

DIREITO AO ESQUECIMENTO: Caso Chacina da Candelária e Aída Curi

BARBOZA, M. A. G.¹, SANTOS, J. A. S.²,

¹ Graduado pela Faculdade de Direito de Bauru; Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toletto de Ensino – ITE; Professor de Direito do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior - IMMES - Brasil.

² Bacharelado do Curso de Direito pelo Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior –IMMES.

RESUMO

Dentre os imensuráveis efeitos e fatos causados pelas novas tecnologias de informação, vem ganhando destaque o direito ao esquecimento. Pensando nisso, o presente trabalho tem por objetivo enriquecer o debate no enfrentamento da complexa colisão dos direitos da privacidade e da informação, assim, demonstrando que na sociedade atual há necessidade em discutir um novo direito, o “Direito ao Esquecimento”, este teve sua origem histórica no campo das condenações criminais, porém, o tema só foi introduzido no direito nacional pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual o inseriu no rol dos direitos da personalidade expresso no artigo 11 do Código Civil, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito ao esquecimento fora formado para proteger a vítima e os familiares, aqueles que tiveram suas vidas pessoais envolvidas em eventos lastimosos e, por tal motivo, não convêm serem lembrados, trazendo à tona todos os prejuízos já superados no passado. Contudo, diretamente ligado aos princípios constitucionais o tema aborda e verifica colisão de princípios, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, a tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica estrangeira e brasileira, inclusive veremos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça; será também em breve enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Desindexação. Apagamento de informações. Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

O tempo na sua jornada, utiliza e destrói o que é temporal. O passado apresenta-nos qualquer coisa que é, concomitantemente, real e melhor que nós, e pode impulsionar-nos para cima, coisa que o futuro nunca faz. Desta forma, existe mais eternidade no passado que no presente.

Algumas coisas do passado podem ter sido um erro, portanto, na difícil e corajosa esteira de aceitar os erros e de fazer deles um roteiro, contorna-se de uma só maneira: recomeçar.

Porém, não podemos apagar histórias, não podemos apagar fatos importantes, até porque precisamos delas para aplicar no presente e, contudo, melhorar no futuro.

De outro lado, o esquecimento é um poder “activo”, ou seja, que é vivo, dinâmico; que está pronto a funcionar, uma faculdade moderadora, à qual o episódio que acontece na vida, se apresenta à nossa consciência durante o estado da digestão, do mesmo modo que o

multíplice processo da assimilação corporal tão pouco fatiga a consciência. Contudo, de quando em quando fechar as portas e janelas da mente, permanecer indiferente às lutas do mundo, a fim de que aí haja lugar para as funções mais nobres. Sendo assim, é importante manter a ordem física, a tranquilidade, a etiqueta. Donde nenhuma felicidade, serenidade, esperança e gozo presente poderiam existir sem a faculdade do esquecimento.(NIETZSCHE, 1998)

O presente trabalho visa, pois, a analisar o Direito ao Esquecimento, serão abordados aspectos históricos que servem de base à construção do direito ao esquecimento em diversos países, antecipando que a União Europeia é pioneira quanto à universalidade do tema.

O direito ao esquecimento tem gerado significativos debates ao redor do mundo, com o crescente progresso da tecnologia, uma vez, anteriormente o acervo atinente à informação assentava-se em arquivos físicos, com difícil acesso. Hoje, com o desenvolvimento da comunicação tudo se revela.

Atualmente, tudo acontece pela internet, à mídia e os demais meios de comunicação, onde, por apenas um clique o ser humano se conecta ao mundo.

Analisaremos as formas em que o Direito ao Esquecimento, tem se introduzido no ordenamento jurídico, os posicionamentos dos Tribunais, os tipos de exclusão de uma informação e a responsabilidade civil dos provedores de busca e da mídia pelo abalo causado a pessoa.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A humanidade vive permanentemente um processo de evolução, passando por modificações em seus diversos cenários, sejam eles políticos, econômicos ou tecnológicos.

Assim, toda vez que ocorrem mudanças significativas na sociedade, há necessidade de atualizar o ordenamento jurídico para que se garanta a segurança das relações.

Nessa linha lógica, o fato social sempre vem à frente do direito, acontece o fato e o direito vem atrás regulando.

