
**O DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E EUROPEIA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOREGROUND: A COMPARATIVE
ANALYSIS OF THE BRAZILIAN AND EUROPEAN EXPERIENCE**

Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito.

Machado de Assis

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Diretor do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Lisboa. Pós-Doutorado pela Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. E-mail: diaulas@ucb.br

JÚLIO EDSTRON S. SANTOS

Professor dos cursos de graduação em Direito e Relações Internacionais e especialização da UCB/DF. Doutorando em Direito pelo UniCEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Membro dos grupos de pesquisa NEPATS - Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor da UCB/DF, Direito e Religião, Políticas Públicas do UNICEUB. E-mail: edstron@yahoo.com.br

JÚLIA AFONSO LOBO

Graduada em Direito pela UCB/DF, Pós graduada em Direito e Membro dos grupos de pesquisa NEPATS - Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor da UCB/DF

RESUMO

O presente artigo analisou o direito fundamental ao esquecimento a partir da literatura especializada sobre o assunto e os principais julgados que se destacaram no âmbito do Direito Comparado, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro. Devido evolução tecnológica presenciada na atualidade, a privacidade do indivíduo às vezes é exposta com a divulgação de antigas condutas desabonadoras. O direito ao esquecimento é um direito fundamentalmente implícito e coloca-se como um meio de defesa, na medida em que visa excluir do conhecimento alheio aspectos da vida pessoal do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Direitos da Personalidade; Liberdade de Expressão; Privacidade; Direito ao Esquecimento.

ABSTRACT

The present article analyzed the fundamental right to oblivion from the specialized literature on the subject and the main judges that stood out in the scope of Comparative Law, as well as the jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice. Due to the technological evolution witnessed at present, the privacy of the individual is sometimes exposed with the disclosure of old dishonorable behaviors. The right to forgetfulness is a fundamentally implicit right and is a means of defense, insofar as it seeks to exclude from the knowledge of others aspects of the individual's personal life.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Rights of the Personality; Freedom of expression; Privacy; Right to Forgetfulness.

INTRODUÇÃO

O avanço dos meios de comunicação provocou mudanças em praticamente todo o mundo, é que chamamos na atualidade de sociedade da informação. A melhoria na distribuição de informações proporciona o pleno acesso às mais variadas notícias em tempo real, sejam elas provenientes de rádio, televisão, telefonia, revistas, internet, mídias sociais, etc.

A sociedade da informação alimenta-se pela rápida divulgação das notícias e é potencializada pelo desenvolvimento constante da internet, que se tornou um marco no âmbito das transformações tecnológicas, por permitir a transmissão de forma célere e eficiente de uma infinidade de conteúdos.

Em sentido contrário ao acelerado avanço científico e tecnológico experimentado pela sociedade na atualidade, percebeu-se a necessidade de se

ampliar a proteção jurídica conferida à sua vida privada das pessoas, a fim de manter sob seu controle a circulação de informações que considera de aspecto pessoal.

Neste cenário surge o seguinte questionamento: Poderiam os meios de comunicação divulgar os fatos e eventos indefinidamente no tempo, mesmo que tal conduta venha a causar dano à dignidade das pessoas envolvidas?

Como resposta a esta indagação emerge o direito fundamental ao esquecimento, que tem como objeto principal regular o uso, que os mais variados meios de comunicação fazem de fatos passados de uma pessoa, especialmente o seu modo e a finalidade de divulgação, impedindo assim a sua exploração de forma constante e indevida.

A ideia central do direito ao esquecimento é impedir a divulgação ilimitada e atemporal de informações de uma pessoa, especialmente os negativos. Isto porque, nesses tempos de globalização as questões envolvendo o direito ao esquecimento, multiplicam-se e exigem cada vez mais a atenção dos juristas.

A síntese dessa situação é que de um lado está a liberdade de expressão, que é um direito fundamental, ínsito de uma sociedade contemporânea, multifacetária, globalizada e democrática.

Do outro lado, dessa situação temos os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, como corolário do direito à privacidade, que também é um direito fundamental com expressa previsão constitucional.

Observa-se, dessa forma, que há o potencial surgimento de um possível conflito entre direitos fundamentais acolhidos pela atual Constituição da República.

Quanto aos aspectos metodológicos deste artigo, utilizamos a revisão bibliográfica e o estudo de caso, que têm como objetivo principal a revisão das teorias já existentes sobre o direito ao esquecimento com a análise de casos concretos sobre o tema. Por meio da metodologia aplicada procuramos encontrar respostas para o problema formulado e com isso produzir novos conhecimentos.

Especialmente quanto ao estudo de caso, destacamos a análise comparativa de precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceram o direito ao

esquecimento como um direito fundamental da pessoa humana estabelecendo, contudo, seu âmbito de proteção e os seus limites.

No primeiro momento e tem-se como objetivo o estudo panorâmico dos direitos fundamentais, principalmente sob os aspectos doutrinário e pela farta jurisprudência referente à matéria, com ênfase no aprofundamento no direito à privacidade e no direito à liberdade de expressão.

Em seguida, o ponto central foi à conceituação do direito ao esquecimento, o seu reconhecimento com direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na doutrina e em julgados que preveem sua aplicabilidade.

Por fim, analisaram-se os casos marcantes na jurisprudência de outros órgãos judicantes. Tal técnica buscou demonstrar o reconhecimento do direito ao esquecimento que guardam estreita relação com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, que também será objeto do nosso estudo.

2. UM PANÔRAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE A EVOLUÇÃO E A POSITIVAÇÃO

A noção preliminar que demonstramos é que os direitos fundamentais são aqueles essenciais à pessoa humana e estão positivados na Constituição de um Estado (direitos fundamentais expressos), aqueles que podem ser interpretados com base no texto constitucional (direitos fundamentais implícitos) ou ainda aqueles que se equiparam a hierarquia do texto fundamental, tal como demonstra a Constituição Brasileira de 1988, sem seu art. 5º, § 3º.

Os direitos fundamentais são marcados por sua historicidade, isto é, são positivados de forma gradual e geralmente estão em constante evolução e desenvolvimento da sociedade, variando de época e de lugar, conforme as circunstâncias e os anseios sociais.

Nesse sentido, Bobbio (2004) defende a essa ideia quando leciona que não existem direitos fundamentais por natureza, uma vez que os mesmos constituem

uma classe variável de direitos que sofreu inúmeras alterações ao longo dos séculos. Vejamos:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar. (BOBBIO, 2004, p. 13)

Também, podemos defini-los, em síntese, como direitos subjetivos públicos, na medida em que pertencem ao cidadão e são exigíveis em face do Estado, de maneira que os entes estatais estão diretamente vinculados aos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, posiciona-se a doutrina:

O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da ação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos (relação horizontal) e ao próprio Estado (relação vertical). (MORAES, 2015, p. 28)

Dada a sua substancial relevância e considerando ainda seu aspecto histórico, o constituinte brasileiro de 1988 gravou tais direitos como cláusulas pétreas, de forma que não podem ser abolidos do texto constitucional, conforme a dicção do art. 60, §4º, da Constituição da República.

