

DIREITO AO ESQUECIMENTO – UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA E SUA ADEQUAÇÃO AO CONTEXTO ATUAL DE SUPEREXPOSIÇÃO

The right to be forgotten – an analysis of precedents and legal development in Brazil and its suitability
in face of current overexposure situations

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 30/2022 | p. 209 - 244 | Jan - Mar / 2022

DTR\2022\5547

Carolina Castro Costa Viegas

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juíza Federal.
carolinaccosta@uol.com.br

Área do Direito: Constitucional; Civil; Digital

Resumo: Este artigo traça um panorama do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional, com enfoque em controvérsias recentes, que envolvem casos de divulgação de dados na internet e sua indexação pelos provedores de busca. O método escolhido é o histórico-analítico e comparatístico, a partir de uma incursão sobre sua origem e desenvolvimento jurisprudencial, inclusive no direito estrangeiro, e antes mesmo da era digital. Aponta-se a evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito ao esquecimento, inclusive de casos relacionados à internet, impugnando-se algumas premissas assentadas, e analisa-se os impactos das Leis 12.965/14 e 13.709/18, de modo a indicar argumentos para uma mudança jurisprudencial, que seria mais consentânea com os desafios de conciliar os direitos de personalidade com o direito à informação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento – Direito à privacidade – Liberdade de informar – Proteção de dados – Marco Civil da Internet

Abstract: This paper outlines an overview of the right to be forgotten in the Brazilian legal system, focusing on recent controversies, which involve cases of data distribution on the Internet and its indexation by searching mechanisms. This paper is based on the historical-analytical and comparative methods, and analyzes the origin of the right to be forgotten in courts worldwide, as well as its development, before the digital age. The paper advocates that the Brazilian Superior Court of Justice has evolved in terms of evaluating the right to be forgotten in face of the internet. The paper also seeks to analyze the impacts on the matter due to the enactment of the Brazilian Internet Law and the General Data Protection Act, in order to provide for a change of law that would get along with personality rights and the right to information.

Keywords: Right to be forgotten – Right to privacy – Freedom to inform – Data protection – Brazilian Civil Rights Framework for Internet

Para citar este artigo: Viegas, Carolina Castro Costa. Direito ao esquecimento – uma análise da evolução jurisprudencial brasileira e sua adequação ao contexto atual de superexposição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 209-244. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

Introdução - 1.Definição - 2.O direito ao esquecimento na era da Internet - 3.Novos paradigmas
jurisprudenciais - Conclusão - Referências

Introdução

O “direito ao esquecimento”¹, protegido pelo Direito Civil, passou a ser reconhecido no Brasil décadas depois da experiência no direito comparado, enquanto corolário do direito de personalidade, inicialmente, pela própria jurisprudência, e, apenas posteriormente, tornou-se objeto de estudo da doutrina nacional. A transposição “tardia” do instituto, em um contexto no qual a internet permite devassar a intimidade das pessoas, lançou o debate a outro patamar: não apenas dos limites da liberdade de imprensa diante dos direitos individuais à intimidade, à honra e à imagem, em relação a notícias passadas, como também sobre a proteção aos dados pessoais disponibilizados por terceiros na rede de computadores, inclusive a exposição derivada da indexação dos provedores de busca².

A transição do homem, da vida predominante rural em famílias numerosas, para os núcleos urbanos, nos quais as pessoas tornavam-se anônimas em meio à multidão, bem como o paralelo desenvolvimento da imprensa e da fotografia, a partir do século XIX, trouxeram incômodos relacionados à revelação de fatos da vida privada. Em uma primeira fase, os juristas desenvolveram os direitos de personalidade, especialmente sob a perspectiva de “estar só”, destacando-se “The right to privacy”, publicado por Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890. Em uma segunda fase, com o fortalecimento do Estado e a inovação tecnológica aumentando o controle sobre a vida das pessoas, colocou-se como questão central do direito à privacidade o controle de informações sobre si mesmo. Na atual fase, contudo, em que as pessoas fornecem voluntariamente grande quantidade de dados pessoais, não apenas por meio de cadastros, mas também pela participação em redes sociais, houve uma mudança do enfoque: a preocupação com o sigilo da informação transmutou-se para em que medida tal dado, livremente disponibilizado, pode ser compartilhado por terceiros, inclusive pelos provedores de serviços, em face dos quais os usuários são bastante vulneráveis³.

A partir de tais premissas, impõe-se analisar os julgamentos paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça, enquanto instância máxima na interpretação das leis, observada a irradiação dos direitos fundamentais, sem se descurar do enfrentamento recente do tema pelo Supremo Tribunal Federal⁴. Deve-se pontuar que a jurisprudência brasileira, em um primeiro momento, apreciou casos desconectados dos problemas típicos da terceira e atual fase (caso Chacina da Candelária e caso Aída Curi), embora já houvesse se transformado o foco dos direitos de personalidade; e, apenas posteriormente, enfrentou o “direito ao esquecimento” no contexto da internet, que, comumente, ao contrário daqueles primeiros, sequer envolve a liberdade de imprensa. Acrescente-se que o estudo, com ênfase na análise jurisprudencial, também se afigura útil, dadas as alterações promovidas no Código de Processo Civil, criando hipóteses de precedentes vinculantes.

1. Definição

1.1. Origem no Direito Comparado

O direito ao esquecimento surge a partir da construção jurisprudencial, tendo em vista o reconhecimento de uma demanda social que ainda não encontrava amparada expressamente pelas demais fontes do Direito. Os primeiros apontamentos, embora não utilizando a denominação em referência, remontam a precedentes norte-americanos, país onde a liberdade de expressão encontra destacada proteção pelo sistema jurídico, inclusive em prejuízo de outros bens constitucionalmente tutelados⁵.

Embora não tenha se referido literalmente a um direito ao esquecimento, a *Court of Appeal* da Califórnia, em 1931, no caso *Melvin versus Reid*, deu provimento ao recurso interposto por Bernard Melvin, condenando Wallace Reid a repará-lo por danos à sua intimidade. O litígio envolve a esposa de Melvin, Gabrielle, que, anteriormente ao casamento, ocorrido em 1919, teria sido prostituta e acusada de homicídio, crime do qual fora absolvida em 1918. Conquanto, desde o matrimônio, mantivesse uma conduta socialmente irreprovável, gozando de respeito em seu meio, teve sua vida passada retratada em um filme (*The red kimona*), produzido por Wallace Reid, em 1925, com especial ênfase à questão criminal na qual estivera envolvida, causando a Gabrielle e a sua família dano moral por violação ao direito de intimidade⁶.

É importante frisar, no entanto, que doutrina de escol⁷ aponta que tal precedente se encontra superado, ao menos desde o julgamento de *Sidis vs. F-R Publishing Corp*, em 1940, quando a Justiça norte-americana entendeu que o interesse público, ainda que de fatos passados, afastava o direito de indenização de William James Sidis. O Sr. Sidis, em sua infância e adolescência, era considerado um “garoto superdotado”, tendo se graduado em Harvard aos 16 anos de idade. Posteriormente, contudo, optou por uma vida reclusa, e não obteve sucesso profissional. A matéria jornalística tratava justamente do que lhe acontecera na vida adulta, e embora violasse seu direito à intimidade, prevaleceu, no sopesamento pela Corte norte-americana, a liberdade de expressão, diante do interesse público à informação⁸. Em julgamento ocorrido em 2002, no caso *Wilan v. Columbia County*, restou assentado, de forma expressa, que o caso Melvin está “morto”, diante de seu caráter paternalista, por não confiar na capacidade do público de conferir o devido peso à história criminal de alguém.

Na Europa, por seu turno, onde se atribui maior valor aos direitos à intimidade e à privacidade, a expressão “direito ao esquecimento” foi cunhada e desenvolveu-se de modo mais acurado. O termo

propriamente corresponde ao *droit à l'oubli* do direito francês, utilizado, inicialmente, pelo Professor Gerard Lyon-Caen, em seus comentários a uma decisão judicial proferida em 1965, na qual a Justiça francesa reconheceu o direito a uma ex-amante do Sr. Landru, um famoso *serial killer*, de ser indenizada pela exibição de um filme de Claude Chabrol, que retratava fatos do passado que ela gostaria que fossem esquecidos. Embora o TGI de Seine (*Tribunal de Grande Instance*) tenha reconhecido uma determinação ao silêncio (*prescription de silence*), rejeitou a demanda, uma vez que a requerente teria, ela mesma, publicado suas memórias, o que afasta seu direito a invocá-la⁹.

No âmbito jurisprudencial, o direito ao esquecimento, enquanto tal, foi aplicado, pela primeira vez, na França, pelo TGI de Paris, em 1983, no precedente *Madame M. v. Filipachi et Congedipress*, em caso de matéria jornalística que narrava crime ocorrido há 15 anos¹⁰, nos seguintes termos:

“qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento (...) esse direito ao esquecimento que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela”¹¹.

Deve-se frisar, contudo, que, segundo tal precedente, o direito ao esquecimento pode ser excepcionado pelas necessidades da história, o que foi, em 1990, adotado pela Corte de Cassação francesa, no caso *Mme Monanges v. Kern*, através do qual aquele Tribunal ressaltou o interesse público dos fatos passados lícitamente revelados. Tratava-se de processo ajuizado por interessada em suprimir trechos de livro, que narrava suas atitudes condenáveis no período de ocupação nazista, e que já tinha sido objeto de julgamento e de ampla divulgação pela imprensa naquele momento¹². Não se pode desconsiderar, nesse ponto, a predileção na Europa em difundir a história de atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, sob o argumento de que, desse modo, evita-se que venham a se repetir.

Outro precedente de destaque, para a formulação do direito ao esquecimento e sua importação pelo Direito brasileiro, ainda que não tivesse recebido tal denominação, é o caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1973. *Lebach* é o nome de um vilarejo alemão, onde, em 1969, ocorreu o assassinato de quatro soldados, ao passo que um quinto ficou gravemente ferido, quando um grupo de três pessoas tentava roubar armas e munições por eles guardadas. Dois foram condenados à prisão perpétua, mas um terceiro, que teve uma participação menor, foi condenado a apenas 6 meses de reclusão. Poucos dias antes de sua soltura, este último soube que uma emissora de televisão iria veicular um documentário sobre o caso, no qual seriam apresentadas fotografias reais, os nomes de todos os condenados, bem como seria insinuado que mantinham relações homossexuais entre si.

Diante de uma ação inibitória, por ele ajuizada, as Cortes inferiores não reconheceram seu direito a ter a intimidade preservada e sua ressocialização garantida, ao argumento de que o envolvimento no crime o tornou uma personalidade da história, apresentando o documentário conteúdo considerado verídico. Recorrendo ao Tribunal Constitucional alemão, sob o argumento de violação à sua dignidade, a Corte, após ouvidos diversos interessados e especialistas, tendo sido inclusive realizada audiência pública, deferiu o pedido do autor para proibir a divulgação do filme, se dele constasse referência expressa ao nome do autor. A fundamentação assenta-se na ponderação de dois valores constitucionais – a liberdade de radiodifusão (art. 5, I, 2 GG) e a proteção à personalidade (art. 2, I c.c. art. 5, I, 2, GG) – que não têm prevalência absoluta um sobre o outro, mesmo sendo reconhecida a eficácia horizontal da liberdade de radiodifusão (em relação ao particular), inclusive do modo de apresentação da informação¹³.