Portanto, a primeira grande mudança na história foi a Revolução Agrícola; a segunda ocorreu com a introdução das máquinas e a criação de um modelo de produção em massa por meio das fábricas, etapa chamada de Revolução Industrial, por fim, após o surgimento dos computadores e a Internet, consolidou-se a terceira Revolução chamada Revolução da Informação.(WOLKMER; LEITE; 2012)

Será sobre a terceira revolução que trataremos no presente. O despertar do direito ao esquecimento em alguns países:

Nos Estados Unidos, no Tribunal da Califórnia, em grau de recurso de apelação, discutiu-se sobre a situação de uma ex-prostituta acusada de homicídio, e que após algum tempo veio constituir família, abandonando a vida que levava, se teria direito ao esquecimento em relação ao seu passado. O reconhecimento foi pleiteado em juízo pelo marido, tendo em vista, que um filme estava para ser publicado retratando sua história. O filme foi impedido de ser divulgado. (MORETTI, 2014)

Importante ressaltar que na América o direito ao esquecimento foi denominado entre os norte-americanos de *the right to be le talone* (direito de ser deixado em paz) e, em países de língua espanhola, é alcunhado de *derecho al olvido* (direito de ser esquecido). (GONDIM, 2016)

Na Alemanha, outro conhecido caso que tratou do tema Direito ao Esquecimento foi o *Lebach*, no ano de 1969, o caso de assassinato de soldados nazistas em que os réus do processo, invocaram junto ao Tribunal Constitucional Alemão, o direito de esquecimento, o qual deferiu o requerimento proibindo a emissora de expor fotos e o nome do autor da ação, uma vez, já terem cumprido a pena. (MORETTI, 2014)

A Sociedade Suíça de Rádio e Televisão em 1983, estava com a intenção de fazer um documentário sobre um assassino sentenciado à morte em 1939. Um de seus descendentes moveu ação arguindo que a divulgação de tal informação afetaria sua esfera privada por via oblíqua. O Tribunal Federal Suíço, em que pese reconhecer que não há direito absoluto ao esquecimento que possa impedir a pesquisa histórica e científica, decidiu que o esquecimento naturalmente poderia ser reduzido ou eliminado pelas mídias eletrônicas. Como resultado, foi autorizada a produção do documentário. (LIMA, 2013)

A União Europeia é pioneira e vanguardista em relação ao tema, no dia 13 de maio de 2014 houve uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual determinou que os usuários das ferramentas de busca pela internet (ao exemplo do Google) poderiam exigir que suas informações pessoais, que são processadas e armazenadas pelos servidores, que fossem apagadas, na medida em que os dados se tornarem inadequados, excessivos ou já não forem pertinentes, considerando claro o interesse público. No mesmo ano do julgamento, o Google recebeu 425.872 solicitações de remoção de conteúdo. (MORETTI, 2014)

Anota-se que, em termos históricos e mais remotos, o Direito ao Esquecimento tem suas raízes fincadas na França (“le droit a l’ oubli”), onde, tradicionalmente, já restava assegurado ao condenado criminalmente o direito de objeção à publicação de informações e de fatos uma vez que a sentença condenatória tivesse sido integralmente cumprida. (MALDONADO,2017)

Nesse contexto, há muitos anos e em diversos países se argumentam o direito de ser esquecido, assim, a problemática resultante da vinculação dos fatos da vida privada e à seara pública, fatos estes verídicos ou não, mas que, de algum modo, acarrete sofrimentos ou transtornos às pessoas.

Após o tema ser aplicado nos Estados Unidos, na Europa e em diversos países, conforme exposto, ganhou repercussão após 50 anos no Brasil, especificamente em 2013, contando com algumas manifestações. (MALDONADO,2017)

Entrando em pauta jurisdicional na edição do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF), o texto uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil.

Meses depois 4º Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu em dois julgados, afirmando que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento, no entanto, o Caso Aída Curi Recurso Especial 1.335.153-RJ, o direito ao esquecimento foi afastado em razão da notoriedade do fato, já na Chacina da Candelária o Recurso Especial 1.334.097-RJ, foi julgado procedente com condenação de R\$50.000,00, ambos foram o Relator. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013. (MALDONADO, 2017)

O Direito ao Esquecimento se encontra preste a ser também julgado no Supremo Tribunal Federal, inclusive as últimas informações obtidas pelo site do consultor jurídico, é que o STF abriu inscrições aos interessados em expor teses sobre o tema, em audiência marcada para o dia 12 de junho de 2017. Segundo o edital, poderão participar entes estatais, entidades da sociedade civil, empresas provedoras de buscas e de serviços da internet e associações de emissoras de rádio e televisão, de jornalismo e de imprensa. Ademais, duas entidades pediram para ingressar como *Amicus Curiae*, “Amigo da Corte”. (CONSULTOR JURÍDICO, 2017)

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento consiste na vontade que o indivíduo possui de não ser lembrado contra a própria vontade, no tocante a fatos ou eventos trágicos, que de alguma forma lhe acarretaram algum tipo de abuso ou ofensa.