2.1. DO PRINCÍPIO DA NÃO TIPICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já anteriormente mencionado, os direitos fundamentais possuem como característica marcante a sua historicidade e Bobbio (2004) explica isso com clareza ao afirmar que tais direitos são resultados das constantes mudanças sociais, de maneira que os indivíduos buscam cada vez mais a tutela de novos bens jurídicos. Em suas palavras:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 9)

E pela sistemática social, os direitos fundamentais não poderiam estar alheios às estas constantes mudanças dos indivíduos e da própria sociedade. Sendo que a doutrina vem se posicionando da seguinte maneira:

Essa multiplicação (ia dizendo "proliferação") ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo, É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde "de" indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde "a" indica o objeto) (BOBBIO, 2004, p. 33).

A nossa Constituição da República atenta a este aspecto de historicidade dos direitos fundamentais, e com vistas a amparar o surgimento de novos direitos não expressamente previstos em seu texto, considerando ainda as constantes mutações sociais, trouxe em seu artigo 5º, §2º, uma cláusula de abertura material.

Assim, ao estabelecer esta cláusula de abertura na Constituição da República, preocupou-se o legislador em acompanhar o progresso da sociedade, no sentido da aquisição de novos valores e princípios, de forma que eventual rigidez no sistema constitucional poderia impedir a incorporação de novos direitos dotados de jusfundamentalidade.

Tal cláusula de abertura se encaixa na definição material dos direitos fundamentais, consubstanciando-se na ideia de que existem direitos que por seu conteúdo e importância se enquadram como direitos fundamentais, mesmo que não previstos de forma expressa na Constituição da República. Sobre os direitos fundamentais em sentido material, vejamos o entendimento doutrinário:

Assim sendo e em princípio, com base no entendimento subjacente ao art. 5º, § 2º, da CF, podemos, desde logo, cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: (a) direitos formal e materialmente fundamentais (portanto, sempre ancorados, ainda que implicitamente, na constituição formal); (b) direitos apenas materialmente fundamentais, no sentido de direitos que não estão sediados no texto constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 286)

A consideração, apresentada acima, nos leva ao entendimento de que o rol dos direitos fundamentais é marcado por seu constante dinamismo, na medida em que acompanha a evolução dos interesses sociais. Mendes e Branco (2015) reforçam essa ideia ao afirmarem que o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República, revela a concepção de que o catálogo dos direitos fundamentais não pode ser considerado taxativo:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. [...]. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 303)

Percebemos, assim, que os direitos fundamentais no texto da própria Constituição da República não se limita apenas ao seu aspecto formal, devendo ser considerada a sua perspectiva material, em razão da assim chamada cláusula de abertura material.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DECORRÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos da personalidade, nos ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016), surgiram dentro do âmbito de proteção do direito civil e no Século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial. Bem como passaram a ser incorporados gradativamente às constituições, sendo um dos principais liames entre direito público e o direito privado, vejamos:

No plano da evolução do direito constitucional positivo, bem como do direito internacional dos direitos humanos, os direitos que atualmente costumam ser enquadrados no elenco dos direitos pessoais ou de personalidade foram objeto de relativamente tardia recepção, ao menos na condição de direitos direta e expressamente positivados [...]. Foi na esfera do direito civil, já no século XIX, mas especificamente no decurso do século XX, que tanto a teorização (inclusive da noção de direitos de personalidade) quanto a concreta regulação da proteção da personalidade, mediante inclusive o reconhecimento de dimensões específicas da personalidade (na forma de direitos subjetivos privados), teve o seu principal impulso e desenvolvimento, passando a dialogar cada vez mais com o plano constitucional, até resultar – após a Segunda Grande Guerra Mundial (1945) – na incorporação (gradativa) de cláusulas gerais de proteção e promoção da personalidade nas constituições e de direitos especiais de personalidade nos textos constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, sem prejuízo da evolução no plano infraconstitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 373).

Assim, os direitos da personalidade são inerentes à própria condição da pessoa humana, de forma que o Estado deve lhes reconhecer e lhes conferir a devida proteção. Neste diapasão Bittar (2014), considera que eles são direitos inatos, pois visam tutelar a essência do ser humano:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2014, p. 29).

Não se deve olvidar que a Constituição da República elevou os direitos da personalidade ao status de direitos fundamentais, sobretudo em razão do processo de constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana,

considerando ainda o objetivo de se efetivar a tutela da dignidade da pessoa humana.

Logo, na atual visão contemporânea, o alcance dos direitos fundamentais vai além da esfera civil-privada, sendo clara a sua incidência sobre as relações privadas.

Bittar (2014) ainda sustenta a importância dessa visão unificadora de incidência dos direitos da personalidade elevados à categoria de direitos fundamentais dentro das relações privadas, de maneira que na atualidade não há mais espaço para a antiga divisão categórica entre o que seria direito público e direito privado, uma vez que os diversos ramos do direito devem se unir em prol da defesa dos direitos essenciais do homem. Vejamos:

Por isso, pode-se perceber, nas duas últimas décadas, uma tendência à consolidação da visão de que a dicotomia entre público e privado cedeu lugar para uma fundamentação unificada da luta por efetividade dos direitos no sentido da plena realização da dignidade da pessoa humana, em suas diversas manifestações. Com isso, cede espaço a antiga diferenciação que qualificou a visão privatista, sob o influxo da codificação e da tradição romanista, para uma visão complexa e unificadora, como a desenvolvida por Gustavo Tepedino, que vem sendo reconhecida pela ideia da “constitucionalização do Direito Civil”. (BITTAR, 2014, p. 60)

Neste contexto, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016) defendem que os direitos da personalidade serão sempre direitos fundamentais, pois derivam da dignidade reconhecida à pessoa humana, encaixando-se na definição de direitos materialmente fundamentais:

Considerando, contudo, o fundamento e a função dos direitos da personalidade sem que se tome por referência o critério do seu plano de reconhecimento expresso pelo direito positivo, parece acertado afirmar que os direitos pessoais ou de personalidade (utilizando-se aqui os termos como sinônimos) são sempre direitos fundamentais, embora nem todo direito fundamental, como já sinalado, seja um direito da personalidade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 313)

Salienta-se que não existe na Constituição da República a menção expressa a um direito geral de personalidade, contudo, a doutrina e jurisprudência atual têm se posicionado no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana seria o principal fundamento da existência desse direito implícito em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem firmado o entendimento de que a responsabilidade decorrente do dano moral configura-se pela ofensa de um direito geral de personalidade, caracterizando-se como um *dano in re ipsa*. Nesse sentido:

A jurisprudência desta Corte vem consagrando o entendimento de que a caracterização do dano moral se dá pela violação de um direito geral de personalidade, sendo suficiente para fins de responsabilidade a demonstração do evento ou fato e o nexo causal com a dor, sendo dispensada a prova do prejuízo para fins de constatar a lesão à honra, visto que sentimentos como a tristeza, a aflição, a angústia e a dor emocional da vítima são apenas presumidos (presunção *hominis*) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo. (BRASIL, 2011)

O reconhecimento desta cláusula geral de proteção e promoção dos direitos da personalidade abarca também a ideia de que não existe um rol taxativo de direitos da personalidade, com o fim de se alcançar uma proteção ampla ao ser humano em todos os seus significados.

Com vistas ao aprofundamento do tema ora proposto, trataremos adiante em tópicos específicos o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão como direitos da personalidade elevados a categoria de direitos fundamentais.