Nesse cotejo, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu alguns parâmetros gerais: (i) tratando-se de crimes graves e notícia atual, o interesse de informação da opinião pública tem, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente criminoso; (ii) o princípio da proporcionalidade, contudo, deve ser aplicado, de modo a preservar a esfera íntima do autor do delito, de modo que nem sempre a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso é permitida. Diante disso, conclui-se que não é admitido que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo indeterminado, vale dizer, além da notícia atual, ainda que sob a forma de documentário, por afronta à proteção da personalidade. Em outras palavras, o documentário de fato passado pode ser exibido, preservada a identificação do autor do crime, vez que se caracteriza como ilegítima uma divulgação posterior sobre o agente criminoso, se for capaz de provocar-lhe danos graves ou adicionais, especialmente se prejudica sua reintegração na

sociedade, privilegiando-se a compatibilização dos direitos fundamentais em conflito.¹⁴

Submetida outra demanda sobre a mesma chacina e sua veiculação televisiva a seu escrutínio, em 1999, a conclusão atingida pelo Tribunal Constitucional alemão, ainda que sob as mesmas premissas assentadas no caso precedente, foi diversa. No caso *Lebach II*, relativo à pretensão de impedir que outro canal televisivo exibisse documentário sobre o mesmo crime, a Corte reconheceu a prevalência da proteção da liberdade de radiodifusão, uma vez que não veiculados os nomes ou as imagens dos envolvidos e já passados muitos anos desde sua soltura, não mais haveria o mesmo risco à ressocialização. Vale dizer, no momento da decisão, a transmissão televisiva não seria capaz de aumentar o estigma social dos agentes criminosos, não prejudicando o desenvolvimento de sua personalidade¹⁵. Desde já, interessante pontuar que o julgamento de 1973 do caso *Lebach* foi referido entre as razões de decidir e parece ter norteado as conclusões assentadas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no REsp n. 1.334.097/RJ, no sentido de que documentário sobre a Chacina da Candelária poderia ter sido exibido, desde que sem a divulgação do nome e fisionomia do autor da demanda. No entanto, há um claro *distinguishing*, qual seja, o fato de que ele fora absolvido por aquele crime, o que trataremos mais adiante.

Este é o cenário que se apresentava quando dos primeiros estudos apresentados no Brasil, inicialmente na esfera penal e consumerista, já na década de 1990¹⁶, até a formulação do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, de 2012, segundo o qual: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, e os julgamentos paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça – REsp n. 1.334.097/RJ e REsp n. 1.335.153/RJ, em 2013, que serão analisados no próximo tópico. Posteriormente, com o aprofundamento do desenvolvimento da internet e a popularização das redes sociais, na denominada era da informação, os desafios extrapolaram a divulgação pela televisão e pela imprensa escrita de informações desabonadoras.

1.2. Contornos adotados pela jurisprudência brasileira: programas televisivos

O desenvolvimento do direito ao esquecimento no Brasil, enquanto pretensão derivada do direito de personalidade, específico em relação ao direito à intimidade, privacidade, honra e imagem, inclusive com a sua aplicação jurisprudencial, remonta aos últimos dez anos, sendo mais recente, portanto, que os exemplos da jurisprudência comparada. Pode-se atribuir isso, em parte, às peculiaridades locais, visto que o país se encontrava em um regime ditatorial, com mitigação da liberdade de imprensa até período recente. Não obstante tal discrepância, observa-se uma similitude: a importância de seu reconhecimento, a partir da ponderação de valores constitucionais pelos Tribunais, notando-se uma evolução doutrinária daí decorrente.

Em um primeiro momento, embora adotado pelas instâncias inferiores, o direito ao esquecimento não chegou a ser apreciado nem pelo Superior Tribunal de Justiça nem pelo Supremo Tribunal Federal, por uma questão de competência e parâmetros diversos adotados quanto à matéria ter cunho constitucional ou infraconstitucional. É o que ocorreu, por exemplo, no caso “Doca Street”, que, após uma condenação em primeira instância, teve o resultado modificado em segunda instância, negando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o pedido de indenização e reconhecendo a prevalência da liberdade de imprensa, ainda que não houvesse contemporaneidade da informação, desde que verídica¹⁷. Diante da negativa de conhecimento tanto pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸ como pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹, o referido acórdão transitou em julgado. Deve-se frisar, contudo, que o tema, no direito comparado, sempre foi tratado pelas Cortes Constitucionais, por envolver aparente conflito entre direitos constitucionalmente assegurados.

O debate processual foi superado, inicialmente, no Caso Chacina da Candelária²⁰, quando a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu o direito ao esquecimento de um dos acusados, que foi absolvido pelo Tribunal do Júri. A análise foi, inicialmente, delimitada, nos seguintes termos: (i) o caso seria solucionado a partir da interpretação dos artigos 11, 12, 17, 20 e 21, todos do Código Civil (LGL\2002\400), devendo o Tribunal conferir-lhes uma interpretação que seja constitucionalmente aceita, consoante o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil (litígio de solução transversal); (2) as conclusões sobre a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro restringir-se-iam, naquela assentada, às publicações na mídia televisiva, excluindo-se, pois, a internet, diante de suas particularidades.²¹

Na ponderação entre os direitos constitucionais em jogo, em um cenário de contemporaneidade da

notícia, o voto condutor do acórdão inicia discorrendo sobre a liberdade de imprensa, que, se de um lado, tem papel fundamental na construção de um Estado Democrático (que é um processo interminável), de outro, encontra certas limitações, a partir de outros valores constitucionalmente protegidos²²: (i) compromisso ético com a informação verossímil; (ii) vedação de veiculação de notícia com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa; (iii) preservação dos direitos de personalidade. A partir de uma interpretação unitária da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que, dado à posição diferenciada da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (art. 1º, inciso III), e que serve como lente para a interpretação dos direitos posteriormente reconhecidos, há uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, sempre em atenção às peculiaridades do caso concreto.

No tocante ao possível comprometimento da narrativa da história de uma sociedade, o que foi acolhido pelo juízo de 1ª instância para julgar improcedente o pedido formulado pelo autor, por ser a Chacina da Candelária “evento traumático da história nacional”, pontuou-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, ainda que sua divulgação seja de inegável interesse público, à medida que permite uma evolução social, não resta autorizada a exploração midiática exacerbada²³. Com maior razão, quando a historicidade do crime é edificada de forma artificial, o que não seria a hipótese da Chacina da Candelária, sempre em relação a notícias não contemporâneas aos fatos, deve ser reconhecido o direito ao esquecimento, impedindo que um segundo abuso à dignidade da pessoa humana seja cometido. O interesse público, que é inerente a todas as ações penais públicas, e que não se confunde com o interesse do público, cede ao direito à intimidade, como preconiza o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal.

Neste ponto, cumpre-nos asseverar que, no primeiro momento, quando a notícia é atual, haverá prevalência da liberdade dos veículos jornalísticos em face dos direitos de personalidade do acusado, sendo dificultoso concluir pela caracterização do abuso de direito; o que parece inegável é que uma exposição ostensiva, à época da ocorrência do fato criminoso, não importa na extinção do direito à honra e à imagem, que são inerentes ao ser humano, enquanto direitos de personalidade indisponíveis²⁴, e que podem ser recuperados com o passar do tempo, desde que mantida uma conduta socialmente adequada. Já quanto ao passado, a ponderação entre os valores constitucionais em conflito, na esteira do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, também conduz à solução pela liberdade de informação de fatos socialmente relevantes, ainda que pretéritos, contudo, sem a veiculação de dados e imagens que firam os direitos de personalidade da pessoa envolvida, sobretudo se já cumpriu a pena que lhe foi imposta. Tal conclusão, contudo, pode ser mitigada no tocante a fatos históricos, nos quais o interesse social para que haja divulgação, inclusive de dados pessoais do criminoso, justifica tamanha restrição ao direito à privacidade, o que só pode ser verificado *in concreto*.

Prosseguindo na análise do julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.334.097/RJ, observa-se que o direito ao esquecimento não deve ser reconhecido tão somente como uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana, mas encontra ressonância no ordenamento jurídico brasileiro, que confere relevância à passagem do tempo, primando por um dos pilares do Direito – a segurança jurídica²⁵. O decurso de tempo, ao estabilizar as relações jurídicas, pode, assim, tornar ilícito o ato de divulgar notícia que, no calor dos acontecimentos, teria sido ato lícito. Para acolher a tese do “direito ao esquecimento”, foram invocados os seguintes dispositivos do direito positivo infraconstitucional: (i) art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que veda a possibilidade de bancos de cadastros de consumidores conterem informação negativa referente a período superior a 5 anos²⁶; (ii) art. 93 do Código Penal, que prevê a reabilitação, que pode ser requerida depois de dois anos de extinta a pena ou terminada sua execução, alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva e assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação; (iii) art. 748 do Código de Processo Penal, que estabelece que, uma vez concedida a reabilitação, não será mencionada a condenação na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal; (iv) art. 202 da Lei de Execuções Penais, em sentido muito semelhante ao dispositivo do diploma processual penal, mas como efeito automático da extinção da pena.

Diante do caso concreto levado a julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, considerando que o autor da demanda fora absolvido, quanto à Chacina da Candelária, pelo juízo criminal, reconheceu que ele teria direito à preservação de sua intimidade. Argumentar acerca da veracidade da notícia não teria o condão, por si só, de autorizar sua divulgação, porque, embora seja pressuposto da

liberdade de informar que a notícia seja verídica, segundo a apuração própria do trabalho jornalístico, a liberdade de imprensa não é um direito absoluto e ilimitado. Ao ser sopesado com o direito à intimidade, prevalecerá o direito ao esquecimento, uma vez satisfeito o interesse público pela publicidade com o esgotamento do processo penal, momento que finda a vida útil da informação criminal²⁷, ressalvados crimes genuinamente históricos²⁸. E, ainda nessa hipótese excepcional, só é cabível referência aos envolvidos quando uma narrativa desvinculada de tais dados se revela inviável. O Superior Tribunal de Justiça acentua que, entre a memória e a esperança, deve prevalecer esta última, visto que se coaduna com a presunção legal e constitucional da regenerabilidade da pessoa humana²⁹.