Em tese, o Direito ao Esquecimento, assim entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo.

Grande parte da conceituação assimilada por sistemas jurídicos, decorreu do desenvolvimento da disciplina no seio da União Europeia, que se vislumbrou, desde logo, a necessidade de harmonização regulamentar quanto a diversos aspectos legais, dentre eles os que se referem à questão da privacidade de dados, notadamente porque, o ambiente eletrônico não é delimitado por fronteiras físicas ou jurisdicionais. (MALDONADO, 2017)

Não foi por outra razão, portanto, que, pouco tempo após a constituição efetiva da comunidade europeia, foi aprovada a Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho.

Fundada em setenta e dois *consideranda*, a extensa Diretiva alinha, ao longo de trinta e quatro artigos, substancial rol de direitos no que tange aos dados pessoais, dedicando-se, outrossim, a abordar, de forma minuciosa, a questão atinente à sua guarda e à responsabilidade por sua propagação.

Essa proposta, calcada nos novos desafios e modelos concernentes à proteção de dados pessoais, destinou-se entre outros aspectos, a elucidar o que a Comissão denominou de “*THE RIGHT TO BE FORGOTTEN*” – “*o direito de ser esquecido*”. (MALDONADO, 2017)

A Diretiva definiu o Direito ao Esquecimento como aquele assegurado aos indivíduos de não mais terem seus dados pessoais processados, notadamente quando não subsistentes os seus legítimos propósitos.

Esse direito, portanto, garantia a possibilidade de que, com base em mero pedido do interessado, pudessem ser removidos dados pessoais, aqui incluídas as mídias e os escritos lançados nas plataformas ou redes sociais, na medida em que o texto não restringiu ou especificou a natureza ou a modalidade da informação.

Em março de 2011 a União Europeia confirmou e consolidou o Direito ao Esquecimento. (MALDONADO 2017)

Com tais palavras, garantiu-se o direito à exclusão de dados a todos os cidadãos, invertendo o ônus da prova em desfavor dos gerenciadores da informação, de modo que a estes passariam a incumbência de comprovar a necessidade de manutenção das específicas informações.

E, em 27 de abril de 2016, após mais de quatro anos de conturbadas negociações, foi aprovada nova norma no âmbito da União Europeia (Regulação 679/2016, a entrar em vigor após dois anos, precisamente em 25 de maio de 2018).

Após a efetiva vigência da lei em questão, a qual aborda e regulamenta de forma expressa o reconhecimento do Direito ao Esquecimento, a questão estará definitivamente consolidada no âmbito daquela Comunidade, com caráter cogente.

Na França, em termos históricos e mais remotos, o direito ao esquecimento se manifestou, assegurando ao condenado criminalmente o direito de objeção à publicação de informações e de fatos uma vez que a sentença condenatória tivesse sido integralmente cumprida. (MALDONADO,2017)

Na Espanha, o cidadão Espanhol Mario Costeja González, requereu junto ao jornal local e ao Google Spain o apagamento de informações sobre um antigo débito para com a Seguridade Social que constava nos bancos de dados de buscas, o Tribunal reconheceu expressamente o direito de o interessado solicitar a eliminação de informações, afirmando-se, com essa decisão, o Direito ao Esquecimento. Na decisão foi aplicada a Diretiva Europeia 95/46/EC. (MALDONADO,2017)

No que se trata ao Estados Unidos, o país é vanguardista no campo das liberdades individuais, há franca e generalizada resistência quanto à possibilidade de apagamentos de dados na internet. (MALDONADO,2017)

Já no Brasil, não há norma expressa acerca dessa temática como ocorreu na União Europeia, portanto, aqui não se assentam em direito positivado, mas, sim, tão somente, na compreensão que é extraída dos debates acadêmicos e de decisões judiciais.