3.1. O DIREITO À PRIVACIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

O direito à privacidade encontra-se amparado pela disposição expressa do artigo 5º, X, da Constituição de 1988, que dispõe que “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”, constituindo-se um direito fundamental, de modo que o seu titular pode vedar intromissões em sua esfera íntima e privada. (BRASIL, 1988).

O direito mencionado tem como objetivo primeiro a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais. Seria em princípio o controle por parte do indivíduo de informações que somente lhe diriam respeito por se tratarem de sua vida pessoal, desenvolvendo assim sua individualidade, sem que seja compelido a se sujeitar a determinados parâmetros sociais.

O propósito fundamental deste direito é de que o indivíduo respeite a intimidade e a vida privada do seu semelhante, configurando-se em um direito protetivo. E dentro desse contexto Bittar (2014) afirma que o objetivo principal a ser alcançado é a limitação de estranhos na esfera privada do indivíduo:

Esse direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição e não intromissão a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. Trata-se de direito, aliás, em que mais se exalça a vontade do titular, a cujo inteiro arbítrio queda a decisão sobre a divulgação. (BITTAR, 2014, p. 174)

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em recente demanda indenizatória datada do ano de 2014, promovida contra empresa de televisão, reconheceu que a parte autora fazia jus a indenização pretendida, tendo em vista afronta ao seu direito fundamental à vida privada. (RIO DE JANEIRO, 2014).

Naquele caso em concreto, a empresa de televisão divulgou matéria jornalística sobre crime de cárcere privado e estupro do qual a autora foi vítima, identificando-a pelo nome e sobrenome, de maneira que o Tribunal entendeu que, neste conflito entre liberdade de informação e direito à privacidade, prevalecia este último.

Isso porque, a requerida teria invadido o espaço pessoal da parte autora sob o argumento de que havia interesse público na divulgação da notícia. Contudo, tal divulgação foi desproporcional, na medida em que não era necessária a completa e perfeita identificação da vítima. A seguir:

Trata-se de ação indenizatória em que a ré teria divulgado o nome e qualificação profissional da autora em matéria jornalística de modo sensacionalista, relativamente a crime de cárcere privado e estupro do qual a autora foi vítima. 2. Hipótese de conflito entre o direito fundamental à privacidade e o direito ao acesso à informação. 3. Os direitos fundamentais não são absolutos, encontrando limites nas diversas normas e princípios constitucionais. 4. A aparente colisão entre os direitos ligados ao acesso à informação e o os direitos que visam proteger a privacidade resolve-se por meio da adequação, razoabilidade e proporcionalidade, bem como da análise de parâmetros constitucionais objetivos. 5. No caso concreto, há prevalência do direito à intimidade da autora, pois a sua identificação pessoal na matéria jornalística não era necessária para o exercício da liberdade de imprensa e do dever de informação, pois os fatos poderiam ser perfeitamente compreendidos sem expor à situação vexaminosa a autora vitimada por crime hediondo. 6. Ademais, o crime foi abordado de modo irônico e desrespeitoso. 7. O abuso do direito afasta a presunção de interesse público inerente à liberdade de informação e de expressão, dando ensejo ao dever de indenizar, desde que verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil, como de fato ocorreu. 8. A violação do direito da personalidade gera dano moral *in re ipsa*. (RIO DE JANEIRO, 2014)

Conforme exemplificado no julgado acima, a grande problemática em torno da proteção desse direito da personalidade na atualidade encontra-se em como conciliá-lo com outros direitos também fundamentais, como a liberdade de expressão.

Este conflito entre direitos amparados constitucionalmente torna-se hoje cada vez maior e complexo devido à rápida e contínua divulgação das notícias e ao grande desenvolvimento da internet e dos meios eletrônicos.

Já Neves (2015) defende em seu artigo “A Privacidade como Direito da Personalidade”, a proteção da privacidade do indivíduo principalmente no contexto social de uma superexposição das pessoas, afirmando que:

As inovações tecnológicas possibilitaram uma devassa na vida privada, diante das poderosas câmeras fotográficas e suas lentes de longo alcance, os microfones super poderosos, transmissão via satélite, além da utilização da Internet como um dos principais e mais rápidos meios de comunicação, que as redes sociais transformam anônimos em verdadeiros *paparazzi*. Daí a necessidade de se tutelar o direito à privacidade. (NEVES, 2015)

Assim, considerando que este conflito entre proteção à vida privada e liberdade de expressão é cada vez mais frequente nas relações sociais, abordaremos no tópico a seguir a respeito do direito à liberdade de expressão.

3.2. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Segundo Bôas (2014), o homem é um ser social e precisa ser considerado sempre em coletividade e nunca de forma isolada, de forma que sente necessidade de exteriorizar suas ideias, pensamentos e convicções, necessitando para tanto de liberdade para exprimir o que pensa:

Pode-se afirmar que se trata de uma garantia fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana, tendo em vista que a interação de qualquer indivíduo com seu semelhante é de vital importância para sua realização existencial, que só pode ser exercida a partir da livre manifestação de pensamento. (BÔAS, 2014)

Frisamos que a atual Constituição brasileira traz em seu texto diversos dispositivos que reconhecem e protegem a liberdade de expressão em suas diversas manifestações, podemos citar a título de exemplificação a redação do art. 5º, incisos IV, V e IX.

Não há na Constituição da República uma terminologia única no que se refere ao direito em questão, de modo que o legislador referiu-se por vezes a esse direito como a “liberdade de expressão”, em outras vezes como “livre manifestação do pensamento”, de modo que aqui trataremos das liberdades de expressão de um

modo geral e abrangente, englobando assim todas as suas dimensões, principalmente a virtual, que é aumentada pelas redes sociais.

Nesse diapasão, nos filiamos ao entendimento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016), os quais afirmam que a liberdade de expressão é um “direito mãe” de todas as demais liberdades, vejamos:

A liberdade de expressão, portanto, tal como sugeriu Jónatas Machado, será aqui tratada como uma espécie de “direito mãe”, refutando-se uma abordagem compartimentada, tal como alguns costumam estabelecer entre as liberdades de comunicação e de expressão, como sugere parte da literatura especializada, muito embora existam diferenças (seja no que diz respeito ao âmbito de proteção, seja no concernente aos limites e restrições) entre as diversas manifestações da liberdade de expressão consideradas especificamente, como é o caso a liberdade de expressão artística, científica, liberdade de imprensa, liberdade de informação, entre outras. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 421)

Portanto, a liberdade de expressão corresponde a um dos direitos fundamentais historicamente exigidos pelos indivíduos, no que diz respeito, decorrendo da dignidade da pessoa humana e relacionando-se, sobretudo com a democracia e o pluralismo político.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sede de recurso de apelação, decidiu que programa humorístico não poderia ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais em razão de reprodução de matéria que envolvia a parte autora, pois não usou com abuso ou ilicitude o seu direito de liberdade de expressão. (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Do voto do relator, extrai-se que o programa de televisão de caráter humorístico não se utilizou de excesso, ao contrário, apenas atendeu a pretensão do público, que neste tipo de programa espera a sátira, a brincadeira, o humor, sem que isto tenha o condão de representar abalo moral.