Causa perplexidade, contudo, cogitar-se que a divulgação dos dados pessoais de determinado indivíduo, inicialmente indiciado e posteriormente absolvido de determinado crime, considerado histórico, seja inviável por causar-lhe prejuízos, ao “reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor”. Uma sociedade, que preza a dignidade da pessoa humana, deve ser capaz de distinguir inocentes de condenados, e, no caso concreto, a situação foi retratada, pelo programa televisivo, como uma injustiça contra o autor da demanda. Acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça se afasta das conclusões assentadas no caso *Lebach*, julgado em 1973, na Alemanha, ao estender o direito ao esquecimento ao absolvido, vez que um de seus grandes pilares, sob a perspectiva germânica, seria o direito à ressocialização. O que se verifica é que a Corte brasileira lhe confere, nesse julgamento, um contorno mais próximo ao direito ao isolamento do que ao direito de não ter divulgado fatos contra si desabonadores, ocorridos há certo tempo, afastando-se, pois, do conceito que vem sendo historicamente moldado.

À vista de todas essas premissas, a Quarta Turma, por unanimidade, concluiu, em 28.05.2013, que o programa *Linha Direta* poderia ter apresentado documentário sobre a Chacina da Candelária, considerado um fato histórico; no entanto, não era imperioso a utilização da imagem e do nome do autor para a narrativa dos fatos, inclusive para apontar as “trapalhadas” do inquérito, de molde que, na ponderação dos valores em jogo – liberdade de imprensa e direito à honra – a proteção da personalidade seria a melhor solução. De uma leitura do acórdão em seu inteiro teor, o Superior Tribunal de Justiça não esmiúça o que entende por “quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”, que autorizaria a divulgação dos dados dos envolvidos, aspecto que, frise-se, passa ao largo do direito comparado no caso de crimes genuinamente históricos.

No entanto, comparando-se tais conclusões com aquelas assentadas no julgamento do caso *Aída Curi*, realizado na mesma data, e que apresentaremos detalhadamente logo em seguida, pode-se compreender que tal parâmetro corresponde às hipóteses em que o nome do envolvido entrou “para o domínio público”. Neste ponto, faz-se mister acentuar que não nos parece que a Constituição Federal autorize a devassa da vida do condenado (ou da vítima) sem limitação no tempo, seja porque o conflito de direitos pende para a proteção da intimidade e o direito à ressocialização, à medida que o tempo passa e os dados do envolvido são irrelevantes para a narrativa dos fatos criminosos, seja porque a vítima e seus familiares têm direito a impedir que seus dramas sejam expostos de forma sensacionalista, com finalidade sobremaneira econômica (de lucro), e não social (de informação).

A análise pormenorizada do REsp n. 1.334.097/RJ (*leading case*), além de assentar as bases do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, é importante para proceder-se ao *distinguishing* em relação ao caso *Aída Curi*, também apresentado pelo programa televisivo “*Linha Direta Justiça*” e igualmente apreciado pela Quarta Turma, na mesma assentada. Nessa outra hipótese, observa-se que os familiares de *Aída Curi*, vítima de um crime terrível em 1958, pleitearam indenização pela emissora de televisão, pelos abalos sofridos por reviverem a dor experimentada por ocasião da perda da irmã (ao que denominaram violação a seu direito ao esquecimento), bem como pela publicação de imagem não autorizada com fins econômicos. Em todas as instâncias, os autores viram seu pleito ser negado, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RE n. 1.010.606, Rel. Min. Dias Toffoli), que reconheceu sua repercussão geral.

Após firmar as mesmas premissas do caso da Chacina da Candelária, três dos cinco Ministros que compõem a Quarta Turma³⁰, adotaram o entendimento de que as vítimas de crimes e seus familiares, se assim desejarem, têm direito ao esquecimento, isto é, de não serem submetidas a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhe causaram feridas³¹. No entanto, tal direito deve ser ponderado com a historicidade do fato narrado, e a necessidade de referência à pessoa da vítima. Na hipótese concreta, considerou-se que, além de o caso ter entrado para o domínio público,

seria impraticável “a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”.

A respeito, para os Ministros vencidos, embora pudesse ser reconhecida, de fato, a prevalência da liberdade de informar, a fim de autorizar-se a referência ao nome de Aída Curi, a hipótese concreta, como acentuado pela Min. Maria Isabel Gallotti³², consistiu na veiculação de “foto da vítima, morta, ensanguentada e abraçada com um dos autores”, além da apresentação de fotos reais da vítima e seus familiares, o que, diante da expressa negativa de anuência, afigura-se desnecessário à narrativa dos fatos e, portanto, abuso do direito de informar. O segundo argumento para a obrigação de indenizar, que reforça o desacerto da decisão, é a publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, como bem ponderado pela magistrada.

Retomando a fundamentação que prevaleceu no julgamento, a Quarta Turma, expressamente, excluiu a hipótese de abuso de direito, ante a inexistência de exploração midiática, a partir de uma compreensão de que os fatos eram públicos e notórios – disponíveis ao acesso de qualquer interessado e retornando mais de 470 mil resultados pela ferramenta de pesquisa Google. Tal argumento, contudo, tampouco prospera, à medida que o direito à intimidade da vítima (e seus familiares) não é mitigado, indefinidamente, pelo fato de ela haver se envolvido em um evento criminoso. Por outro lado, tratando-se de uma moça comum, ainda que assassinada em circunstâncias chocantes, observa-se que a historicidade do crime foi edificada de forma artificial³³, não sendo admissível “notícia” veiculada depois de 50 anos, prevalecendo o direito ao esquecimento, de maneira a impedir que um segundo abuso à dignidade da pessoa humana ocorra. Ainda se deve ponderar que a superexposição decorrente dos resultados proporcionados pelo uso da ferramenta de pesquisa do Google, salvo se promovido e incitado pela própria vítima do dano (no caso os familiares), hipótese que caracterizaria fato da vítima no âmbito da responsabilidade civil, não justifica outros atos ilícitos pautados no direito de informar, visto que denota, por si só, uma violação à intimidade e ao direito ao esquecimento³⁴.

Como argumento de reforço, o Min. Luis Felipe Salomão, relator, aduziu que, ainda que fosse reconhecido o direito ao esquecimento, esse caracterizaria tão somente um dos elementos da responsabilidade – a ilicitude –, sendo imprescindível a presença de um dano para ensejar o dever de indenizar. Contudo, no caso Aída Curi, como já passaram 50 anos desde os acontecimentos trágicos, haveria uma redução da dor pelo transcurso do tempo, o que não configuraria dano indenizável. E prossegue retomando a ponderação de valores³⁵, aqui em relação ao dano, e não ao ato ilícito propriamente.

Embora tal avaliação alinhe-se a um dos critérios do juízo de ponderação, a ser utilizado no conflito entre direito fundamentais, qual seja, “que o ônus imposto ao direito sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução” (proporcionalidade em sentido estrito), não atende aos outros dois parâmetros, especialmente o que exige que “não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado”, visto que era razoável, e atenderia ao interesse público à informação, a veiculação do documentário, ao menos, sem as imagens de Aída Curi ensanguentada e de seus familiares³⁶.

Conquanto não haja maior interesse para este estudo, é importante mencionar que a indenização também foi negada por entender a maioria da Quarta Turma ser inaplicável a Súmula 403 daquele Tribunal³⁷, visto que a imagem não teria sido utilizada de forma vexatória ou degradante, nem caracterizado o uso comercial indevido, já que ocorreria uma única exposição da imagem real da falecida, que não constituiu chamariz de audiência, e o cerne do programa não teria sido a vítima, mas o crime em si. Esse aspecto, contudo, adquire relevância quando se observa que é o maior fundamento para a conclusão dos votos vencidos, sendo aplicado o art. 20 do Código Civil (LGL\2002\400), que prevê a necessidade de autorização para a utilização de imagem destinada a fins comerciais, devendo-se sopesar que, se tal dispositivo beneficia, inclusive, pessoas famosas que têm sua esfera de intimidade mais restrita, com mais razão deve privilegiar pessoas comuns, como Aída Curi, especialmente em um contexto de divulgação de fato pretérito, e não notícia atual.

O caso foi, recentemente, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que, apesar de fixar, em tese de repercussão geral, que inexistente o direito ao esquecimento, ressalva a possibilidade de reconhecer-se excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação *in concreto*. Sem retomar os aspectos pontuais já abordados ao longo da análise do REsp n. 1.335.153/RJ, é permitido concluir que a grande incongruência no julgamento é, ao mesmo tempo, admitir que tal

direito aplica-se também às vítimas, o que foi acatado apenas por dois dos cinco Ministros que participaram da decisão – o que pode ter contribuído para a rejeição de um direito ao esquecimento pela Corte Constitucional – e aplicar um juízo de ponderação um tanto quanto diverso, em relação àquele reconhecido ao criminoso, vez que admitiu, ainda que indiretamente, a necessidade de exposição da imagem de Aída Curi ensanguentada, abraçada a seu irmão, em rede nacional, cinquenta anos após o crime.

Considerando que as hipóteses de direito comparado, que embasam nossa jurisprudência, remontam a tempo anterior à criação da internet, bem como que os precedentes aqui mencionados excluem expressamente sua aplicabilidade aos problemas ocorridos na rede de computadores³⁸, impõe-se verificar como tal assunto, de grande impacto na vida atual, vem sendo tratado pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.O direito ao esquecimento na era da Internet

2.1.Ferramentas de busca e Internet na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

No tocante ao entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, sobre os limites dos mecanismos de busca na internet, podemos distinguir três fases: (i) uma primeira, na qual tomamos por referência o REsp n. 1.316.921/RJ³⁹ (Caso Xuxa), julgado em 26.06.2012, prevaleceu, conforme assentado pela Terceira Turma que “não há fundamento legal que permita impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, sob a alegação de implementar o direito ao esquecimento de qualquer requerente”; (ii) uma segunda, posterior aos precedentes já exaustivamente analisados, bem como ao julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu, em 13.05.2014, do caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, que mantinha o entendimento anterior, como se observa do AgInt no REsp n. 1.593.873/SP⁴⁰; (iii) e uma terceira, a partir do REsp n. 1.660.168/RJ⁴¹, que teria caracterizado uma viragem de Copérnico segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴², mas que melhor assinala uma abertura, ainda incipiente, baseada em um caso específico, já que não encontra ressonância em julgamentos posteriores.

