito à privacidade, deve assumir nova conceituação diante dos novos desafios trazidos pela era tecnológica da informação.

Para Daniel Bucar, o “direito ao esquecimento incorpora uma expressão do controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico a atual tríade de ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual” (2013, p.7).

De igual modo,

A ideia de privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa é uma doutrina majoritária na Europa continental, tendo como grande mérito a expansão da noção de direito à privacidade para além do clássico conceito americano de *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), ou seja, para além de um tipo de controle espacial que consiste na determinação pessoal do indivíduo sobre seu espaço de convivência, ou seja, a delimitação de seu espaço de consentimento frente a possíveis ações intrusivas em sua esfera privada (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR, 2017, p. 386).

Atualmente, o princípio da autodeterminação, ganha uma nova dimensão, a autodeterminação informativa, fundamento da proteção dos dados, previsto na Lei 13.709/18 (LGPD),

O direito ao esquecimento já está garantido no âmbito da União Europeia, conforme visto acima, e também em Portugal, sendo que há doutrina que defende a autonomia deste direito em relação aos demais direitos da personalidade.

A doutrina que defende a autonomia deste direito assinala ser um direito independente dos direitos de personalidade, pelo qual o sujeito tem a possibilidade de deletar ou excluir os dados que digam a seu respeito, quando houve transcorrido um período de tempo desde sua colheita e aproveitamento, e desde que não haja mais pertinência ou não intervenham no direito de liberdade de expressão. E, nesse sentido, convém refletir sobre seu alcance e qual o bem jurídico que este direito protege. No que tange os seus fundamentos, pode-se dizer que está ancorado no



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

valor maior da dignidade humana, que é extremamente conectado com os direitos fundamentais e com os direitos de personalidade (VIEL, 2021, p. 48).

Talvez a nomenclatura “direito ao esquecimento” não seja a melhor por despertar medo e incerteza em relação à liberdade de expressão e o direito à memória e à verdade. Ainda mais em um país em que sua memória e História são frequentemente esquecidas diante da falta de preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural e de problemas estruturais no sistema de ensino básico, fundamental e superior.

Porém, independentemente do nome, o que se busca é garantir uma vida digna, a proteção da privacidade, informações de interesse público e não do interesse do público em geral, informações sem espetacularização sobre as desgraças e os dissabores alheios.

É possível entender o direito ao esquecimento como um conceito jurídico indeterminado, cujos reais contornos se darão na aplicação do caso concreto. Entende-se como conceitos jurídicos indeterminados

[...] aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual (ROZAS, 2019, p. 192).

É nesta zona de incerteza, que o direito ao esquecimento deve ser pensado, em conjunto com outros direitos fundamentais (previstos na Constituição) e Direitos Humanos (previstos em Tratados Internacionais), a partir dos princípios vetores do ordenamento jurídico pátrio em defesa da dignidade humana e de um Estado Democrático de Direito.

MÉTODO

O presente trabalho assume como método de abordagem o método indutivo, partindo de uma análise particular da construção jurisprudencial do direito ao esquecimento para uma possível conclusão geral acerca de sua pertinência no ordenamento jurídico brasileiro.

Como método de procedimento adotou-se o procedimento histórico para descrever o processo de criação do esquecimento como direito e seu cabimento no direito brasileiro. Também foi adotado o procedimento comparativo, para cotejar os julgados internacionais com a aplicação destes fundamentos jurídicos na jurisprudência brasileira.

Como técnicas de pesquisa foram adotadas a pesquisa documental para análise de acórdãos, sentenças internacionais, leis nacionais que versam direta ou indiretamente sobre o direito ao esquecimento e a pesquisa bibliográfica com doutrina nacional e internacional.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Quando se fala em direito ao esquecimento no Brasil, o debate se centra no conceito a partir de julgados tanto da jurisprudência estrangeira, como nacional, tanto que não há um conceito claro e definido, até porque as bases dos julgados são distintas, enquanto no direito estrangeiro já se discute o esquecimento na internet, no Brasil, os julgados ainda versam sobre a televisão, ou o direito de desindexação nos sites de busca.

Neste sentido,

O Brasil, em termos de precedente jurisprudencial nos tribunais superiores, está relativamente atrasado em relação a outros países, que estão discutindo em suas cortes máximas, no momento, o direito ao esquecimento nas mídias digitais da rede mundial de computadores, enquanto, por aqui, ainda se discute — em separado — a aplicação desse direito às mídias televisivas tradicionais (ACIOLI; EHRHARDT JÚNIOR, 2017, p. 406).