Neste caso, a liberdade de expressão prevaleceu sobre o direito à privacidade da parte autora, pois não houve a violação da honra ou de qualquer dos seus direitos da personalidade. Colacionamos:

A liberdade dos meios de comunicação abrange não apenas o direito à informação, mas também a criação e a expressão, o que inclui a produção e divulgação de programas humorísticos, charges e modos caricaturais de por em circulação ideias, opiniões e quadros (STF, Medida Cautelar na ADI 4451, Relator Min. Ayres Britto). 2 - Responsabilidade civil. Ausência. Sem demonstração de abuso ou ilicitude, não há fundamento suficiente para indenização por danos morais. A reprodução, em programa humorístico, de fato que não desmerece o trabalho de outrem nem caracteriza expressão desrespeitosa ou indigna ou o intento de violar a honra ou qualquer dos atributos da personalidade da autora, não é suficiente para fundamentar condenação ao pagamento de indenização por danos morais. (DISTRITO FEDERAL, 2015)

Da leitura do excerto acima se percebe, em síntese, o reconhecimento de um conflito comum na atualidade, entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, especialmente no que diz respeito aos limites no exercício da divulgação de certos fatos afetos à vida privada do cidadão.

Deste conflito surge o Direito ao Esquecimento, defendendo a ideia de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, de forma que deve coexistir com os demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente, assunto que trataremos a seguir.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na definição de Sarlet (2015), o direito ao esquecimento seria um típico direito fundamental implícito deduzido de outras normas, como a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, especialmente a privacidade, que tem como objetivo regular a divulgação de determinadas informações que seriam consideradas de cunho pessoal do indivíduo, vejamos:

A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais

informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social. (SARLET, 2015)

Em linhas gerais, podemos conceituar o direito ao esquecimento como o direito de não ser lembrado, especialmente no que tange a fatos e acontecimentos negativos que pertenceriam tão somente à esfera íntima do indivíduo.

Já Chehab (2015) afirma que o homem sempre busca o esquecimento do passado e a superação presente e futura, conceituando o direito ao esquecimento como:

O direito ao esquecimento é a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei. (CHEHAB, 2015)

Tal direito seria inerente ao homem, não permitindo que fatos ocorridos em determinados momentos de sua vida, mesmo que verdadeiros, venham novamente à tona e seja exposto ao público, causando incômodo e até mesmo sofrimento pessoal, sendo conhecido ainda como “direito de estar só” ou de “direito de ser deixado em paz”.

Seguindo, nas palavras de Moreira (2016), o direito ao esquecimento coloca-se como um direito de defesa, na medida em que visa excluir do conhecimento alheio aspectos da vida pessoal do indivíduo:

Neste viés, o direito ao esquecimento assume também a sua posição clássica de direito subjetivo de impedir a veiculação ou exploração de episódios desabonadores que interessam ser esquecidos, em especial o passado judicial criminal. (MOREIRA, 2016)

Dentro deste contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2015, reconheceu em um de seus julgados o direito ao esquecimento. Tratava-se de demanda indenizatória onde a parte autora pleiteava a condenação da empresa

requerida ao pagamento de danos morais em virtude da mesma ter republicado matéria após 30 (trinta) anos do seu acontecimento e que continha fatos vexatórios relacionados à sua pessoa. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Entendeu este egrégio Tribunal que o requerido não agiu com cautela e prudência ao expor a parte autora ao público desnecessariamente, o que ensejaria a reparação pretendida. Colacionamos:

Hipótese na qual a parte autora busca a condenação da ré ao pagamento de danos sofridos em face da republicação de matéria jornalística de 10.12.1977, sob o título "Marido obrigava mulher a usar 'cinto de castidade'", com plena indicação do seu nome e de seu ex-esposo, recordando período de muito sofrimento e humilhação, que sempre buscou esquecer, tanto que nunca mais estabeleceu nova convivência. O direito ao esquecimento costuma ser invocado como o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores. Caso em que restou demonstrado que a demandada agiu com abuso no seu direito constitucional de liberdade de informação e manifestação na medida em que ao republicar fatos passados reabriu antigas feridas e reacendeu comentários desabonatórios, expondo a autora a constrangimento severo e de grande humilhação. A exposição pública e desnecessária realizada pelo meio de comunicação enseja a compensação moral reclamada, uma vez que ultrapassou o espaço da informação, afetando, assim, a moral e o bem-estar social da demandante. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Trata-se de um direito que tem como objetivo tutelar a proteção da personalidade da pessoa humana, no sentido que impede a divulgação de informações pessoais do indivíduo, obstando o acesso por parte de terceiros, ou pelo menos o dificultando, de modo a se alcançar o seu esquecimento social.

Verifica-se que o direito ao esquecimento encontra guarida na Constituição da República de 1988, uma vez que, é consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, decorrendo assim da própria dignidade da pessoa humana e da cláusula geral de proteção da personalidade, sem prejuízo ainda da previsão do Código Civil Brasileiro.

Mesmo que não haja na Constituição a menção expressa e direta ao direito ao esquecimento, consideramos que o mesmo se trata de um direito fundamental implícito, extraído de outras normas e princípios constitucionais, posicionando-se dessa maneira a doutrina:

Devido à amplitude necessária de direitos para a proteção e promoção da pessoa, uma lista de direitos da personalidade típicos e atípicos será sempre exemplificativa. Isto não significa que a doutrina e a jurisprudência não devem procurar delimitar novos direitos que possibilitem uma aplicabilidade mais eficaz para situações concretas em que a personalidade humana estiver sendo violada, ameaçada de violação ou que necessite de ser promovida. O direito ao esquecimento é um destes direitos que tem sido desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, tanto no Brasil quanto no exterior. (MOREIRA, 2016)

Sabe-se que o direito ao esquecimento não é uma criação doutrinária e jurisprudencial recente no âmbito do direito internacional e até mesmo dentro do nosso ordenamento jurídico, contudo, na atualidade, esse direito ganhou novos contornos, especialmente pelo grande desenvolvimento dos meios de comunicação e, sobretudo da internet, que potencializa a divulgação das informações, invadindo muitas vezes a vida privada do indivíduo.

Ainda acerca do tema, Costa (2007) defende a proteção da intimidade do indivíduo com o devido reconhecimento do direito ao esquecimento e afirma que:

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. (COSTA, 2007, p. 16)

Chehab (2015) afirma que vivemos hoje na chamada sociedade da informação, onde o avanço das novas tecnologias provoca constantes mudanças no mundo e na sociedade, representando desafio a concretização do direito ao esquecimento. Nesse sentido:

Sociedade da informação é uma “nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de

informações”. A base dessa sociedade da informação está no largo uso da tecnologia da informação e comunicação, que se utiliza de equipamentos de informática e de telecomunicações para gravar, recuperar, transmitir e manipular dados. Na sociedade da informação há largo uso da Internet e de suas diversas formas de interação social, como redes sociais. (CHEHAB, 2015)

Neste cenário o direito ao esquecimento tem como objetivo principal regular o uso que os mais variados meios de comunicação fazem de fatos passados, especialmente o seu modo e a finalidade de divulgação, impedindo assim a sua exploração de forma constante e indevida.

No Brasil o direito ao esquecimento ganhou força a partir da recente referência na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal/ STJ, com a aprovação do enunciado 531, que dispõe:

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. (BRASIL, 2013)

Em que pese os enunciados da Justiça Federal não possuírem força normativa, os mesmos funcionam como fonte confiável de interpretação da doutrina e jurisprudência do Direito Civil Brasileiro, e neste caso em concreto, tal enunciado refere-se à interpretação dada aos direitos da personalidade, ao afirmar que as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e imprensa.