Os primeiros casos submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que envolviam pedidos de remoção de resultados, por sites de busca, invocando-se o direito ao esquecimento, não lograram êxito. É, por exemplo, o que ocorreu no caso Xuxa, no qual a autora da demanda pretendia ver seu nome desassociado de imagens de um filme, do qual participou no início de sua carreira, porque aparece seminua na cama de um menino menor de 18 anos. No julgamento, em 2012, restou assentado que: (i) embora gratuito o acordo de vontades, resta configurada a relação de consumo com os provedores de pesquisa; (ii) os provedores de pesquisa, que apenas indicam links, onde podem ser encontradas as expressões fornecidas pelo próprio usuário, não armazenando os dados propriamente, só podem ser responsabilizados pela inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema; (iii) afasta a aplicabilidade do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, e do parágrafo único do art. 927 do Código Civil (LGL2002\400), por não lhe ser exigível a filtragem do conteúdo das pesquisas; (iv) o conteúdo acessível, a partir das ferramentas de busca, encontra-se em domínio público, cabendo, portanto, ao ofendido, pleitear a supressão da página, o que, automaticamente, excluirá o resultado da busca⁴³; (v) ainda que fossem excluídos certos termos de busca, os usuários, especialmente os *hackers*, ocupar-se-iam de criar outra forma de buscar o mesmo conteúdo; (vi) a decisão não atingiria provedores de busca localizados em outros países⁴⁴ e dificultaria, sobremaneira, a pesquisa por página que contenha a expressão proibida, ainda que seja de conteúdo lícito, restringindo indevidamente o direito à informação; (vii) no sopesamento, deve prevalecer a liberdade de informação, tendo em vista que a internet é um importante veículo de comunicação de massa, e que os imensuráveis danos derivados das restrições pretendidas atingiriam inclusive a própria autora na divulgação de seu trabalho; (viii) o caso sob análise diferencia-se da hipótese de responsabilidade do provedor de conteúdo por mensagens ofensivas em site de relacionamento social (como o *Orkut* e *Facebook*), quando se decidiu que “ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada” (REsp n. 1.186.616/MG⁴⁵ e REsp n. 1.193.764/SP⁴⁶ – em ambos os casos, entendeu-se que o material foi retirado tão logo quanto solicitado, e é mantido um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos usuários que postam conteúdos ilegais, razão pela qual o provedor de conteúdo não poderia ser responsabilizado); (ix)

como é indispensável, para o cumprimento da obrigação de excluir a indexação ao conteúdo indesejado, o fornecimento das URLs, e à medida que esses dados já permitem localizar aquele que postou o conteúdo ofensor, falta interesse de agir da demandante em relação ao provedor de pesquisa, quanto à exclusão de resultados que remetam ao material ofensivo.

A solução pela negação do direito à exclusão, do sistema dos provedores de busca, dos resultados derivados da pesquisa de determinado termo ou expressão, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver retornado o resultado, assentava-se, portanto, em dois pilares principais – impossibilidade técnica de identificação do conteúdo ofensivo ou ilícito e violação do direito à informação pela retirada indiscriminada do conteúdo (decorrência das limitações tecnológicas), e continuou sendo adotada, mesmo depois do reconhecimento expresso do direito ao esquecimento, nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi e no julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu – caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*⁴⁷, que não produz qualquer efeito direito ou imediato no ordenamento jurídico pátrio. Cite-se, a título de exemplo, o AgInt no REsp n. 1.593.873/SP⁴⁸, que rebateu especificamente a obrigação dos provedores de busca de implementar o direito ao esquecimento, por ausência de fundamento normativo.

Levando em conta o argumento de inexistir, no direito positivo brasileiro, norma semelhante à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o que afastaria as conclusões esposadas no referido precedente do Tribunal de Justiça Europeu, revela-se oportuno analisar, mais detidamente, o que se fixou naquela assentada, por seu caráter inovador, ainda que a legislação europeia tenha evoluído, posteriormente, no sentido de maior proteção aos dados pessoais após o Regulamento (UE) 2016/679, que substituiu a referida Diretiva. Mario Costeja González, espanhol, inicialmente, apresentou uma demanda em face do jornal La Vanguardia, do Google Spain e da Google Inc., para que fossem suprimidas ou alteradas páginas (do jornal), que retornavam nos resultados de buscas realizadas pela ferramenta *Google Search*, ou que seus dados pessoais deixassem de aparecer, ao fundamento de que a referência a um processo de arresto, contra o autor, já resolvido há muito anos⁴⁹, carecia atualmente de pertinência. Em primeira instância, o pedido foi indeferido em relação ao jornal, pois legalmente justificada a divulgação, e deferido quanto aos provedores, que realizam um tratamento de dados pelo qual são responsáveis, por ferir direito fundamental de proteção de dados.

Em instância superior, optou-se por realizar consulta ao Tribunal de Justiça Europeu que, em 13.05.2014, firmou entendimento de que

“o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, *também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web*, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.” (grifos nossos).

Os parâmetros para autorizar tal supressão, à vista do direito ao esquecimento, e sem descuidar do direito à informação dos internautas, serão pautados

“pela natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse do público em dispor dessa informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública”⁵⁰.

Não há, portanto, de um lado, um direito absoluto à exclusão de dados revelados por um buscador; no entanto, não pairam dúvidas acerca da possibilidade tecnológica de o operador de um motor de busca suprimir da lista de resultados as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre determinada pessoa pesquisada.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, pautado nas singularidades do ordenamento jurídico europeu e brasileiro, e na inexistência de norma semelhante à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, continuou negando o direito à desindexação. Faz-se mister analisar, portanto, se o advento de diplomas normativos nacionais sobre o tema alterou tal perspectiva.

2.2. Atual Marco Legal da Internet – Lei 12.965/14 e Lei 13.709/18

No âmbito nacional, foram editadas normas para regular o uso da internet e, mais recentemente, o

tratamento de dados. Assim, em 23 de abril de 2014, foi promulgada a Lei 12.965 – Marco Civil da Internet, cuja espinha dorsal caracteriza-se pela proteção à privacidade, a garantia de liberdade do internauta e a neutralidade da rede⁵¹. Esse marco normativo, à luz da Constituição Federal, pretende compatibilizar a liberdade de expressão com a garantia do direito à privacidade, como se extrai de seus arts. 2º, 3º, incisos II e III, 7º, inciso I, e 8º. Embora o inciso X do art. 7º mencione a possibilidade de requerer-se a exclusão definitiva dos dados pessoais pelo usuário (o que remete ao direito ao esquecimento), tal direito fica restrito àqueles fornecidos pelo próprio usuário, ao término da relação entre as partes, o que não socorre as hipóteses que terceiro tenha inserido a informação que afronta o direito à intimidade. Esse dispositivo foi alterado pela Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, ressaltando as hipóteses nela previstas como impeditivas do direito à supressão⁵².

A propósito ainda do direito posto, a mencionada Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGL\2018\7222), que entrou em vigor apenas em 16 de agosto de 2020 (consoante o inciso II do art. 65)⁵³, propõe-se a regulamentar o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, procedendo o Poder Legislativo à ponderação entre os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Quanto a seus fundamentos, destaca-se, inclusive por seu caráter inovador, a autodeterminação informativa (“Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung”), compreendida como o direito de o indivíduo controlar o acesso de seus dados pessoais por terceiros, em atenção a seu direito à intimidade, que também passa a constar no rol expresso de seus fundamentos (incisos II e IV do art. 2º)⁵⁴.

O novo diploma legal, que viria ampliar a proteção dos usuários da rede mundial de computadores, após uma detida análise comparada com o Marco Civil da Internet, na verdade, restringe o direito dos indivíduos de impedirem o tratamento de seus dados pessoais e requererem sua eliminação. Indubitavelmente, a Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222) contempla diversos aspectos que ultrapassam o objeto deste estudo enquanto focado no direito à exclusão de resultados pelo operador de motor de buscas; no entanto, contém dispositivos sobre o direito à eliminação de dados pessoais, o que se aproxima do direito ao esquecimento, na seara da proteção à privacidade por ocasião do tratamento de dados⁵⁵, devendo, portanto, ser mencionada, ainda que tangencialmente.

Em atenção ao marco legal vigente, verificam-se alguns exemplos que apontam no sentido de que a Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222) privilegia a atividade econômica (livre-iniciativa) e a liberdade de expressão e informação em detrimento do direito à privacidade: (i) art. 4º, inciso I, estabelece que a lei de proteção de dados é inaplicável à pessoa natural, que não está imbuída de fins econômicos; (ii) embora o *caput* do art. 3º preveja que a lei se aplica amplamente “independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados”, em uma interpretação conjunta com seu § 2º, combinado com o inciso IV do art. 4º, observa-se que pode ser feito o tratamento de dados, em território nacional, sem observância do marco legal, se os dados, cumulativamente, advêm de fora do Brasil e não são objeto de uso compartilhado ou comunicação com agentes de tratamento brasileiro, ainda que só possam ser transferidos para o país de proveniência, que proporcione grau de proteção adequado dos dados pessoais; (iii) o art. 7º fixa, pelo menos, duas hipóteses, demasiado genéricas, em que não é necessário o consentimento do titular, tanto para tratamento, como para compartilhamento de dados (§ 5º, *in fine*): quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (inciso IX) e para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (inciso X).

No caso do inciso IX do referido art. 7º, o art. 10 pretende complementá-lo, apresentando um rol exemplificativo do que caracterizaria o conceito indeterminado – “interesses legítimos”.⁵⁶ No entanto, arrola como tal “apoio e promoção de atividades do controlador” (inciso I), o que, ao invés de delimitar, amplia para tudo o que é do interesse do controlador, estabelecendo uma excludente geral, semelhante ao regular exercício de direito, sempre oponível por aquele que toma as decisões referentes ao tratamento de dados (controlador), sem valer-se do consentimento do titular dos dados pessoais, o que exige, necessariamente, a análise do caso concreto para sopesar os direitos em conflito. Tal dispositivo, portanto, e nessa medida, revela o espírito da Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222), que, em vez de primar pelo consentimento do titular dos dados pessoais, o que se mostra mais consentâneo com o direito fundamental à privacidade, corolário da dignidade da pessoa humana, fixa uma série de “exceções” que tornam a devassa dos dados pessoais, na prática, a regra em nosso ordenamento jurídico. Frise-se que, embora o Regulamento (UE) 2016/679 preveja

aparentemente norma semelhante, contempla, contrariamente à lei brasileira, parâmetros objetivos para que seja preenchido tal conceito aberto, o que se coaduna com a proteção do direito fundamental à privacidade, sem descuidar dos direitos em conflito.⁵⁷

O inciso X do art. 7º, anteriormente transcrito, é mais uma hipótese que permite a ampla troca de informações entre instituições financeiras, sem critérios legais previamente fixados. Acrescente-se, ainda, que seu § 4º dispensa o consentimento “para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular”, o que tutela o tratamento de dados de redes sociais, como *Facebook*, por qualquer agente, muito embora seus usuários não tivessem ciência dessa autorização implícita⁵⁸, quando de sua inserção, já que a lei autorizadora lhe é posterior.

A Medida Provisória 869/18 (LGL\2018\12628), convertida na Lei 13.853/2019 (LGL\2019\5777), por seu turno, agravava ainda mais as deficiências da lei original: (i) excluindo do escudo de proteção o tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente acadêmicos (art. 4º, inciso II, alínea “b”); (ii) permitindo que não apenas as pessoas físicas atuem como encarregados, o que admite decisões totalmente automatizadas (art. 5º, inciso VIII); (iii) autorizando o uso compartilhado de dados sensíveis referentes à saúde, com objetivo de obter vantagem econômica, na hipótese de “necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar”, privilegiando, de forma injustificada, interesses econômicos em detrimento da proteção à privacidade (art. 11, § 4º, inciso II); (iv) alargando as hipóteses de compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público com entidades privadas, independentemente de consentimento do titular, e dispensando-se a comunicação à autoridade nacional (art. 26, § 1º, e art. 27)⁵⁹.