Já está consolidado na doutrina brasileira, a menção aos casos: chacina da Candelária (REsp 1.334.097-RJ), Aída Curi (REsp 1.335.153-RJ) e Xuxa Meneghel (MC Recl 15.955-RJ). Estes são casos em que o STJ tratou o direito ao esquecimento, os dois primeiros versam sobre a exposição meio televisivo e o terceiro sobre a desindexação de determinados termos em sites de busca, o que se convencionou a chamar de desindexação.

Mas, independentemente da discussão jurídica sobre o direito ao esquecimento nos meios de comunicação, ele já era reconhecido na jurisprudência em outras aplicações, como, por exemplo, no impedimento de se usar antecedentes criminais antigos em prejuízo do réu.

Vale conferir, o julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça:

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. Entretanto, quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. 3. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes (BRASIL, Resp 1.707.948/RJ, 2018).

Outra aplicação do direito ao esquecimento, embora sem menção expressa, diz respeito à alteração do nome e gênero no registro civil da pessoa transgênero, como forma de garantir sua dignidade e seus direitos da personalidade.

Deste modo,

[...] constata-se duas formas de aplicar o direito ao esquecimento como um instrumento de dignidade humana do transgênero, através da alteração do sexo e do prenome junto ao Registro Civil e, conseqüentemente, junto aos seus documentos de identificação, e por meio do apagamento ou da desindexação de seu novo prenome junto à rede mundial de computadores que liguem a dados, informações e documentos, que possam lhe gerar danos e que digam respeito ao seu antigo “eu”. (VIEL, 2021, p. 86).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

Estes casos exemplificam o direito de a pessoa não ser incomodada em sua intimidade e seguir sua vida livremente. No STJ, há jurisprudência no sentido de se garantir o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, reconhecendo o dever o provedor de internet de retirar conteúdo inadequado, ainda mais quando relacionado a questões sexuais ilícitas, o que configura mais um exemplo de se apagar dados indevidos da internet em defesa da dignidade da criança e do adolescente, ou seja, o direito ao esquecimento.

Neste sentido,

[...]1.2. Para atender ao princípio da proteção integral consagrado no direito infantojuvenil, é dever do provedor de aplicação na rede mundial de computadores (Internet) proceder à retirada de conteúdo envolvendo menor de idade – relacionado à acusação de que seu genitor havia praticado crimes de natureza sexual – logo após ser formalmente comunicado da publicação ofensiva, independentemente de ordem judicial. 2. O provedor de aplicação que, após notificado, nega-se a excluir publicação ofensiva envolvendo menor de idade, deve ser responsabilizado civilmente, cabendo impor-lhe o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima da ofensa (BRASIL, REsp 1.783.269, 2021).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) não acatou a tese doutrinária do direito ao esquecimento, no julgado do RE 1.010.606 com repercussão geral, julgado em 11 de fevereiro de 2021, referente ao caso Aída Curi e o Programa televisivo Linha Direta, diferentemente do julgado do Superior Tribunal de Justiça, decidiu o STF que:

[...] 8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível” (BRASIL, RE 1.010.606, 2021).

Embora o STF aparentemente não tenha acatado a tese do direito ao esquecimento, a questão deve melhor ser verificada, a decisão diz não haver o direito de esquecimento, compreendendo este como o suposto direito de impedir a divulgação de fatos, pelo simples decurso de tempo apenas, sendo que para casos de danos a direitos da personalidade já haveria disponível no ordenamento jurídico brasileiro instrumental jurídico próprio.

Porém, em análise mais apurada e lógica, seria de se indagar se em caso de excesso ou abuso na liberdade de expressão de alguém que viole direitos da personalidade de outrem, não seria o caso de buscar a correção desta violação? E a medida não seria desindexar, apagar ou inibir a publicação da ofensa? Será que tais medidas não configurariam um direito ao esquecimento?

A partir destas indagações, é preciso pontuar que

[...] o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fato ou de rescrever a História (ainda que se trata tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretérito, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (SCHREIBER, 2011, p. 165).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

Atualmente, com o avanço da tecnologia, novos desafios são cotidianamente postos diante do ordenamento jurídico. Antigamente, a memória era guardada e transmitida apenas via oral, gradualmente, passou a ser desenhada, manuscrita, impressa, gravada em áudio e hoje até a imagem física, mas também via conjunto de informações que integram a imagem da pessoa.