Quando se fala em direito ao esquecimento é importante citar o jurista e filósofo francês OST (2005, p.160) que escreveu:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

Nesse prisma, a primeira concepção aborda o apagamento das informações quando estas deixam de ter relevo e se tornam antigas, irrelevantes e desnecessárias. No segundo momento, pode-se dizer que, na ocorrência de disponibilização de conteúdos por si próprio ou por terceiros, o direito de recomeçar, no campo da proteção dos direitos da personalidade e a terceira afirmativa, no entendimento de que às pessoas estariam garantindo o direito de esculpirem suas próprias vidas, sob a regência do princípio da dignidade humana.

Desta forma, o direito à liberdade do homem de escrever sua própria história empunhando a caneta do princípio da dignidade humana que lhe é reconhecido. Por evidente, é assegurado as pessoas interessadas buscar solucionar suas questões diretamente aos provedores de busca, de igual forma, acionar a justiça para tais fins quando não obtenham êxito na solicitação administrativamente formulada. (MALDONADO, 2017)

No que se tratar a situação dos reabilitados criminalmente sob o enfoque legal, no Brasil o art. 93 do Código Penal é claro ao estabelecer o instituto da reabilitação, tendo em vista o princípio da dignidade humana, entende-se o patamar que aquele que cumpriu sua pena, já nada mais deve à sociedade, assim tendo, como o intuito da ressocialização. Importante frisar, que a lei não faz distinção de qual espécie de delito, não vislumbrando exceções. Ditando referida disposição legal:

Artigos 93 a 95 do código penal, *in verbis*:

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.
Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Já o artigo 94 do código Penal vem para regular a forma de concessão desse benefício, trazendo os requisitos necessários para tanto.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

A esse respeito escreve GRECO (1974, p. 720), ser muito mais vantajosa a aplicação do instituto mencionado, do que esperar a sentença de reabilitação criminal:

Assim, muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202 da lei de execução penal após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso de dois anos do dia em que foi extinta a pena, ou terminar a sua execução para solicitar a reabilitação. Verifica-se, portanto, que a orientação contida no caput do art. 93 do código penal cairá no vazio, pois que o art. 202 da lei de execução penal regula a mesma hipótese, só que de forma mais benéfica e menos burocrática para o condenado.

O tema torna-se ainda mais complexo, quando diz respeito a publicação voluntariamente postadas e após haver eventual arrependimento. Porém, aquele que lança determinado conteúdo referente a si próprio, notadamente mídias, manteria a condição de titularidade com relação ele. (MALDONADO, 2017)

Caso, aquele que lançou a informação seja incapaz, quer-nos parecer que possível arrependimento, diante da potencial nocividade do conteúdo, enseja, com maior condescendência, o deferimento de pedido de remoção. (MALDONADO, 2017)

Em via administrativa o próprio menor poderá solicitar o pedido de remoção, porém, caso tenha que acionar a justiça, essa será feita por representação por seus representantes legais para a formulação do pedido e caberá ao juiz da infância e da juventude o critério de avaliar a possível nocividade.

Em desacordo o direito ao esquecimento, o Sr. Larry Page, disse ao *Financial Times* que medidas como o Direito ao Esquecimento, freiam as inovações, e caso a internet seja tão regulamentada deixará de existir avanços. (CANO, 2014)

Neste mesmo entendimento, a advogada colombiana Catalina Botero, ex-relatora especial para liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da OEA (Organização dos Estados Americanos), disse: “O Direito ao esquecimento “ não existe” e é usado para censura e “enquanto de um lado da balança está um direito que ninguém sabe onde termina, em que consiste, do outro estão direitos consistentes, que são essenciais numa democracia, como a informação e o conhecimento”. (SÁ, 2016)

Esses conflitos ocorrem porque, por mais que se buscam uma conceituação teórica do Direito ao Esquecimento, é necessário para análise, a compreensão dos valores que se encontram em conflito e cujo embate somente poderá ser dirimido pela via da ponderação jurídica.

3.1. Enunciado 531 do CNJ

Em março de 2013, foi aprovado, no Brasil, o Enunciado 531 do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF), nos seguintes termos:

Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais.

Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. **Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.** (Grifo nosso)

Apesar de tais enunciados não terem força cogente, trata-se de uma importante fonte de pesquisa e argumentação utilizada pelos profissionais do Direito.