Retomando o estudo sobre o direito ao esquecimento, no tocante aos mecanismos de busca na internet, importante ressaltar que o *Google Search*, e demais ferramentas semelhantes, realizam o tratamento de dados pessoais, atuando, simultaneamente, como controlador e operador, nos termos do art. 5º, incisos VI, VII e X, da Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222).⁶⁰ Assim, em uma análise açodada, poder-se-ia imaginar que a nova legislação permite afrouxar os instrumentos de proteção da privacidade, sobressaindo diversos dispositivos que transpassam a proteção dos dados pessoais em prol do “desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação”, como é o caso da parte final do inciso VI do art. 6º da lei em referência, que confere aos segredos comercial e industrial o caráter de excludente do cumprimento do dever de transparência (informar aos titulares sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes).

Entretanto, e uma vez feita essa digressão sobre o atual estágio legislativo de proteção à privacidade no âmbito da internet, impõe-se retomar a posição da lei na hierarquia das normas, e que o legislador ordinário não pode dispor em sentido contrário à Constituição Federal, devendo o intérprete, ainda, observar a eficácia irradiante dos princípios constitucionais, pela qual os preceitos legais em geral submetem-se a uma filtragem constitucional⁶¹. Acrescente-se, doutra banda, que, sendo o direito à privacidade um direito fundamental, não está apenas submetido ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, como também à vedação do retrocesso, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, reduzam ou aniquilem seu núcleo essencial. Por essa ótica, devem ser interpretadas as Leis 12.965/14 e 13.709/18.

Observa-se, contudo, nesse primeiro momento, que o Superior Tribunal de Justiça não tem promovido a filtragem constitucional dos referidos diplomas normativos. No tocante à responsabilidade, por exemplo, a Lei 12.965/14 (LGL\2014\3339) estabelece que o provedor de conexão não será responsabilizado por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiros (art. 18); no entanto, o provedor de aplicações, que inclui os que armazenam conteúdo (*Orkut*, *Facebook*) e os que direcionam a determinados conteúdos pesquisados (mecanismos de busca), só serão responsabilizados após descumprimento de ordem judicial determinando a exclusão do conteúdo infringente dos direitos individuais, observada as limitações técnicas de sua atividade. Essa solução, que exige o acesso ao Poder Judiciário, diversamente da jurisprudência que se assentava no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (entre outros, cite-se o REsp n. 1.193.764/SP), restringe a proteção ao direito à privacidade, à medida que é necessária a adoção rápida de medidas para evitar os “repliques”, podendo tornar a tutela jurisdicional inócua⁶². Sem se atentar à vedação ao retrocesso, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o diploma normativo, tomando em conta apenas o momento de ocorrência do ato lesivo, vale dizer, quando foram publicados os conteúdos infringentes.

É necessário ponderar, contudo, que a legislação brasileira que pretende regulamentar a internet é ainda recente, e a Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222), recentemente, entrou em vigor, o que ainda demanda o trabalho hermenêutico da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em razão dos direitos fundamentais em choque, para ser fixados seus exatos limites. Pode-se afirmar, desde logo, que tal marco legal não representa convergência normativa internacional, o que nos remete à análise sobre quais os reflexos das referências externas na aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, sempre à luz dos valores constitucionalmente protegidos.

O art. 17 do Regulamento (UE) 2016/679, previu, expressamente, o “direito a ser esquecido”, ou direito ao apagamento de dados, nas seguintes hipóteses: (i) os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a coleta ou o tratamento; (ii) o titular retira seu consentimento e não há outro fundamento jurídico; (iii) o titular exerce seu direito de oposição, previsto no art. 21; (iv) os dados pessoais foram tratados ilicitamente; (v) os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; (vi) os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação. Sobressaem, para efeitos desse estudo, os itens (ii) e (iii), especialmente este último que não encontra correspondente na legislação brasileira.

Em uma análise comparativa, tem-se que o Marco Civil da Internet não se debruçou sobre o direito ao esquecimento, que já tinha sido objeto do julgamento pelo Tribunal de Justiça Europeu, como acima descrevemos. Com efeito, o texto legal, bastante redundante, em grande medida, reproduziu o ordenamento positivo brasileiro, revelando-se defasado em relação aos problemas atuais da Internet, na medida em que já se verificou que o consentimento para o armazenamento de informações é ineficaz na tutela da privacidade na Internet⁶⁴.

Mesmo a Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222) prevê o direito do titular à eliminação dos dados pessoais (o que mais se assemelha com o direito ao esquecimento) nas seguintes hipóteses: (i) se desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na referida lei (art. 18, inciso IV); ou (ii) caso o titular retire seu consentimento e não se trate de nenhuma hipótese do art. 16⁶⁵. A transposição da legislação estrangeira sem aspectos fundamentais da proteção do indivíduo, como o direito de oposição, desvirtua seus propósitos, conduzindo a resultados contrários aos supostamente pretendidos, vale dizer, reduzindo a proteção dos usuários no ambiente desregulamentado da internet e prejudicando o exercício da autodeterminação informativa.

Em que pese os limites de aplicação do direito estrangeiro, servindo mais como instrumento de preenchimento de lacunas, sem caráter vinculante, seu estudo traz luzes para a adequada compreensão do direito à privacidade, no âmbito da internet, especialmente para a solução de colisão principiológica a partir da ponderação. Afinal, o regulamento europeu assenta-se nos mesmos direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal de 1988. Tais aspectos deverão ser enfrentados pela Corte Constitucional brasileira, no julgamento do tema 533, sobre liberdade de expressão nas redes sociais, internet, censura prévia e responsabilização do provedor, referindo-se, atualmente, ao RE 1.057.258, Rel. Min. Luiz Fux.

3. Novos paradigmas jurisprudenciais

Por ora, e ainda que de forma isolado, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça fixou novos parâmetros para a responsabilidade do provedor de buscas no REsp n. 1.660.168/RJ. Trata-se de ação proposta por D. P. N., atualmente promotora de justiça, para ter seu nome desvinculado de uma suposta fraude a concurso da Magistratura nos resultados de buscas efetuadas em *sites* de pesquisa. Julgada inicialmente improcedente pela primeira instância, por restar assentado não serem os provedores de busca responsáveis pelo conteúdo das notícias apresentadas, a decisão foi revertida em segunda instância, que reconheceu a prevalência do direito à imagem, à personalidade e ao esquecimento, evitando a livre circulação de fatos noticiosos por tempo indeterminado. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora a Min. Nancy Andrighi, relatora, tenha enfrentado o direito ao esquecimento, sob a ótica da inaplicabilidade ao direito brasileiro, por ausência de previsão normativa, e sob pena de criar-se um censor digital, devendo a vítima acionar diretamente o autor do ilícito, prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio Bellizze⁶⁶ que reconheceu “o direito ao esquecimento” e a viabilidade material da tutela inibitória requerida.

Consoante o voto vencedor, o sistema jurídico brasileiro tutela a proteção de dados pessoais, seja pela garantia do *habeas data* (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal e Lei 9.507/97 (LGL\1997\93)), seja pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Marco Civil da Internet, que cederá, porém, ao interesse público de informar no tocante a fatos históricos. Do mesmo modo que a Diretiva 95/46/CE⁶⁷, o art. 11 da Lei 12.965/14 (LGL\2014\3339), permite inferir que as aplicações de internet devem observar a proteção dos dados pessoais e o sigilo das comunicações privadas e dos registros, não havendo razão para se falar em censor digital, na medida em que não compete ao provedor de busca retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros. Deve-se aferir a ausência de razoabilidade na exibição dos resultados: seja porque o conteúdo é de interesse essencialmente privado e particular, que escapa ao interesse coletivo da informação, seja devido ao tempo considerável decorrido entre o fato e a busca efetivada.

O relator ressaltou que a insurgência não se dirige à pesquisa por notícias vinculadas a fraudes em concurso ou que associe o nome da autora a fraudes, mas quanto aos resultados que retornam da pesquisa realizada tão somente por seu nome, exibindo fato desabonador divulgado há mais de dez anos, sendo a desindexação uma solução conciliadora entre o livre acesso à informação e o direito individual. A interferência judicial é imprescindível para acabar com a retroalimentação do sistema que viola o “direito ao esquecimento”, vale dizer, para permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o acontecimento depreciador perenizado pelos sistemas automatizados de busca⁶⁸.

Um ponto objeto de bastante controvérsia foi a necessidade de indicar especificamente a URL da página em que estiver inserido o conteúdo indesejado⁶⁹, a partir da interpretação do § 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet. A Min. Nancy Andrighi reputou tal dado indispensável, sob pena de tornar a obrigação inexecutável ou conferir-se aos provedores de busca o papel de censor. O Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que acompanhou a relatora, também frisou a imprescindibilidade de ser indicado o URL da página ou *link* que se pretende excluir, inclusive nos casos de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, como prevê o art. 21 da Lei 12.965/14 (LGL\2014\3339), entendimento que teria sido perfilhado no REsp n. 1.679.465/SP, derivado de uma demanda ajuizada pelo Ministério Público para suprimir todo e qualquer resultado que remetesse à publicação não autorizada de vídeo com conteúdo erótico protagonizado por uma jovem de 16 anos de idade, que se encontrava armazenado em cartão de memória que dela fora furtado.

Prevaleceu, contudo, diante das conclusões esposadas no julgamento do caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, e à medida que os motores de busca realizam um tratamento de dados, a possibilidade de desindexação de determinados resultados, medida razoável diante dos efeitos deletérios sofridos pela autora, e proporcional em relação a pedido de exclusão de páginas da rede mundial de computadores. Ressalte-se que o Min. Moura Ribeiro esboçou que ainda haveria outra solução menos prejudicial ao direito à informação: a possibilidade de criação de um *link* entre a referida notícia e a informação posterior de que as fraudes não foram confirmadas, o que, além de promover os direitos de personalidade da autora, amplia o acesso público à informação.

Impõe-se referir, contudo, que tal julgamento representou precedente isolado, visto que a Quarta Turma, logo em seguida, manteve o posicionamento típico da segunda fase, no AgInt nos EDcl no REsp n. 1471164/MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado TRF-5), Quarta Turma, julgado em 14.08.2018, DJe 22.08.2018, reafirmado, em dois embargos de declaração sucessivos⁷⁰, o que vem sendo acompanhado em acórdãos e decisões monocráticas das duas Turmas de Direito Privado. Observa-se, ainda, julgamento mais recente que afasta a possibilidade de os provedores de pesquisa serem obrigados a excluir do seu sistema os resultados derivados de determinada busca, ainda que haja indicação específica da URL da página onde esse estiver inserido⁷¹. Considerando ser isolado o tal entendimento pela impossibilidade total, extrai-se, da análise dos julgamentos recentes do Superior Tribunal de Justiça, que, ao art. 19 da Lei 12.965/14 (LGL\2014\3339), é conferida interpretação ampliativa, uma vez que ao mencionar “ordem judicial específica” e “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (§ 1º), compreende-se ser imprescindível a prévia indicação da URL pelo titular do direito ofendido⁷².