Logo, conforme o entendimento do enunciado mencionado, o direito ao esquecimento está implícito na categoria dos direitos da personalidade, sendo intransmissível e irrenunciável segundo o art. 11 do Código Civil, que dispõe que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são

intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002).

A discussão em torno deste direito reside no questionamento a respeito da possibilidade dos fatos pretéritos da vida de uma pessoa ser divulgados indefinidamente sob o argumento da sua historicidade.

Acerca da correlação destes direitos, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em julgado datado de 18 de junho de 2015, decidiu pela prevalência da dignidade da pessoa humana sobre o direito à informação e à liberdade de imprensa, reconhecendo a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. (MARANHÃO, 2015).

Tratava-se de demanda de obrigação de fazer, onde em sede de antecipação dos efeitos da tutela restou determinado que a empresa Google Brasil Internet LTDA promovesse a retirada em seus servidores os links que envolviam o nome da parte autora a fatos reputados por ela como ofensivos sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao prazo de 30 (trinta) dias.

A empresa requerida interpôs agravo de instrumento, alegando afronta ao interesse público, ao passo que, em sua decisão, o TJMA reconheceu que a parte autora teria o direito de ser esquecida no mundo digital, especialmente porque as notícias diziam respeito a sua vida privada, inexistindo interesse público na sua divulgação. Nesse sentido:

I - O princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer em relação ao direito à informação e à liberdade de imprensa, de modo que a exclusão das informações consideradas ofensivas à honra e à imagem da agravada da ferramenta de buscas Google é medida que se impõe. II - A agravada tem o direito de ser esquecida no mundo digital, especialmente porque as notícias que visa remover dizem respeito à sua vida privada, inexistindo interesse público atual em sua divulgação. (MARANHÃO, 2015)

Dessa forma, poderiam os meios de comunicação retratar fatos e eventos indefinidamente no tempo, mesmo que tal conduta venha a causar dano à dignidade das pessoas envolvidas?

Observa-se assim, conforme já mencionado, o surgimento de um conflito entre direitos igualmente acolhidos pela Constituição da República, a saber, de um lado, o direito ao esquecimento, decorrente dos atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, privacidade e honra, e de outro, a liberdade de expressão e informação.

Continuando, o tema proposto, analisaremos a seguir o reconhecimento deste direito no Tribunal Constitucional Federal Alemão e Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como as recentes jurisprudências firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça e como o mesmo tem se posicionado em cada caso concreto para o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento.

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

Aqui, propõe-se, a análise de casos marcantes quanto ao reconhecimento do direito ao esquecimento no âmbito do direito internacional. Salientando-se que eles guardam e estreitam a relação com o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

5.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: *LEBACH VERSUS CANAL ZDF*

O julgamento de uma reclamação constitucional no ano de 1973 no Tribunal Constitucional Federal Alemão foi um dos casos mais historicamente conhecidos no que se refere ao conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e informação e os de personalidade, pois se garantiu o direito ao esquecimento, mesmo que à época dos acontecimentos ainda não fosse utilizado este termo.

Em 1969, na cidade de *Lebach*, cinco soldados que faziam a guarda de um depósito de munições foram atacados durante o sono, dos quais quatro deles foram brutalmente assassinados e um ficou gravemente ferido, fato que despertou muita atenção da mídia local.

Após as investigações três pessoas foram condenadas no ano de 1970, duas a prisão perpétua por serem os autores principais do latrocínio e a terceira a seis anos de reclusão, pois restou constatado durante a instrução criminal que teria participado apenas como coadjuvante.

Dois anos após a condenação dos criminosos a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), editou um documentário sobre o episódio, onde fazia referência clara e expressa ao nome do partícipe do crime, bem como a sua fisionomia com fotos do mesmo.

Tendo em vista que estava prestes a lograr livramento condicional, como forma de impedir a transmissão do documentário o partícipe ingressou em Juízo com uma medida liminar, contudo teve o seu pleito indeferido perante o Tribunal Estadual de Mainz e o Superior Tribunal Estadual de Koblenz, o que levou o mesmo a interpor uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Sarlet (2015), em suas considerações sobre o caso, afirma que o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que a intervenção na liberdade de radiodifusão estaria justificada, considerando a violação direta que poderia ser perpetrada aos direitos de personalidade do reclamante, pois havia um grande transcurso de tempo desde os fatos, de maneira que o interesse público não seria mais atual, restringindo-se em face do direito à ressocialização:

O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance. (SARLET, 2015)

A conclusão é de que o documentário poderia ser exibido ao público se não fossem divulgados o nome e a imagem do reclamante em observância ao princípio da proporcionalidade, conforme bem ilustra a ementa a seguir:

[...] Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população. 3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. (SCHWAB, 2005, p. 487-488)

Ainda, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal Alemão, na fase de persecução penal e de investigação o interesse público prevaleceria em face da personalidade do reclamante, de modo que posteriores intervenções poderiam configurar nova sanção social imposta ao autor do delito, o que se agravaria com a divulgação na televisão e o seu potencial alcance.

Mendes (1997), afirma que, neste caso, ante a incompatibilidade dos valores constitucionais, e para uma adequada solução do conflito, o Tribunal contemplou que o direito à liberdade de expressão deveria ceder espaço para os direitos da personalidade. Contudo, segundo esse doutrinador, a análise acerca da ponderação dos interesses conflitantes deverá ser feita em cada caso concreto:

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua

soltura ameaça seriamente o seu processo de reintegração social. [...] Tal como ressaltado, no processo de ponderação não se atribui primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade. (MENDES, 1997, p. 3)

Esse julgado tornou-se paradigmático no reconhecimento do direito ao esquecimento pela maneira como enfrentou o conflito entre direitos fundamentais ainda na década de 1970, defendendo a ponderação entre os interesses conflitantes de modo que um ceda lugar para o outro a depender de cada caso concreto.

5.2. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: CASO: *MARIO COSTEJA VS GOOGLE SPAIN*

Primeiramente abordaremos os conceitos básicos sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a sua competência. Com a instituição da União Europeia sentiu-se a necessidade de aplicação e interpretação uniformes do Direito Comunitário, e segundo Mazzuoli (2015) isso importou no processo de criação do TJUE, vejamos:

O TJUE é o órgão judiciário máximo da União Europeia (UE). Sua função é a de interpretar o direito da União Europeia – que vai do direito escrito ao costumeiro no âmbito das comunidades –, para que a sua aplicação seja uniforme nos Estados que compõem a União. O TJUE tanto resolve conflitos entre Estados quanto litígios propostos por particulares ou empresas (por entenderem que algum de seus direitos tenha sido violado por uma instituição europeia). Grande parte de sua atividade jurisdicional é materialmente constitucional, atuando o tribunal como controlador final da convencionalidade dos tratados comunitários; também atua administrativamente, especialmente em tema de responsabilidade civil extracontratual das instituições, órgãos e organismos da União Europeia e em matéria de controle da função pública desenvolvida pelos tribunais da União. (MAZZUOLI, 2015, p. 22)

Dessa maneira, a finalidade precípua deste Tribunal é a uniformização e aplicação do direito dentro da União Europeia e, no caso concreto que abordaremos

a seguir, este reconheceu a violação dos direitos fundamentais do autor da demanda e a plena aplicabilidade do direito ao esquecimento.