Portanto, o enunciado não é uma norma a ser obrigatoriamente seguida, mas tende a influenciar decisões judiciais, servindo de orientação para interpretação do Código Civil, aliás, o Código Civil Brasileiro, em vigor desde 2002, não faz menção direta ao direito ao esquecimento, mas assegura que a vida privada é inviolável.

No enunciado, os doutrinadores apontaram que o direito ao esquecimento não visa a garantir a ninguém a prerrogativa de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas por outro lado, ajudará a definir as decisões judiciais acerca do art 11., do código civil, que regulamenta que direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como do art.5º da Constituição Federal, como o direito inerente à pessoa e à sua dignidade, entre eles a vida, a honra, a imagem, o nome e a intimidade. (KHOURI, 2010)

3.2. Chacina da Candelária e Caso Aída Curi

Menos de três meses depois do Enunciado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu dois emblemáticos casos, ambos de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, nos quais foi reconhecido que antiguidade do fato torna preponderante o direito ao esquecimento em confronto com o direito de informação.

O primeiro caso foi promovido contra a Globo Comunicação e Participação S/A, Recurso Especial nº 1.334.097-RJ(2012/0144910-7) e diz respeito à alusão que esta fez, no programa denominado Linha Direta, a pessoa que houvera figurado como suspeita de participação no crime que ficou conhecido como “ Chacina da Candelária”, ocorrido em 1993.

O episódio foi veiculado em 2006, cerca de treze anos depois, e trouxe à tona a referência em questão, com a expressa informação do nome do autor da demanda. Muito embora a emissora de televisão tenha sido leal à verdade, já que esclareceu acerca da absolvição do autor quanto à participação no evento criminoso, entendeu o STJ que, ainda assim, referida invocação ofendia os direitos da personalidade, dentre os quais o da privacidade, sob a aceção de que o revolver dos fatos foi gravoso ao autor.

E, de outra parte, afastou-se, no caso concreto, a preponderância de possível interesse público sobre o direito do autor de ser esquecido.

Nessa demanda, assim, a emissora foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais), em virtude do programa já ter exibido o caso.

No segundo caso Aida Curi, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, na mesma oportunidade, tratou-se de pretensão posta pela família de vítima também em face da Rede Globo, Recurso Especial nº 1.335.153-RJ(2011/0057428-0), por força de matéria televisiva referente a brutal abuso sexual e assassinato ocorrido em 1958.

A emissora, décadas depois do crime em questão, relatou o caso no programa Linha Direta – Justiça, o que teria ensejado dor, sofrimentos e transtornos aos familiares da vítima do homicídio. Os irmãos da vítima invocaram o Direito ao Esquecimento no que tange ao revolvimento de fatos, o qual teve o condão de reavivar a dor do passado atrelada ao homicídio de Aida Curi.

Nessa hipótese, a Corte reconheceu que se tratava de fato histórico e que não houve extrapolação da imprensa quanto à narrativa do fato, o qual, inquestionavelmente, ainda ostenta interesse público.

Como se constata, nessa decisão foi reconhecida a potencial aplicação do Direito ao Esquecimento, a qual, porém, foi afastada em razão da notoriedade do fato e porque o nome da vítima é indissociável do fato relevante.

Ademais, reconheceu o Tribunal que, dada a antiguidade do fato, grande parte da dor ora sentida pelos entes próximos já havia se esvaído, pelo que o desconforto não ensejava reparação.

3.3. Esquecimento, desindexação, apagamento

Como já se colocou anteriormente, a pretensão de impedir que o passado seja invocado tem particularidades quando se aborda o direito ao esquecimento digital, o que se

deve principalmente pelo modo de se pesquisar sobre ele. Não é preciso deslocar-se fisicamente para uma biblioteca, bem como, não se depende de uma redifusão, uma retrospectiva, um programa especial de rádio ou televisão, um filme inspirado em fatos reais, por exemplo. As notícias de jornais digitais, vídeos, comentários, postagens de blogs, em geral, podem estar disponíveis na internet e os motores de busca facilitam sobremaneira a pesquisa pelo assunto de interesse. É preciso, então, estabelecer alguns conceitos e distinções. (PINHEIRO, 2016)

O direito ao esquecimento, consoante delimitação já apresentada, é o direito de não ver lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (porém, com acesso facilitado por estar disponível na internet), um fato do passado, em função de sua perturbação à vida presente da (s) pessoa (s) afetada (s) pela comunicação ainda que reputado como verdadeiro e publicitados, à época, de forma lícita.