Desse modo, o direito ao esquecimento na internet é reconhecido de forma muito restritiva, o que, não raro, ofende o direito à privacidade. Tratando-se de mandados de otimização, tanto o direito à privacidade como a liberdade de expressão ou o direito à informação, ensejam uma solução, diante do conflito, que deve se pautar pela conciliação, segundo sua relevância no caso concreto (critério

de justiça prática), e sem que um direito fundamental seja excluído do ordenamento jurídico⁷³. A exigência de que aquele que tem seu direito violado aponte especificamente os conteúdos que lhe atingem, isentando o mecanismo de busca de qualquer papel, inclusive social, na preservação dos direitos fundamentais, tende à negação do direito à privacidade.

Portanto, a solução que se mostra mais adequada, segundo um juízo de ponderação, é aquela que impede os mecanismos de busca de apresentarem determinados resultados (desindexação), em situações que o interesse público à informação disponível é bastante controvertido. À evidência, a análise casuística é sempre necessária, uma vez que haverá hipóteses em que a exclusão de certos resultados da busca, por exemplo, relacionados a pessoas públicas, cederá ao direito à informação, por assumir o direito à privacidade conotação específica para agentes públicos ou pessoas voluntariamente expostas na mídia. No entanto, diante do segredo comercial dos mecanismos de busca, atribuir o ônus de desindexar à ferramenta de busca melhor se amolda, inclusive, à excessiva dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de a parte atingida pela ofensa enumerar todos os *links* que atentam contra seu direito.

À vista dos critérios de ponderação, necessário ao sopesamento *in concreto* entre o direito à privacidade e o direito à informação, e que não é possível minar nenhum dos dois, entende-se como razoável, inclusive dado à disparidade tecnológica entre as partes, que o titular do direito supostamente lesado tenha que indicar o conteúdo especificamente lesivo, como é previsto na própria lei. Assim, não é exigível do mecanismo de busca retirar indistintamente “termos ou expressões que lesem o direito de personalidade” do requerente, mesmo porque um pedido assim genérico não cumpre o previsto no art. 324, *caput*, do diploma processual civil. No entanto, não há óbice processual ou infringência ao art. 19 do Marco Civil da Internet, pedido específico no sentido de excluir resultados, ou mesmo que apareça como sugestão de pesquisa, termos ofensivos ou que remetam a conteúdo degradante, como, por exemplo, “pedófila” ou “cocaineiro”.

Frise-se que a justificativa da impossibilidade tecnológica, por parte das ferramentas de busca, como já se demonstrou pelos exemplos europeus, não se sustenta. Afinal, justamente porque eles ostentam o segredo comercial que leva à indexação, não é exigível que o titular do direito de personalidade lesado apresente uma infinidade de resultados, que estão sob o controle da outra parte. Tal solução também se amolda à impossibilidade de o mecanismo de buscas controlar os conteúdos postados por terceiros, porque protege a privacidade, sem impedir o acesso à liberdade de expressão e informação (que fica mantida na internet, mas deixa de receber a divulgação ampliada que decorre dos mecanismos de busca).

Delineadas as balizas conferidas pela jurisprudência brasileira, e sem perder de vista os elementos presentes no direito comparado, é possível definir o direito ao esquecimento como direito fundamental “implícito”, decorrente da dignidade da pessoa humana, de que certa pessoa não tenha que ser submetida a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhe causaram feridas. Pressupõe informações verdadeiras e tem sua aplicação limitada a conteúdos caluniosos ou difamatórios, sempre a partir de uma ponderação, no caso concreto, entre a liberdade de expressão/informação e o direito à intimidade, à honra e à imagem. Aplica-se tanto em casos de divulgação pela imprensa tradicional, em jornais ou televisão, como em relação a dados constantes da internet, não sendo adequado, neste último caso, falar em *right to erasure*⁷⁴, à medida que, no mais das vezes, o que se pretende é evitar a divulgação da informação (desindexação de dados) e não a exclusão de conteúdo da rede.

Por fim, faz-se mister ressaltar certa incongruência, presente na sociedade atual, que renuncia voluntariamente à privacidade, fornecendo suas informações em cadastros ou mesmo lançando-as nas redes sociais, e, simultaneamente, reivindica o direito ao esquecimento. A tentativa de tornar menos presente algo desagradável acompanha o ser humano desde sempre, podendo ser apontado como característica da sua própria natureza; o que parece novo, e requer equacionamento, é a “ditadura da exposição” e um “superinformacionismo”⁷⁵, que culmina com o seguinte impasse “em virtude das tecnologias digitais, a habilidade da sociedade de esquecer foi reprimida, sendo permutada pela memória perfeita”⁷⁶.

Conclusão

O direito ao esquecimento decorre diretamente do direito à intimidade, à imagem e à honra, sendo inerente à pessoa humana. Negar-lhe reconhecimento, ao argumento da mitigação que dele decorre,

no tocante à liberdade de expressão e de informação, corresponde a uma solução diante do conflito de direitos fundamentais que não observa a técnica da ponderação, necessária para proteger-lhes o núcleo essencial. Assim, ainda que seja um conceito em construção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante dos casos que envolvam a disponibilização de dados na internet, seu reconhecimento é de rigor, independentemente da existência de parâmetros normativos infraconstitucionais.

A jurisprudência brasileira, ainda que bastante dividida, conferiu proteção ao “direito ao esquecimento”, como no caso da “Chacina da Candelária” (REsp n. 1.334.097/RJ) e no caso de “Fraude a Concurso Público” (REsp n. 1.660.168/RJ). Verifica-se que, em que pese uma postura inicial de negativa do reconhecimento do dever dos provedores de busca de observar o “direito ao esquecimento”, excluindo resultados vexatórios (caso Xuxa), em posição oposta àquela esposada pelo Tribunal de Justiça Europeu (caso *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*), o Superior Tribunal de Justiça chegou a reconhecer tal direito, seja pela comprovada possibilidade técnica de cumprir a decisão, seja porque o direito à informação será preservado com a manutenção do conteúdo na rede (que permanecerá desvinculado apenas de pesquisas pelo nome da parte autora da demanda). Entretanto, a Corte responsável pela uniformização da jurisprudência mostrou-se vacilante em casos que não se assemelham àqueles já experimentados na jurisprudência estrangeira, como no caso Aída Curi (vítima e não apenado), e interpreta de modo restritivo o direito do usuário de ter seu nome desindexado de certos resultados ofensivos, exigindo a indicação do rol preciso de URLs.

Observa-se, portanto, uma tendência de compreensão da liberdade de expressão como um direito que não comporta restrições, sendo recorrente o argumento de que não pode o mecanismo de buscas sofrer “censura prévia”. Tal raciocínio não se atenta, contudo, a já existente seleção, pelas ferramentas de buscas, dos resultados a serem retornados de determinada pesquisa, o que pode seguir simplesmente decisões internas da companhia, ou derivarem de contratos comerciais que visam a criar uma certa reputação; e, especialmente, não levam em conta que a obrigação de retirada de determinados resultados da pesquisa por determinado termo não requer uma avaliação sobre a licitude ou ilicitude do conteúdo, bastando o dano.

Além da controvérsia no âmbito dos Tribunais, o Marco Civil da Internet e a Lei de Proteção de Dados não possibilitam a definição da solução a ser adotada *a priori*, por exigir sempre a análise do caso concreto, sem contar que representam retrocessos à proteção do direito à privacidade, honra e imagem, ensejando o tema maiores estudos pela doutrina e Cortes Nacionais, destacando-se, por ora, o RE n. 1.057.258, Rel. Min. Luiz Fux, e o RE n. 1.037.396, Rel. Min. Dias Toffoli, ambos em regime de repercussão geral, pendente de julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se concluir, no entanto, que diante das repercussões ainda desconhecidas dos processamentos de dados pela internet, que já compõem uma imensurável quantidade de informações, e tendo em vista a tecnologia detida pelos provedores de busca, que coloca os usuários em uma situação de hipossuficiência, o entendimento adotado no REsp n. 1.660.168/RJ é o que melhor se coaduna com a ponderação entre a liberdade de imprensa e a proteção da personalidade. Não é razoável um ordenamento jurídico proteger aquele que fornece os dados voluntariamente, conferindo-lhe o direito de retirá-los, na forma do inciso X do art. 7º do Marco Civil da Internet, e não permitir que dados desabonadores inseridos por terceiros e desprovidos de interesse público (o que, como já se mencionou, não pode ser confundido com interesse do público) sejam inalcançáveis pela tutela jurisdicional. Ainda que haja uma subversão de valores, em que a exposição é vista positivamente, pois atribui certo valor àquele que se encontra anônimo, a possibilidade de regeneração – pela superação de erro do passado –, deve ser sempre oportunizada à pessoa humana.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil (LGL/2002/400) e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 59-102, out.-dez. 2003.

CAIRE, Anne-Blandine. Le droit à l’oubli – Propos Introductifs. *La Revue (Centre Michel de l’Hospital) – Dossier “Le droit à l’oubli”*, Clermont-Ferrant, n. 8, p. 7-11, sep. 2016.

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

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a *scarlet letter* digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

EL BADAWI, Lamia. Le droit à l'oubli à l'ère du numérique. *La Revue (Centre Michel de l'Hospital) – Dossier "Le droit à l'oubli"*, Clermont-Ferrand, n. 8, p. 12-28, sep. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. v. 1.

FERREIRA, Rafael Freire. *Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINELLI, Marcelo Romão. *Privacidade e redes sociais virtuais, sob a égide a Lei nº 12.295/2014 – Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 31--71, abr.-jun. 2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de novembro de 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990]. Acesso em: 28.06.2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj#_ftn3_9178]. Acesso em: 05.12.2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de junho de 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados]. Acesso em: 28.06.2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de dezembro de 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento]. Acesso em: 05.12.2018.

SALET, Ingo Wolfgang. Direito ao esquecimento – viragem de Copérnico na jurisprudência do STJ? *Revista Consultor Jurídico*, 25 de maio de 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-mai-25/direito-esquecimento-viragem-copernico-jurisprudencia]. Acesso em: 28.06.2018.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 190-232, jan.-mar. 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 129--169, jan.-dez. 2014.

1 .Compreendido como o direito de qualquer pessoa, que se tenha envolvido em acontecimentos públicos, poder reivindicar, decorrido certo tempo, o direito a ser esquecido (não divulgação). Ressalva deve ser feita aos acontecimentos históricos, tudo conforme decisão de 20 de abril de 1983, no caso Mme. Filipachi Cogedipresse, proferida pelo Tribunal de última instância de Paris. Não se confunde, portanto, com o direito ao isolamento e decorre diretamente do direito à privacidade, que encontra esteio na proteção à dignidade da pessoa humana.

2 .SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, n. 1, jan.-mar. 2016. p. 226, defende, por exemplo, de um lado, a proteção de dados pessoais despidos de interesse público, ao passo que, em casos de narrativa de fatos históricos por emissora televisiva, entende que a liberdade de imprensa/informar deve prevalecer.

3 .TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, jan.-dez. 2014. p. 141-158.