Mario Costeja González é um advogado espanhol que teve seu apartamento levado à hasta pública para pagamento de débitos fiscais junto à seguridade social espanhola, conforme noticiado pelo jornal *La Vanguardia* no ano de 1988, na página de anúncios de leilões públicos. Contudo, a dívida foi paga sem a necessidade de venda judicial do imóvel.

Por ser uma pessoa pública e notória no meio social espanhol, a normal veiculação deste acontecimento da década de 80 na internet, causava-lhe prejuízos de ordem moral, especialmente à sua imagem e à sua honra, razão pela qual no ano de 2010 formulou pedido administrativo junto ao Google Espanha para que o mesmo promovesse a retirada de seus dados dos motores de busca, o que lhe foi negado.

Ante a negativa administrativa do Google Espanha, formulou requerimento junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD – para que todas as informações relativas ao processo de execução que sofreu fossem suprimidas das páginas eletrônicas, em razão do grande lapso temporal, de maneira que não havia interesse atual na divulgação da notícia.

O julgamento pela AEPD ocorreu em julho de 2010, sendo favorável ao Sr. Costeja, restando determinado ao Google Espanha que removesse quaisquer informações difamatórias a respeito do mesmo. Entendeu essa autarquia espanhola que a divulgação de fato caduco implicaria violação à dignidade da pessoa humana e, por consequência, a direito fundamental do requerente.

Insatisfeito com a decisão administrativa, o Google da Espanha recorreu junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Sobre a decisão da Corte Europeia. Rodrigues (2014) comenta que o entendimento foi no sentido de que os instrumentos de busca do Google Espanha ao coletarem e organizarem as informações publicadas na internet com objetivo de facilitar o acesso à pesquisa, permitem estabelecer um perfil da pessoa em causa, de maneira que podem violar os direitos fundamentais:

O histórico acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que a atividade dos motores de busca enquadra-se no conceito de “tratamento de dados”, tal como previsto na Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995, e que o Google, nessa qualidade, é responsável por assegurar que suas ações não subtraíam as pessoas de um nível mínimo de proteção à vida privada. (RODRIGUES, 2014)

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o direito ao esquecimento do reclamante Mario Costeja González, considerando que, mesmo que a informação divulgada fosse lícita e verdadeira, já haviam passados 16 anos dos fatos, violando o seu direito fundamental à privacidade. Segue parte dispositiva do acórdão:

Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse econômico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Este julgado representa um marco no reconhecimento do direito ao esquecimento, especialmente porque se vive atualmente uma grande evolução nos meios de comunicação, sobretudo com o desenvolvimento da internet, uma vez que ela praticamente eterniza as notícias e informações.

Assim Teffé (2016), afirma que o Tribunal de Justiça da União Europeia criou um importante precedente, ao decidir sobre a prevalência do direito fundamental da pessoa que pretende apagar os dados, sobre o interesse econômico da empresa que opera o motor de busca na internet. Vejamos:

O Tribunal considerou também que, neste caso particular, a interferência no direito da pessoa à proteção de dados não poderia ser justificada pelo simples interesse econômico do provedor de busca. Contudo, o Tribunal ressaltou que o direito a ser esquecido não seria absoluto, devendo sempre ser ponderado com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e dos meios de comunicação. (TEFFÉ, 2016)

Da leitura destes julgados percebe-se que resta explícita a aplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência internacional, ao passo que analisaremos agora a posição da jurisprudência brasileira sobre o tema.

6. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dentro da jurisprudência brasileira, são dois os principais precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça que consagram a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

6.1. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: NELSON CURÍ E OUTROS VERSUS GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A

Os familiares de Aída Curí, violentada e assassinada no ano de 1958 no Rio de Janeiro, ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em desfavor de Globo Comunicações e Participações S/A, em razão de matéria exibida no programa *Linha Direta – Justiça* que retratava justamente acerca dos acontecimentos que levaram a sua morte.

Os autores, únicos irmão vivos da vítima, sentiram-se lesados pela divulgação da tragédia após mais de 50 (cinquenta anos) anos dos fatos, uma vez que foi feita a

divulgação do nome da vítima e de fotos reais, o que trouxe a lembrança do crime e todo sofrimento que o envolve.

O Juízo da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores por entender que neste caso prevaleceria o interesse público da notícia, tendo a parte requerida cumprido com sua função social de informar e alertar a sociedade, o que foi mantido em sede de recurso de apelação e embargos de declaração, com a conseqüente interposição de recurso especial pelos autores.

Ainda Chehab (2015), ao analisar este julgado, afirmou que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o crime foi um fato histórico, sendo impossível sua retratação pela imprensa sem a menção da vítima:

Na ocasião, aquela Corte ponderou que os familiares da vítima, caso desejem, têm o direito de não se submeterem a desnecessárias lembranças dos fatos passados que lhe causam feridas, repelindo a indefinida exploração das desgraças privadas. Reconheceu, porém, que, em certos crimes, a vítima torna-se um elemento indissociável, inviabilizando sua narrativa sem mencioná-la. Concluiu que, em crimes históricos, é necessária a ponderação em concreto para aferir o abuso na divulgação dos fatos atormentadores do passado. (CHEHAB, 2015)

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça asseverou que o direito ao esquecimento deve ser ponderado pela historicidade do fato e, neste caso concreto, o crime havia entrado para o domínio público, sendo indissociável do nome da vítima. Vejamos parte da ementa:

[...] 4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. 5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se

histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. [...] (BRASIL, 2011)

Mesmo reconhecendo que a reportagem trouxe de volta antigos sentimentos de angústia, revolta e dor diante do crime, que aconteceu quase 60 anos atrás, Teffé (2016) em estudo sobre o caso, explica que a Turma entendeu que o tempo, que se encarregou de tirar o caso da memória do povo, também fez o trabalho de abrandar seus efeitos sobre a honra e a dignidade dos familiares:

Na ponderação de interesses, decidiu-se que o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. (TEFFÉ, 2016)

Os autores recorreram junto ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria, contudo até o presente momento não se manifestou sobre o mérito do recurso.

6.2. JURANDIR GOMES DE FRANÇA VERSUS GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A

Jurandir Gomes de França ajuizou ação de reparação de danos morais em desfavor de Globo Comunicações e Participações S/A, em razão da veiculação de matéria em junho de 2006 no antigo programa *Linha Direta – Justiça*, que o apontava como um dos envolvidos na Chacina da Candelária e que, ao final do processo criminal, havia sido absolvido.

De fato, o autor foi indiciado no ano de 1993 como co-autor/partícipe de uma série de homicídios ocorridos na cidade do Rio de Janeiro e que ficaram conhecidos como *Chacina da Candelária*, e tendo sido submetido a julgamento perante o

Tribunal do Júri, foi absolvido por negativa de autoria com a unanimidade dos votos do Conselho de Sentença.

Segundo os argumentos do autor, a divulgação do programa levou a conhecimento do público uma situação que já havia superado, reascendendo na comunidade local a imagem de chacinador, de maneira que se viu obrigado a abandonar o local onde vivia para proteger a si e a sua família, o que feriu diretamente o seu direito ao anonimato e a privacidade.

Inicialmente, a 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/Rio de Janeiro julgou improcedente o pleito indenizatório do autor por entender que o direito ao anonimato e ao esquecimento deve ser mitigado em face do interesse público da notícia.