Questões como o *sharenting*, por exemplo, não era discutida antes do surgimento da internet e das redes sociais e hoje permite-se uma discussão entre possível choque entre direitos fundamentais e a responsabilidade dos provedores de internet, especialmente, diante dos direitos das crianças e adolescentes. Assim,

Sharenting é uma expressão da Língua Inglesa que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet. O compartilhamento dessas informações, normalmente, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são, naturalmente, um elemento central. O problema jurídico decorrente do *sharenting* diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros. Essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta [...]. (EBERLIN, 2017, p. 258).

No âmbito da União Europeia, o Regulamento 2016/679, reconheceu o direito de apagar as informações divulgadas pelos pais, durante a infância do titular dos dados, devendo os provedores apagarem tais dados após o pedido do titular, após sua maioridade (EBERLIN, 2017, p. 269).

No campo jurídico, o esquecimento “se coloca em um campo de tensão em que o interesse público na liberdade de informação e o interesse privado de provedores de serviços de internet parecem estar alinhados, mas apresentam aspectos contraditórios” (COSTA; MINIUCI, 2017, p. 433).

Em relação ao *sharenting*, a obrigação dos provedores de internet, sites de busca e redes sociais em apagar ou desindexar, pode ser compreendido como a concretização da autodeterminação informativa por meio do direito ao esquecimento (EBERLIN, 2017, p. 270).

Hoje, a memória tem uma nova dimensão, que se consubstancia na internet, local em que há um imensurável banco de dados, é preciso indagar se este banco pode ou deve ser eterno e imutável, sendo que a própria mente humana não o é, e outros meios de memória como os livros e mecanismos digitais não possuem a dimensão que a internet tem.

Não há dúvida: se os cadastros de informações, amplamente considerados, passaram a guardar parte da memória da pessoa, o ambiente de controle de recordação pessoal também é deslocado para o exterior da mente humana. Como resultado do processo dialético mental de memória e esquecimento, os bancos de dados, portanto, sofrerão igual controle sob a ótica do indivíduo, acrescentado mais uma relação a ser enfocada pelo direito (BUCAR, 2013, p. 17).

A memória e o esquecimento são naturais, intrínsecos à natureza humana, e sempre estão em tensão, a História, a cultura, a tradição ajudam a manter a memória, e o esquecimento - como força do tempo - age, mesmo contra o desejo humano. Neste cenário entre memória e esquecimento,



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

interesse público e privado, a defesa do direito da personalidade e da privacidade ganham novos contornos jurídicos.

Lembrar e esquecer faz parte de um processo dialético que determina a própria formação subjetiva do indivíduo e “pelo seu controle de conduta com o meio exterior ou social. Pode-se auferir, então, que a rememoração de fatos inqueridos, quando feita de forma indevida, viola a digna progressão da personalidade do sujeito” (GALDINO; RUFFO; CAZELATTO, 2018, p. 163).

Os novos tempos exigem novos conceitos e novas respostas do Direito, assim, o direito à privacidade não é mais apenas o direito de estar só, ou de não ser incomodado, a privacidade da pessoa pode ser gravemente violada por atos direcionados não apenas à sua imagem física, mas a informações sobre sua saúde, convicções políticas e até orientação e condição sexual.

Desta forma, o Enunciado 404 do Conselho da Justiça Federal dispõe o seguinte:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresse consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas (BRASIL, 2012).

Assim, o conceito de autodeterminação informativa, originado da jurisprudência alemã, diz respeito ao controle, mesmo que não absoluto, do indivíduo sobre a coleta e uso dos dados pessoais, assim,

[...] um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria “o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais. O Tribunal reforça que o direito fundamental não seria ilimitado, pois também as informações pessoais denotariam um “retrato da realidade social” e, portanto, não poderiam ser atribuídas somente ao indivíduo. Todavia, estes limites só seriam justificados em nome de um interesse geral preponderante. Ademais, eles teriam que ter uma base legal para cumprir tanto o imperativo da clareza das normas quanto o princípio da proporcionalidade. Por fim, teriam que ser tomadas providências de cunho organizatório e constitucional que possibilitem evitar uma violação do direito da personalidade (MENDES, 2019, p. 188).

Da mesma forma que a autodeterminação informativa não é absoluta, também não o é o direito ao esquecimento, o qual deve ser ponderado e analisado em relação a outros direitos de forma sistêmica.

E não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo (SCHREIBER, 2011, p. 165-166).