4 .Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.010.606. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2021, *Diário de Justiça eletrônico*, 20 de maio de 2021 (Caso Aída Curi). Contudo, ainda pende de julgamento, em regime de repercussão geral, o Tema 533, relativo ao “dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário” (Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.057.258*. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Aliandra Cleide Vieira. Rel. Min. Luiz Fux. Pendente de Julgamento. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273>]. Acesso em: 19.01.2022.

5 .SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 218, como se observa nos casos *Cox Broadcasting Corp v. Cohn* e *The Florida Star v. B.J.F.*, nos quais a Suprema Corte entendeu que é permitido divulgar o nome de vítimas de estupro, obtidos de forma lícita.

6 .CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento*: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 190.

7 .SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 218.

8 .Cite-se a pertinente observação de CONSALTER, Zilda Mara. Op. cit., p. 191, a respeito de tal precedente, que ressalta a importância do modelo cultural adotado no contexto social específico: “Quando este caso é comparado com *Melvin versus Reid*, com sua revelação do passado de uma prostituta e uma acusação de homicídio, o que emerge é algo da natureza dos costumes de uma comunidade, que não tolera saber de questões que são vexatórias ou imorais, mas se entende que expor algo que não tem esse adjetivo seria normal”.

9 .CAIRE, Anne-Blandine. Le droit à l'oubli – Propos Introductifs. *La Revue (Centre Michel de l'Hospital) – Dossier "Le droit à l'oubli"*, Clermont-Ferrant, n. 8, sep. 2016. p. 7; e EL BADAWI, Lamia. Le droit à l'oubli à l'ère du numérique. *La Revue (Centre Michel de l'Hospital) – Dossier "Le droit à l'oubli"*, Clermont-Ferrant, n. 8, sep. 2016. p. 13-14.

10 .SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 220.

11 .Excertos livremente traduzidos, apontados em CAIRE, Anne-Blandine. Op. cit., p. 7. Pode-se, dessa decisão, extrair o maior peso conferido ao direito à intimidade e ao livre desenvolvimento da pessoa em relação à liberdade de expressão e de imprensa na França. Tal importância conferida ao direito à privacidade já tinha encontrado grande respaldo, também em 1955, quando o Tribunal de Paris assegurou à atriz Marlene Dietrich o direito de ser indenizada pela publicação da história de sua vida, sem sua autorização, por um periódico semanal, que ainda levou seus leitores a crer que a própria atriz escrevera uma série de artigos intitulados "Minha vida, por Marlene Dietrich" (Consoante, CONSALTER, Zilda Mara. Op. cit., p. 191-192).

12 .SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 220. Há autores que apontam tal precedente como um marco da atual negativa do direito ao esquecimento pela Corte de Cassação Francesa: PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 31-71, abr.-jun. 2018.

13 .SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 486-494.

14 .Acrescente-se outro caso, citado por: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj#_ftn3_9178]. Acesso em: 05.12.2018 e por CONSALTER, Zilda Mara. Op. cit., p. 193-195, mas que envolvia o filho de um criminoso: trata-se do caso suíço Imniger. Este descendente, que inclusive já havia trocado de nome para preservar sua dignidade, ajuizou uma ação contra emissoras de comunicação que iriam divulgar um documentário, em 1980, sobre a vida de crimes do seu pai (fatos ocorridos na década de 1930) e que continha farta descrição inclusive dos familiares do criminoso. Em todas as instâncias, foi mantida a ordem que proibia a veiculação do documentário.

15 .É o que se extrai de: ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht. 1 BvR 348/98. Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. November 1999 – Rn. (1 – 45). Disponível em: [www.bverfg.de/e/ rk19991125_1bvr034898.html]. Acesso em: 05.12.2018.

16 .Conforme RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de novembro de 2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990]. Acesso em: 28.06.2018.

17 .Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n. 2005.001.54774*. Apelante: TV Globo Ltda. Apelado: Raul Fernando do Amaral Street. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Rio de Janeiro, 28 de março de 2006. *Diário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 12 de maio de 2006. Disponível em: [www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B1BD7789D06E0ADA69C2BAC687101D75D470C]. Acesso em: 30.07.2019.

18 .Superior Tribunal de Justiça. *Agravo n. 851.325/RJ*. Agravante: Raul Fernando do Amaral Street.

Agravado: TV Globo Ltda. Rel. Min. Ari Pargendler. Brasília, DF, 12 de junho de 2007. *Diário de Justiça eletrônico*, 15 de junho de 2007.

19 .Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 679.343*. Agravante: Raul Fernando do Amaral Street. Agravado: Globo Comunicação e Participações S/A. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2012. *Diário de Justiça eletrônico*, 01 de fevereiro de 2013.

20 .Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. Recorrente: Globo Comunicação e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 10 de setembro de 2013.

21 .Ao apreciar o caso, ampliando para outras mídias, veja-se: Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.010.606*. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2021, *Diário de Justiça eletrônico*: 20 de maio de 2021. O Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema sobre se a matéria tem repercussão infraconstitucional a ensejar seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça.

22 .Extraídas de: Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 801.109/DF*. Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido: Asdrúbal Zola Vasquez Cruxên. Rel. Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 12 de junho de 2012. *Diário de Justiça eletrônico*, 12 de março de 2013.

23 .Neste ponto, há uma dura crítica ao que o Ministro Luis Felipe Salomão denomina de “populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões”, no jornalismo policial, visto que, nessas hipóteses, a imprensa “não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime.” Destaca estudos que apontam que as empresas de comunicação agem sob uma lógica empresarial, e que a “verdade” reportada é uma versão dos fatos ocorridos, escolhida pela linha editorial do veículo, e pode influenciar, inclusive, o resultado dos julgamentos. Deve ser ressaltado que todos os três casos – “Doca Street”, “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” – ocorreram no extinto programa televisivo “Linha Direta Justiça”.

24 .Ainda que relativamente indisponíveis, como apontam: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. v. 1., p. 177-181. É o que se extrai do art. 11 do Código Civil (LGL\2002\400) para casos específicos de cessão temporária, como reconhecido pelo Enunciado 4 da Jornada de Direito Civil.

25 .Os institutos citados são: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

26 .Os efeitos deletérios do estigma de mau pagador justificaram a decisão proferida em *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, que será descrita e analisada mais adiante.

27 .À medida que serve à fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato, nos termos do voto do Ministro Relator.

28 .A referência a crimes históricos desponta, inicialmente, no direito comparado, em hipóteses de crimes de enormes proporções, denominados inclusive de crimes contra a humanidade, como o holocausto, mas espalha-se para outros fatos graves.

29 .Acrescente-se que, mesmo após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE

n. 1.010.606 (Tema 786), em regime de repercussão geral, com a consequente devolução para reapreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, manteve-se, em 09 de novembro de 2021, a conclusão de que a emissora de televisão deveria indenizar aquele absolvido pelos fatos da Chacina da Candelária, vencido o Min. Raul Araújo, valendo-se da segunda parte enunciada no Tema 786: “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 expresas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

30 .Min. Luis Felipe Salomão, relator, Min. Raul Araújo Filho e Min. Antônio Carlos Ferreira.

31 .Em que pese ao reconhecimento, no voto condutor, de que o direito ao esquecimento não está vinculado à ressocialização do ofensor, diversamente do assentado no caso *Lebach*, sendo mais amplo, o Min. Raul Araújo Filho, que votou com a maioria, pontua que tal direito não pode ser estendido às vítimas, pois apenas os agentes dos crimes podem ser importunados por sua divulgação.

32 .No que acompanhada pelo Min. Marco Buzzi.

33 .As circunstâncias podem ter sido aterrorizantes em uma sociedade com menor criminalidade, na década de 1950, mas, não há dúvidas, que, infelizmente, não são tão incomuns nos dias atuais (em suma, a vítima sofreu abuso sexual e, desmaiada, foi jogada do alto de um prédio para que o crime fosse encoberto).

34 .Importante frisar que nem é possível cogitar que os familiares permaneceram inertes e desidiosos em face da violação reiterada de seu direito ao esquecimento pelo Google, em virtude de sua ferramenta de pesquisas, uma vez que, até o presente momento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem, majoritariamente, assentado que é impossível impor ao Google uma obrigação de fazer de excluir tais resultados de sua base de dados, como detalharemos a seguir.

35 .No ponto, afirma 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”.

36 .A maneira de aplicação do juízo de ponderação, com seus três critérios, foi extraída de MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

37 .Transcreva-se: “Independente da prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. No mesmo sentido, por 4 votos a 1, foi o entendimento esposado em: Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.631.329/RJ*. Recorrente: Glória Maria Ferrante Perez. Recorrido: Rádio e Televisão Record S.A. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de outubro de 2017. *Diário de Justiça eletrônico*, 31 de outubro de 2017. O relator originário, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, reconheceu o abuso de direito da emissora televisiva, com a exposição exagerada da imagem da vítima, diferenciando do caso Aída Curi, à medida que, neste último, teria havido a utilização de uma única imagem real da falecida. No entanto, prevaleceu o voto divergente da Min. Nancy Andrighi, que entendeu inaplicável a retrotranscrita Súmula 403 aos “fatos históricos de repercussão social”, ressaltando o controle sancionador sobre abuso pelo destaque desvirtuado da intimidade da vítima ou do agressor. A Ministra cita o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 4815, em interpretação do art. 20 do Código Civil (LGL\2002\400), conforme a Constituição, de que não é necessária a prévia autorização do biografado para a publicação de sua biografia, sob pena de caracterizar censura. Neste ponto, frisamos que o Supremo Tribunal Federal ressaltou a responsabilidade civil pelo abuso da liberdade de informar, o que parece ser o real ponto de

divergência. O Min. Moura Ribeiro destaca, inclusive, que ambas – mãe autora e filha falecida – são pessoas públicas, e que houve uma grande mobilização, repercutindo até em alteração legislativa por ocasião dos fatos, por iniciativa da própria autora da demanda ressarcitória. Questionamos, porém: existe a possibilidade de renúncia tácita ao direito à intimidade, por atos em um passado longínquo, incompatíveis com a preservação a privacidade? Nossa resposta é negativa.

38 .Esse ponto é destacado no voto do Rel. Min. Dias Toffoli, no RE n. 1.060.101, no qual ressalta a existência de demanda específica no que tange à “exigência de ordem judicial para a retirada ou a indisponibilização de conteúdo ilícito e à responsabilização do provedor”: Tema 987, RE 1037396-RG. Causa preocupação a cisão entre o julgamento de um direito ao esquecimento e um direito ao apagamento de dados, conforme expressão utilizada pelo Min. Gilmar Mendes, uma vez que a premissa de que inexistente um direito ao esquecimento – pautada, sobretudo, na garantia da liberdade de expressão – pode contaminar o segundo julgamento.

39 .Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.316.921/RJ*. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. *Diário de Justiça eletrônico*, 29 de junho de 2012.

40 .Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.593.873/SP*. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: S M S. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 17 de novembro de 2016.

41 .Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.660.168/RJ*. Recorrente: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: D P N. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 08 de maio de 2018. *Diário de Justiça eletrônico*, 05 de junho de 2018.