No ambiente virtual, o direito à desindexação e o direito ao apagamento são estratégias indicadas para se tentar garantir o direito ao esquecimento. (PINHEIRO, 2016)

O direito à desindexação corresponde à supressão da indicação de links do resultado da pesquisa do provedor de busca. É, portanto, dirigido contra os motores de pesquisa, que, conforme é sabido, não são os autores das informações e quando, porventura, são responsabilizados, na verdade, isto se dá em decorrência de comunicação ilícita (ou ao menos deveria estar estrita a esta hipótese) de um terceiro. A informação não é apagada, excluída da internet, apenas deixa de ser apontada na pesquisa realizada. A desindexação não implica a aplicação de filtros genéricos pelo provedor de busca, que possivelmente restringirão mais do que o desejado inicialmente, como no caso de pessoas homônimas, demandando a identificação específica do material. (MALDONADO, 2017)

Não é possível falar em desindexação sem fazer referência ao caso Xuxa contra a empresa Google Search (REspn.1.316.921/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

A atriz, conhecida como Xuxa Meneguel, atuou no filme *Amor, estranho amor*, lançado em 1982. No enredo, sua personagem mantém relações sexuais com um ator mirim que, à época das filmagens, tinha 12 anos de idade.

O filme foi regularmente lançado nas salas de cinema, sendo certo que, aos depois, e sob a alegação de que, no contrato, não havia previsão para divulgação das imagens por comercialização por meio de vídeo, a apresentadora, em decisão judicial, obteve provimento quanto à pretensão de recolhimento das fitas originais encontráveis em locadoras e em loja de todo o país, o que não foi eficiente em impedir que cerca de quatro mil cópias

fossem vendidas ao público antes de a justiça fazer cessar sua distribuição e comercialização. (MALDONADO, 2017)

Anos depois, em 2010, a apresentadora ingressou com demanda contra a empresa Google, postulando a não exibição de resultados em que seu nome estivesse atrelado a determinados termos, dentre eles “pedofilia”.

O juiz de primeiro grau de jurisdição deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a provedora se abstinhasse de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas Google, quaisquer resultados ou links na hipótese de utilização de específicos critérios combinatórios.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Google, restringindo a liminar apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada.

Ao final, foi dado provimento ao Recurso Especial apresentado pela provedora, ao argumento de que, identificada a URL da página que disponibilizou o conteúdo, não subsistiria razão para demandar contra quem tão somente atuou como facilitador por meio de ferramentas de buscas. (MALDONADO, 2017)

A apresentadora ofertou reclamação ao Supremo Tribunal Federal, qual foi prejudicada. Sendo essa situação processual, remanesce ao Google o direito de manter as buscas sem qualquer intromissão ou desindexação, de sorte que, efetuada a pesquisa, subsistem os retornos com relação aos quais houve os questionamentos. Em exame do quanto decidido até então, observa-se que não houve, propriamente, menção à doutrina do Direito ao esquecimento, havendo a discussão permanecido centrada unicamente na questão atinente à responsabilidade dos provedores.

O direito ao apagamento objetiva excluir/apagar/deletar as informações disponíveis na internet e não apenas impedir que o provedor de pesquisa as indique.

Nesta hipótese, o direito é exercido contra o autor/veiculador da informação, podendo tratar-se de uma eventual responsabilização por conteúdo próprio (o pleito se dirige contra uma matéria jornalística de um site de notícias) ou mesmo por conteúdo de terceiros (quando, por exemplo, intentar -se apagar um comentário de um leitor em um provedor de conteúdo, também em um site de notícias). (MALDONADO, 2017)

A demanda de Wolfgang Werlé e Manfred Lauber contra o Wikipedia é igualmente um importante exemplo a ser examinado sobre o apagamento como mecanismo para o esquecimento. Os irmãos Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados pelo

homicídio, em 1993, do ator Walter Sedlmayr ocorrido em 1990 na cidade de Munique. A investigação e o julgamento receberam grande destaque da mídia alemã e também internacional. Os acusados alegaram inocência durante todo o processo e mesmo após o cumprimento da pena. Em 2008, Werlé, após ter sido liberado da prisão, requereu que o seu nome fosse retirado da wikipédia, tendo a Corte de Hamburgo acolhido seu pleito e os editores alemães suprimiram o nome dos condenados. (MALDONADO,2017)