Assim, definir *a priori* o direito ao esquecimento, reduzindo-o apenas ao ato de apagar informações pelo mero decurso do tempo, não parece o mais prudente e adequado, ainda mais quando se está a trabalhar com uma manifestação humana tão especial e que tem profunda conexão com a essência do que é ser humano e sua dignidade.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

Considerando que a memória e o esquecimento são atributos humanos que moldam a personalidade do indivíduo, ambos devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico, por garantirem a dignidade humana.

Neste sentido,

[...] os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito pública e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 103).

Logo, o enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal se mostra acertado ao dispor que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013).

A aplicação dos limites ao direito ao esquecimento deve se dar no caso concreto, por meio de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, tal qual ocorre no conflito entre princípios. Neste sentido,

Cumpra-se destacar que é essencial que o direito acima elencado [direito ao esquecimento] seja bem aplicado, para não caracterizar uma forma de restrição à liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, não constituir censura. É primordial que no caso concreto seja realizado uma ponderação, a partir da razoabilidade e proporcionalidade, entre a publicação de fatos relevantes, o resguardo à privacidade, a dignidade da pessoa humana e o interesse público (LOPES L; LOPES M, 2015, p. 103).

Para o constitucionalista Flávio Martins são requisitos para aplicação do direito ao esquecimento,

- a) o fato pode ser verídico ou não
- b) a veiculação da informação causa sofrimento ou transtorno a algum direito fundamental (honra, intimidade, imagem, etc.)
- c) a informação carece de interesse público, originariamente ou em virtude do tempo decorrido
- d) existência de aparente conflito entre a liberdade de expressão e/ou informação e os atributos individuais da pessoa humana
- e) realização de uma ponderação dos princípios conflitantes no caso concreto (2021, p. 855).

É importante a compreensão e definição dos possíveis requisitos ao direito ao esquecimento, a fim de facilitar o processo de aplicação pelo operador do direito. Assim, o direito ao esquecimento pode ser desenhado a partir dos requisitos: a) divulgação de fatos verídicos, tendo em vista que fatos inverídicos já chamam tutela própria, por ofensa ao direito à verdade; b) obtenção lícita, pois a obtenção ilícita de dados ou mesmo a sua divulgação, por si só já configura ato ilícito merecedor de punição; c) publicado nos meios de comunicação, aqui reside a especialidade deste direito; d) sem interesse público, pois não se trata de violação ao direito de informação ou à liberdade de imprensa e e) viole direitos da personalidade, este é o núcleo essencial do direito ao esquecimento.

E a questão está longe de se chegar a uma conclusão, pois embora os requisitos conceituais possam ser apresentados, como na presente proposta, a sua aplicação eficiente está muito longe de



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

ser alcançada, diante das dificuldades tecnológicas em se retirar um conteúdo da internet ou impedir a sua propagação.

Neste sentido, Melina Ferracini de Moraes adverte:

[...] o direito ao esquecimento na Internet é ainda impraticável, posto que dadas a fluidez, a capacidade de armazenamento e a velocidade com que são transmitidas as informações na rede mundial de computadores, não há como excluir totalmente um dado ou informação pessoal nela publicada. (2018, p. 140).

Por ora, a aplicação do direito ao esquecimento, com suas limitações técnicas, se dá via judicial, logo, a tutela inibitória mostra-se ainda mais essencial, diante da dificuldade da tutela reparatória. Assim, o enunciado 576 do CJF, mostra-se acertado ao dispor que “O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória” (BRASIL, 2015).

CONSIDERAÇÕES

O julgamento do STF, embora desfavorável ao reconhecimento do direito ao esquecimento, está longe de findar a questão, haja vista que este é um direito tipicamente da sociedade informacional e tecnológica, em que a internet se faz presente em praticamente todos os lugares e ocasiões, sendo que o caso em tela julgado se ateve a outro modelo de meios de comunicação (televisão).

A própria doutrina já vinha reconhecendo e estudando o direito ao esquecimento a partir da jurisprudência internacional. No Brasil, o CJF reconheceu o tema em alguns enunciados e o STJ chegou a acolhê-lo em alguns julgados acima mencionados.

Mas há que se pensar o tema a partir da nova dinâmica comunicacional existente (internet), analisando estes novos problemas e desafios a partir da tutela da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito.

O direito ao esquecimento é um conceito jurídico indeterminado, que expressa um dos direitos da personalidade, ele tem uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, que ainda é preciso aclará-las e sedimentá-las, ao lado de uma zona de incerteza que caberá ao operador do direito definir no caso concreto.