Em sede recurso de apelação a sentença foi reformada e o requerido condenado ao pagamento do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o que foi mantido ainda em sede de embargos infringentes e embargos de declaração.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a reportagem poderia ter sido transmitida sem que fossem mostrados ao público a imagem e o nome do autor, que estavam ligados mais ao fato de ter sido indiciado do que absolvido, de forma que isso não prejudicaria o exercício da liberdade de imprensa, especialmente porque o fato não era mais atual. Mais detalhes desta paradigmática decisão seguem na ementa colacionada a seguir:

[...] 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito

policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012).

Em suas considerações sobre o caso, Sarlet (2015) afirma que a liberdade de expressão deve ser ponderada em face do direito a ressocialização, de maneira que não haveria mais relevância pública a divulgação de crime no qual o autor havia sido absolvido e após tanto tempo dos fatos:

No caso candelária, a passagem do tempo tornaria ilícita a veiculação de fato lícito, em virtude de que os fatos de relevância penal, por força da prescrição, perderiam o interesse para a sociedade. Além disso, o interesse público no crime e na sua investigação, persecução e punição perde relevância com o transcurso do tempo, na medida em que se esgota a resposta penal, ou seja, é cumprida a pena imposta, passando a prevalecer o direito ao esquecimento e o direito à plena ressocialização. (SARLET, 2015)

De todos os casos expostos, percebe-se que o direito ao esquecimento não é um direito propriamente novo, nascendo da proteção conferida à personalidade humana. Contudo em face dos atuais contornos da sociedade da informação na qual vivemos, o Judiciário tem sido instado a resolver com maior frequência demandas nas quais há conflito de direitos fundamentais protegidos igualmente pela Constituição da República.

O reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental da pessoa humana é o que se propõe no capítulo a seguir.

7. DA ANÁLISE COMPARATIVA DOS JULGADOS APRESENTADOS: DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO.

De tudo que já foi exposto até o presente momento, observamos que a dificuldade em torno do reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental da pessoa humana, reside exatamente em como conciliá-lo com outros direitos também fundamentais, como é o caso da liberdade de expressão.

Da análise dos julgados apresentados percebemos que este direito teve a sua aplicabilidade reconhecida tanto na jurisprudência do direito comparado como também na brasileira, onde os julgadores se valeram de técnicas de ponderação para a resolução do conflito em cada caso concreto.

Voltando a atenção ao direito positivo brasileiro, Moreira (2016) afirma a existência de uma série de institutos sinalizadores que indicam a opção do direito em estabilizar o passado com vistas no futuro, podemos citar a prescrição, decadência, perdão, entre outros. Contudo, é no campo do direito penal que o esquecimento se faz mais presente, com a busca da reabilitação do condenado, assegurando-lhe o sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação:

No direito brasileiro o relator afirma que o direito ao esquecimento decorre da principiologia da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do direito positivo infraconstitucional. Quanto a este último aspecto são citados os seguintes institutos: (i) da prescrição; (ii) do prazo máximo para inscrição de informações negativas do consumidor em bancos de dados (art. 43, § 1.º, do CDC (LGL\1990\40)); (iii) da reabilitação criminal (art. 93 do CP (LGL\1940\2)); (iv) do sigilo da folha de antecedentes após cumprimento da pena (art. 202 da LEP (LGL\1984\14)). (MOREIRA, 2016)

Nesse diapasão o Ministro Relator Luís Felipe Salomão ao proferir seu voto no REsp 1.334.097, reconheceu a importância da aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, pois mesmo que a informação divulgada seja lícita e verdadeira, o indivíduo não pode ter a sua privacidade tolhida a todo o momento a respeito de fatos que aconteceram em seu passado:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. (BRASIL, 2012)

Chehab (2015), acerca da divulgação de notícias de fatos passados, entende que informar não é punir publicamente e indefinidamente alguém, de maneira que seu passado não pode ser eterno a ponto de inviabilizar sua vida. Vejamos:

O passado tem um lugar especial na vida de cada pessoa, mas não pode ser tão sombrio e eterno que impeça o desenvolvimento e a evolução de alguém. Os erros, desacertos e bobagens praticados ao longo da vida não podem ser feridas que nunca cicatrizam e que, a toda hora, possam ser reabertas para atormentarem e aterrorizarem a vida de alguém. (CHEHAB, 2015)

À luz de todos os casos apresentados, parece-nos correto afirmar que deverá ser feita uma delicada ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, mesmo porque nem o direito ao esquecimento e nem a liberdade de expressão podem ser considerados direitos absolutos.

Bôas (2015) defende que a ponderação é a técnica mais adequada quando dois ou mais direitos estão em conflito, de maneira que devem ser observadas as peculiaridades do caso concreto para que um deles possa ceder em relação ao outro. Não se trata da invalidação de um direito, mas sim da prevalência momentânea de outro direito a depender da situação:

[...] quaisquer que sejam os direitos humanos e/ou os fundamentais apreciados, como é o caso do direito à intimidade e do direito à liberdade de expressão – objetos da presente pesquisa –, *deve-se sempre realizar a ponderação, no sentido de considerar a realidade dos fatos da vida, observando-se as situações impactantes que dizem respeito às injustiças, as opressões e demais violências sofridas pelo homem, as quais afetam direta ou indiretamente à dignidade da sua condição humana.* (BÔAS, 2015, p. 5)

Pode-se dizer assim que a disposição do art. 220, §1º, da Constituição da República não torna a liberdade de expressão um direito absoluto e insuscetível de restrição, pois com a ponderação que deverá ser feita em cada caso concreto, esse

direito deverá ser interpretado de acordo com as diretrizes principiológicas também consagradas pelo constituinte:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (BRASIL, 1988)

Assim, a depender do caso concreto, a liberdade de expressão deverá ceder espaço para outros direitos e princípios também assegurados pela Constituição da República, de respeito à vida privada, intimidade, honra e imagem, nos termos do seu art. 5º, X, que dispõe que “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”. (BRASIL, 1988).

Mendes (2012) entende que poderá haver a restrição do direito a liberdade de expressão com vistas a se preservar outros direitos individuais não menos significativos, como aqueles inerentes à personalidade do indivíduo:

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo expressamente que, o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. (MENDES, 2012, p. 647)

A Constituição da República consagrou a dignidade da pessoa humana como vetor que deve ser observado na interpretação dos demais direitos protegidos constitucionalmente e, no entendimento de Teffé (2016), isso justificaria a ausência de hierarquia entre direitos conflitantes, devendo o balanceamento de interesses ser realizado no caso concreto:

Se colidirem liberdade de expressão e privacidade, o intérprete terá o dever de realizar uma criteriosa avaliação dos direitos e bens jurídicos contrapostos, bem como dos níveis de afetação destes, sendo vedada qualquer censura prévia. (TEFFÉ, 2016)

Dos quatro julgados apresentados, apenas um deles não reconheceu a prevalência do direito ao esquecimento no conflito posto com a liberdade de expressão. Tratou-se do Caso Aída Curi, onde o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a narrativa dos fatos sem a menção à vítima tornaria a atividade da imprensa impraticável, até porque o fato entrou para o domínio público como os acontecimentos históricos, vejamos:

Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. [...] Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos auto, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. (BRASIL, 2011)

Na ponderação de interesses a Corte Superior entendeu que o interesse histórico deveria prevalecer sobre o direito ao esquecimento. Teffé (2016) afirma que se trata de exceção que anula o direito ao esquecimento, vejamos:

[...] duas exceções que anulam o direito ao esquecimento do histórico judicial apesar do transcurso do tempo: (a) quando os fatos estão relacionados com a História ou se trata de um tema de interesse histórico; (b) quando se refiram a fatos vinculados ao exercício de uma atividade pública de uma figura pública [...]. Como regra, o interesse histórico prepondera sobre o esquecimento. Há, nesse caso, um interesse público mais relevante do que o direito individual ao esquecimento. A sociedade tem o direito (e, porque não, o dever) em preservar sua História. (TEFFÉ, 2016)

A historicidade do fato aponta como uma exceção de aplicabilidade do direito ao esquecimento e deve ser analisada na ponderação entre os direitos conflitantes

em cada caso concreto, pois é necessária a preservação do interesse da sociedade em detrimento do interesse individual daquele que pretende ter sua história esquecida.