Desindexação e apagamento são, como visto, mecanismos invocados por aqueles que pretendem impor o esquecimento na internet. (PINHEIRO, 2016)

Destarte, em uma primeira análise pode-se pensar que as chances de se esconder o passado são aumentadas através do direito ao apagamento, afinal, a informação é suprimida da internet. No entanto, a complexidade do mundo digital não confirma esta hipótese. Apagase a informação de um site, no entanto, ela pode ser replicada em muitos outros. Assim, a desindexação acaba sendo a opção primordial para quem pretende alcançar tal intento. E, frise-se, é possível falar de desindexação e apagamento de modo desatrelado ao esquecimento. (PINHEIRO, 2016)

Todavia, de qualquer maneira na aplicação de ambas alternativas, é necessário ter cautela a fim de que não seja violada a liberdade de expressão e seja praticada a censura.

3.4. Responsabilidade Civil

A noção de responsabilidade conecta-se, genericamente, a uma ideia de erro, de censura e de reprovação. Em uma análise jurídica, a atribuição de responsabilidade corresponde a uma resposta estatal, ou seja, a uma sanção que, em um contexto civil, na hipótese de ocorrência de um dano não permitido (ou seja proibido) pelo ordenamento, como regra, corresponderá à imposição de uma obrigação de o reparar.

Nas palavras do emérito professor PEREIRA (2016, p. 421)"O efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação. O responsável pelo fato próprio ou não, é obrigado a restabelecer".

A verificação de culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, atual código civil, nos artigos 927 a 943 e 944 a 954, assim como as disposições sobre os atos ilícitos, no Código Civil, quais são encontradas nos artigos 186 a 188.

A responsabilidade Civil se fortaleceu com a Constituição Federal de 1998, qual trouxe maior importância ao instituto. Desta maneira, podemos observar o dever de indenizar

no artigo 5º, nos incisos V e X, protegendo direitos individuais e coletivos, abraçando as necessidades humanas de forma concreta:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

As garantias protetivas da pessoa humana se baseiam nas hipóteses de indenização, segundo os tipos de violação acarretados aos institutos da personalidade humana. Cada vez mais, de forma efetiva, percebe-se que as situações ensejadoras da responsabilidade civil, tais como a culpa, razões da conduta, dano material ou moral e nexos de causalidade entre a conduta e resultado enfraquecem-se diante de novas perspectivas dos dias atuais, não conseguindo a tutela de maneira eficaz.

Seguindo ainda a mesma linha de pensamento, SILVA (2007) expressa a perfeita simbiose entre a Responsabilidade Civil e Constituição Federal de 1988, conforme se dispõe no seguinte trecho:

O art. 3º, inciso I, da Constituição vigente, apresenta o solidarismo como um dos pilares da República Federativa do Brasil, enquanto no art. 1º, os incisos III e IV afirmam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da {
HYPERLINK "<https://jus.com.br/tudo/livre-iniciativa>" } como fundamentos do Estado Democrático de Direito, respaldando a nova concepção do instituto da responsabilidade civil, que não mais se coaduna com o individualismo típico do Estado Liberal, mas como um sistema solidarista de reparação de danos.

Responsabilidade civil, portanto, de maneira sintética, é a obrigação de reparar danos provocados em desacordo com o ordenamento jurídico e por ele não autorizados. E o objetivo é a restauração dos equilíbrios social, econômico e jurídico rompidos pelo prejuízo.

Portanto, essa afirmação, aparentemente singela, na verdade, gera profundas e complexas reflexões, a começar pela própria terminologia “responsabilidade civil”, tendo em vista a concomitante existência de responsabilidade pautada na noção de culpa, denominada responsabilidade civil subjetiva, o que se liga sem maiores dificuldades com a ideia de responsabilidade, mas também com uma espécie de obrigação reparatória em que não caberá investigar qualquer vestígio de culpa, que é a responsabilidade civil objetiva .

A palavra responsabilidade deveria ser reservada para a conduta praticada com culpa, pois a ideia de responsabilidade tem uma conotação moral que não pode ser destacada da imputabilidade. (GOMES,1995)

Responsabilidade civil subjetiva é a obrigação de reparar danos não permitidos pelo ordenamento e causados mediante ilícita e, portanto, culposa. O agente não será responsabilizado se não for comprovada que a sua atuação foi ilícita ou se ausentes os demais pressupostos para a atribuição de obrigação indenizatória.