42 .Direito ao esquecimento – viragem de Copérnico na jurisprudência do STJ? *Revista Consultor Jurídico*, 25 de maio de 2018. Disponível em: [\[www.conjur.com.br/2018-mai-25/direito-esquecimento-viragem-copernico-jurisprudencia\]](http://www.conjur.com.br/2018-mai-25/direito-esquecimento-viragem-copernico-jurisprudencia). Acesso em: 28.06.2018.

43 .Aqui deve ser ressaltada uma premissa, que reputamos equivocada, de que, diante das inúmeras páginas que hospedam conteúdo ilícito “não [se] justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses sites, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado”. Ao que tudo indica, ainda que tal informação não seja acessível, vez que é o próprio segredo comercial que diferencia o *Google Search* de seus concorrentes, a empresa possui tecnologia avançada para ler diversas páginas e detectar certo conteúdo (ao menos no que se refere à visualização do termo pesquisado), o que é inatingível pelo homem comum. Não se trata de exigir uma avaliação sobre a licitude ou ilicitude do conteúdo, mas de impedir que a pesquisa por certo termo retorne determinado(s) resultado(s).

44 .A discussão acerca do âmbito de aplicação do “direito à exclusão” – se abrange apenas os computadores geograficamente localizados na União Europeia ou se abarca todo o planeta –, foi definida pelo Tribunal de Justiça Europeu, Processo C-507/17, remetido pelo Conseil d’État, julgado em 24 de setembro de 2019, no sentido da restrição geográfica ao âmbito de aplicação da Diretiva 95/46/CE e Regulamento (UE) 2016/679.

45 .Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.186.616/MG*. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Alexandre Magno Silva Marangon. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 31 de agosto de 2011.

- 46 .Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.193.764/SP*. Recorrente: I P da S B. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2010. *Diário de Justiça eletrônico*, 08 de agosto de 2011.
- 47 .UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C131/12. Recorrente: Google Spain SL e Google Inc. Recorrido: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Rel. M. Ilešič. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131&lang1=pt&type=TXT&ancre=>]. Acesso em: 09.08.2019.
- 48 .Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.593.873/SP*. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: S M S. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 17 de novembro de 2016. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1599054/RJ*. Agravante: José Roberto Portugal Compasso. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 25 de abril de 2017, no qual o relator ressaltou que o Google já havia excluído os resultados relativos às URLs apontadas na petição inicial.
- 49 .Tratava-se, mais especificamente, de anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública, publicado em 19 de janeiro e 9 de março de 1998, decorrente de um arresto com vistas à recuperação de dívidas com a Segurança Social, que mencionava o nome do Sr. González.
- 50 .UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C131/12. Recorrente: Google Spain SL e Google Inc. Recorrido: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Rel. M. Ilešič. Luxemburgo, 13 de maio de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131&lang1=pt&type=TXT&ancre=>]. Acesso em: 09.08.2019. A respeito, também CONSALTER, Zilda Mara. Op. cit., p. 202-207.
- 51 .MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 134.
- 52 .A respeito, faz-se mister ressaltar que, à medida que a Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222)) define um amplo rol de exceções à necessidade de consentimento e à prevalência do direito à privacidade, como adiante trataremos, tal alteração legislativa no Marco Civil da Internet reduz a possibilidade de exclusão definitiva dos dados pessoais a requerimento do usuário, como se extrai, por exemplo, do art. 18, inciso VI, c/c art. 16, ambos da Lei 13.709/18 (LGL\2018\7222).
- 53 .Frise-se que o referido prazo para o início da vigência foi ampliado pela Medida Provisória 869, de 27 de dezembro de 2018 (LGL\2018\12628), que alterou ainda outros pontos do diploma normativo, e foi convertida na Lei 13.853, de 8 de julho de 2019 (LGL\2019\5777). No tocante aos arts. 52, 53 e 54, o início de vigência foi postergado para 1º de agosto de 2021, conforme Lei 14.010/20 (LGL\2020\7511).
- 54 .A respeito, FERREIRA, Rafael Freire. *Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 117-118.
- 55 .Isso porque tratamento é conceituado como: “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (inciso X do art. 5º da lei sob análise).

56 .Ademais, o segredo comercial e industrial, frequentemente invocado pelas ferramentas de buscas, impediria, inclusive, que a autoridade nacional solicitasse do controlador um relatório de impacto à proteção de dados pessoais (§ 3º, *in fine*).

57 .Cite-se a motivação do ato em comento: “(47) Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o responsável. *Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidada, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se ao interesse do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional. Dado que incumbe ao legislador prever por lei o fundamento jurídico para autorizar as autoridades a procederem ao tratamento de dados pessoais, esse fundamento jurídico não deverá ser aplicável aos tratamentos efetuados pelas autoridades públicas na prossecução das suas atribuições. O tratamento de dados pessoais estritamente necessários aos objetivos de prevenção e controlo da fraude constitui igualmente um interesse legítimo do responsável pelo seu tratamento. Poderá considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta.*” (grifos nossos).

58 .Sobre as peculiaridades dessa prestação de serviços, por redes sociais como o *Facebook*, que detém um quase monopólio, em virtude da franca adesão de todos os interessados, cite-se julgamento pelo Tribunal Concorrencial alemão – *Case Summary*. B6-22/16. Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing. 15 February 2019. Disponível em:

[www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=3]

Acesso em: 01.06.2019. A autoridade de defesa da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*), em decisão de 6 de fevereiro de 2019, proibiu o *Facebook* de usar os dados coletados por meio de suas redes sociais, inclusive *Whatsapp*, *Oculus*, *Masquerade* e *Instagram*, dos usuários privados residentes na Alemanha, sem seu expresso consentimento, que não pode ser obtido como pré-requisito para o uso do serviço Facebook.com. A vedação estende-se a que o uso do Facebook.com esteja condicionado ao *Facebook* estar autorizado a coletar e a usar informação obtida a partir dos *websites* visitados ou aplicativos móveis utilizados via interfaces do programa (“Facebook Business Tools”).

59 .Consigne-se que, no tocante aos arts. 4º, inciso II, alínea “b”, bem como aos arts. 26, §1º e 27, a Lei 13.853/19 (LGL\2019\5777) retomou, praticamente, a redação original da Lei nº 13.709/18 (LGL\2018\7222), diante de severas críticas, bem como restringiu a comunicação e o compartilhamento de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, mesmo que estendendo à hipótese de “necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar”; por fim, na esteira da Medida Provisória 869/18 (LGL\2018\12628), manteve a possibilidade de decisões automatizadas no tratamento de dados (art. 5º, inciso VIII).

60 .Ressalte-se que a mesma conclusão foi esposada pelo Tribunal de Justiça Europeu – caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, o que vem sendo acompanhado pelas Cortes dos diversos países da União Europeia, como o *Conseil d’État* francês no caso n. 399922.

61 .SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

62 .Em relação a materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o art. 21 estabelece uma exceção, de responsabilidade subsidiária dos provedores, que deverão, assim que tiverem ciência com elementos que permitam a identificação do material apontado como violador da intimidade, excluir esse conteúdo.

63 .“(…) 3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014 (LGL\2014\3339), o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet. (...)” (Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.694.405/RJ*. Recorrente: Anna Paula Burlamaqui Soares e Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Os mesmos. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de junho de 2018. *Diário de Justiça eletrônico*, 29 de junho de 2018).

64 .TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 162-163.

65 .“Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III – transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV – uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.”

66 .A mudança de entendimento já estava sinalizada, embora em caso bastante específico, no qual o *Google Search* remetia para página cujo conteúdo já havia sido excluído da *web*, tendo sido reconhecido a falha na prestação do serviço: Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.582.981/RJ*. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda e Márcio Alvim de Almeida. Recorrido: Os mesmos. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de maio de 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 19 de maio de 2016.

67 .Como já exposto, tal Diretiva foi revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, que, por seu turno, previu expressamente o direito ao apagamento de dados (“direito a ser esquecido” – art. 17º), acolhendo as conclusões adotadas no julgamento do Tribunal de Justiça Europeu.

68 .A Min. Nancy Andrighi manifestou-se, novamente, rebatendo os argumentos apresentados pelo Min. Mauro Aurélio Bellizze, ressaltando que “No recurso em julgamento, assim, o Poder Judiciário será colocado na posição de vigia de *rankings* de resultados de busca, sem demonstração de ilegalidade do conteúdo ou de prejuízo da recorrida que, aliás, não foi a única a ser envolvida na suposta fraude”. Acentua que o provimento jurisdicional não será útil ao esquecimento, uma vez que outros provedores de busca continuarão retornando tal resultado, bem como que, com a demanda *sub judice*, observou-se a ocorrência do “efeito Streisand”, qual seja, o aumento de notícias na internet sobre a autora, referentes aos fatos desabonadores.

69 .Esse aspecto é objeto de crítica por: SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 5-6.

70 .Entendimento que não admite a simples desindexação, mas exige que o requerente indique as URLs para a retirada de determinada página com conteúdo supostamente ofensivo, assentando, ainda, que a determinação judicial deve ser precisa. A questão é colocada no STF, em sede de repercussão, no RE n. 1.037.396, tema 987, Rel. Min. Dias Toffoli, no qual se pretende definir a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet.

71 .Destaque-se: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1771911/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ney de Souza Pereira. Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, julgado em 16 de março de 2021. *Diário de Justiça eletrônico*: 26 de abril de 2021. Embora conste na ementa essa negativa quase absoluta, houve voto vista em sentido da possibilidade de eliminar os resultados caso fossem indicados os URLs, sob pena de negar vigência à lei federal. A Quarta Turma tem seguido o mesmo entendimento em decisões monocráticas, exemplificativamente: Recurso Especial n. 1710557, Recorrente: Associação Paulista de Magistrados. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Rel. Min. Raul Araújo, Brasília, DF, julgado em 01 de abril de 2020, *Diário de Justiça eletrônico*: 02 de abril de 2020, e Recurso Especial n. 1862739, Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Paulo Mauricio Pereira e outros. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Brasília, DF, julgado em 26 de março de 2021, *Diário de Justiça eletrônico*: 30 de março de 2021.

72 .Pesquisamos no sítio do Superior Tribunal de Justiça todas as decisões contendo os termos (internet e dados e provedor), desde o julgamento do REsp n. 1.660.168/RJ, até 01.03.2019 e, raramente, a Corte reconhecia que a indicação específica do conteúdo ofensivo dava-se por elementos que não o rol preciso das URLs, sendo suficiente, nesses casos, a indicação da data e conteúdo das postagens. Cite-se, por todos: Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.728.639/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Norberto da Rocha Keppe e Claudia Bernhardt de Souza Pacheco., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2019. *Diário de Justiça eletrônico*, 06 de março de 2019 – nesse caso concreto, tratava-se de *blog* que além de indicado pelas ferramentas de busca, era hospedado pelo Google.

73 .É a lição de: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 318-25, que esclarece a necessidade de um juízo de ponderação ligado “ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito).”

74 .RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de junho de 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados]. Acesso em: 28.06.2018.

75 .TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 140.

76 .COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 187.