Na zona de certeza positiva, o direito ao esquecimento busca proteger a dignidade humana, por meio da defesa da honra, da privacidade, da imagem e do próprio direito do indivíduo viver sua vida sem ser molestado, perseguido, humilhado ou agredido.

Na zona de certeza negativa, o direito ao esquecimento não significa censura, nem apagamento da História, nem ofensa ao interesse público ou violação do direito de liberdade de expressão e comunicação.

E na zona de incerteza, em que direitos fundamentais podem colidir entre si, as técnicas de resolução de conflito entre princípios são bem-vindas, inclusive a compreensão dos requisitos do direito ao esquecimento, que aqui se apresenta da seguinte forma: a) divulgação de fatos verídicos, b) obtenção lícita, c) publicado nos meios de comunicação, d) sem interesse público, e) viole direitos da personalidade.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

Compreender o direito ao esquecimento como um direito essencial à dignidade humana, dentro dos direitos da personalidade, e estabelecer balizas jurídicas para o seu reconhecimento, talvez seja o primeiro passo para se buscar meios tecnológicos para implementá-lo. Todas estas ferramentas tecnológicas disponíveis hoje, um dia foram uma simples ideia, um sonho ou uma ousadia, e hoje são realidade.

Evitar o debate sobre o direito ao esquecimento significa negligenciar a tutela dos direitos da personalidade na sociedade da informação, negar este debate coloca o Direito de costas para os avanços tecnológicos deixando os valores mais caros e preciosos para a dignidade humana desguarnecidos, e, conseqüentemente, fragilizando uma das bases do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 411-435, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4867/3671>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 404**. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. V Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 531**. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 576**. O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória. VII Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.783.269/MG**. Direito civil, infantojuvenil e telemático. Provedor de aplicação. Rede social. Danos morais e à imagem. Publicação ofensiva. Conteúdo envolvendo menor de idade. Retirada. Ordem judicial. Desnecessidade. Proteção integral. Dever de toda a sociedade. Omissão relevante. Responsabilidade civil configurada [...]. Recorrente: Facebook. Recorrido: G.O.D. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&termo=REsp%201783269>. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1.707.948/RJ**. Recurso especial. Ameaça no âmbito da lei maria da penha. Pena exclusiva de multa. Impossibilidade. Art. 17 da lei n. 11.340/2006. Anotação na FAC do recorrente com trânsito em julgado há mais de 20 anos. Direito ao esquecimento. Afastamento dos maus antecedentes. Recurso especial provido em parte [...]. Ministro Rogerio Schiatti Cruz, 10 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702820032&dt_publicacao=16/04/2018. Acesso em: 18 fev. 2023.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. [...]. Recorrente: Nelson Curi e outro (a/s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 1-17, 14 out. 2013. Disponível em:

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/113>. Acesso em: 14 fev. 2023.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 411-435, 2017. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4964/3637#>. Acesso em: 10 fev. 2023.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro.

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, p. 255-273, 2017. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/xml>. Acesso em: 30 jan. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GALDINO, Valéria Silva; RUFFO, Luiz Augusto; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Direito ao esquecimento enquanto instrumento de efetivação dos direitos dos transgêneros. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 28, n. 02, p. 148-188, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/29020>. Acesso em: 20 fev. 2023.

LOPES, Lucas Guglielmelli; LOPES, Mateus Guglielmelli. Direito ao esquecimento. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 94-104, 2019. Disponível em:

<https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/361>. Acesso em: 22 fev. 2023.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento no Brasil**: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [s. l.], v. 12, n. 39, p. 185-216, 2019. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/655>. Acesso em: 18 fev. 2023.

MORAES, Melina Ferracini de. **Direito ao esquecimento na internet**: das decisões judiciais no Brasil. Curitiba: Juruá, 2018.

ROZAS, Luíza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 47, p. 191-201, janeiro-fevereiro, 2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.13.pdf?d=636909377789222583#:~:text=Os%20conceitos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados%20s%C3%A3o,habilitame%20chamada%20de%20n%C3%BAcleo%20conceitual>. Acesso em: 22 fev. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

BALIZAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO
Vanessa de Castro Rosa

VIEL, Camila Cristina. **O direito ao esquecimento como instrumento de dignidade humana do transgênero**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma De Lisboa, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/5740>. Acesso em: 20 fev. 2023.