Desta análise comparativa podemos afirmar em síntese que: a) o direito ao esquecimento é um direito fundamental da pessoa humana; b) o direito ao esquecimento é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro e no direito internacional; c) o direito ao esquecimento não é um direito absoluto e, assim como a liberdade de expressão, deverá ser ponderado em cada caso concreto; d) a historicidade do fato apresenta-se como uma exceção que deverá ser ponderada para a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento.

CONCLUSÃO

Estamos inseridos em uma sociedade que tem como marca o largo uso da tecnologia da informação e comunicação, na qual há cada vez mais confusão entre que o que pertenceria somente à esfera privada do indivíduo e o que seria público.

Vemos com frequência episódios em que a privacidade do indivíduo é expropriada contra sua própria vontade com a divulgação de condutas antigas e desabonadoras, que reabrem feridas e dificultam a superação do passado e a esperança de um novo recomeço, conforme bem retratado pelos casos concretos expostos neste trabalho.

O surgimento do direito ao esquecimento visa justamente impedir essa divulgação irrestrita pela mídia de fatos que pertenceriam tão somente à esfera privada do indivíduo, guardando estreita relação com os direitos fundamentais da personalidade.

Não se pretende com este direito apagar a história, mas criar condições para que o ser humano viva com dignidade no presente e no futuro. Trata-se, na verdade, de um direito à esperança, pois um erro passado não pode aniquilar para sempre alguém a ponto de inviabilizar sua vida.

Neste contexto, podemos afirmar que o direito ao esquecimento seria um direito fundamental da pessoa humana? Da leitura de todos os precedentes

apresentados neste trabalho concluímos que a resposta a esta indagação seria que sim, que o direito ao esquecimento encaixa-se no rol dos direitos materialmente fundamentais da pessoa humana.

Conforme vimos no primeiro capítulo, a Constituição da República trouxe em seu artigo 5º, §2º, uma cláusula de abertura material com a finalidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais a depender dos anseios sociais.

Esta cláusula de abertura material traz a definição daqueles direitos que são considerados materialmente fundamentais por não estarem previstos expressamente na Constituição da República, mas que por seu conteúdo e importância deveriam receber a devida proteção jurídica.

E o direito ao esquecimento encaixa-se nessa definição material dos direitos fundamentais, especialmente porque é consequência do direito à vida privada (privacidade), decorrendo assim da própria dignidade da pessoa humana e da cláusula geral de proteção da personalidade.

Como vimos, a grande problemática envolvendo a aplicabilidade deste direito fundamental seria em como conciliá-lo com outros direitos também fundamentais, como é o caso da liberdade de expressão.

Da análise dos julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Tribunal de Justiça da União Europeia e do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que deverá ser feita uma delicada ponderação em cada caso concreto e somente assim será possível a diferenciação entre a pretensão abusiva mascarada de liberdade de expressão e o seu uso legítimo e autorizado pelo ordenamento.

Essa ponderação, a ser realizada em cada caso concreto justifica-se, pois nem o direito ao esquecimento e nem a liberdade de expressão podem ser considerados direitos absolutos, devendo um deles ceder em relação ao outro, ou seja, a depender da situação haverá a prevalência momentânea de algum desses direitos conflitantes.

Mesmo com a disposição do art. 220, §1º, da Constituição da República, a liberdade de expressão deve ser interpretada de acordo com as diretrizes principiológicas orientadoras dessa liberdade também consagradas no texto constitucional de respeito à vida privada.

Por outro lado, o direito ao esquecimento também encontra limites na historicidade do fato. Trata-se de exceção que impede a aplicação deste direito, pois o acontecimento entrou para o domínio público como histórico, sendo impossível a narrativa dos fatos sem a menção dos envolvidos.

Pretendemos com este trabalho demonstrar a importância e a aplicabilidade do direito ao esquecimento no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental dos indivíduos, decorrente do princípio da dignidade conferido à pessoa humana, que garante que o homem seja tratado como um sujeito, cujo valor supera as demais coisas criadas por ele próprio.

E mais, que não serão em todos os casos que haverá a prevalência do direito ao esquecimento, pois os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto e somente com a ponderação realizada em cada caso concreto que se chegará a uma justa solução para o problema.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÔAS, Regina Vera Villas. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 60, n. 17895, p.57-81, dez. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de fevereiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 de setembro. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF de 2012. Brasília, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. ACJ: 20140111054845. Relator: Des. Arnaldo Corrêa Silva. Brasília, DF, 05 de maio de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Acórdão nº AI: 0121612015 MA 0001856-24.2015.8.10.0000. Relator: desembargador (a) Angela Maria Moraes Salazar. Maranhão, MA, 28 de maio de 2015. **Diário da Justiça do Estado do Maranhão**. Maranhão, 23 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 02981986620128190001 RJ 0298198-66.2012.8.19.0001. Relator: Des. Elton Martinez Carvalho Leme. Rio de Janeiro, RJ, 07 de maio de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 26 maio 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70063337810. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. Rio Grande do Sul, RS, 26 de

novembro de 2015. **Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Rio Grande do Sul, 04 dez. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-68900-85.2005.5.04.0531. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF, 08 de junho de 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**. Brasília, 17 jun. 2011.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 952, n. 769, p.85-119, fev. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Por um Tribunal de Justiça para a Unasul. *In*: MAZZUOLLI, Valério de Oliveira; GOMES, Eduardo Beacchi (Organizadores). **Direito da Integração Regional: diálogo entre jurisdições na América Latina**. São Paulo: Saraiva, 2015. [e-book].

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos individuais anotações a propósito da obra da Edilson Pereira de Farias. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 18, n. 113, p.388-388, jan. 1997.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. S: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. A função dos precedentes na concretização do direito geral de personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 256, n. 19759, p.317-345, jun. 2016.

NEVES, Rodrigo Santos. A privacidade como direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 955, n. 3724, p.67-88, maio 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha. **Conjur.** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>. Acesso em: 04 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. **Conjur.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Conjur.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 28 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-adenauer-stiftung E. V., 2005.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 105, n. 20376, p.33-64, jun. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Jurisprudência do Tribunal de Justiça: **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014 (pedido de decisão prejudicial da Audiência Nacional - Espanha) – Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González**. InfoCuria. 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir;=&occ=first&part=1&cid=652090>>. Acesso em: 04 out. 2016.