Responsabilidade civil objetiva é a obrigação de reparar danos não permitidos pelo ordenamento e causados independentemente de culpa, ou seja, ainda que decorrentes de uma conduta ou atividade lícita, pois o que fundamenta a responsabilização pelo prejuízo é a noção de risco. Nesta hipótese, os danos provenientes devem ser suportados por aquele que os gerou e não por quem os sofreu, ou seja, o criador do risco é quem deve arcar com as consequências lesivas. Deste modo, a responsabilidade objetiva prescinde da análise da culpa, sendo, pois, suficiente que se observe um nexo de causalidade entre a atividade criadora do risco e o dano, sem que seja necessário investigar se o agente praticou um ato ilícito. O ofensor, acusado de um dano em uma hipótese de responsabilidade objetiva, não poderá alegar ter agido sem culpa e que, portanto, tomou todos os cuidados devidos, consistindo a sua defesa na prova de inexistência de dano indenizável ou de ausência do nexo de causalidade.

O direito de informar deve ser analisado com a proteção dada ao direito de imagem. Para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados:

(i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida. Precedentes citados: REsp 267.529-RJ, DJ de 18/12/2000; REsp 1.219.197-RS, DJe de 17/10/2011; REsp 1.005.278-SE, DJe de 11/11/2010; REsp 569.812-SC, DJ de 1º/8/2005. REsp 794.586-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 15/3/2012. Informativo STJ n. 0493- Período: 12 a 23 de março de 2012.

Qualquer que seja o caminho a ser seguido, não se foge dos princípios tradicionais da responsabilidade: ato culposo, nexo causal e dano. A resposta do Estado-legislador,

portanto, deve ser rápida, muito mais do que as modalidades de reparação de danos por via da informática, a legislação deverá preocupar-se com a prevenção desses danos, que podem atingir repercussões graves. (VENOSA, 2004)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil, apesar do enunciado não ter força cogente, trata-se de uma importante fonte. O entendimento do Enunciado advém de uma interpretação do art. 11 do Código Civil, que trata dos direitos de personalidade.

Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento advém da necessidade da proteção à vida privada, intimidade, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X); ao passo que se choca com o direito à informação.

Para a resolução desta contradição formada pelo direito ao esquecimento, parte-se do princípio de que nenhum destes direitos é absoluto, devendo, na hipótese concreta, ponderar as circunstâncias que, afinal, venham a determinar a prevalência de um ou outro direito.

Não fosse já árdua missão a qualificação de uma determinada informação como de interesse público, ou não, a doutrina do Direito ao Esquecimento traz ainda o elemento complicador, o mero transcurso temporal.

Em se tratando de fatos inverídicos, presentes ou pretéritos, qualquer pessoa estará legalmente legitimada, sem quaisquer outras exigências, a tomar prontas providências relacionadas à exclusão de conteúdo, sem prejuízo, se for o caso, buscar a reparação que entenda pertinente.

Admitida a veracidade da informação como pressuposto inarredável, há de se analisar, para validar o pedido fundado no Direito ao Esquecimento, o parâmetro da insubsistência da qualidade de interesse público quanto a uma determinada informação ao momento presente.

Nesse sentido, para os fins da doutrina do Direito ao Esquecimento, tem-se que é justamente a contemporaneidade da informação que justificaria o interesse público, haja vista que, com o passar do tempo, aquele é capaz de dissipar até seu completo desaparecimento.

Por fim, o mister não esgota o assunto, principalmente pela complexidade do tema e do inicial estágio de amadurecimento em que se encontra.

5. REFERÊNCIAS

ADPF - **Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 130**, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.04.3009, Plenário, DJE de 06.11.2009

CANO, Rosa Jiménez. **O google começa a aplicar o “direito ao esquecimento”**. Publicado em: 03 Jul 2014. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://brasil.elpais.com/brasil/2014/07/03/tecnologia/1404405567_813834.html" }>. Acesso em: 01/04/2017

CONSULTOR JURÍDICO, Revista.1 de maio de 2017, 8h47. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://www.conjur.com.br/2017-mai-31/inscricoes-debate-direito-esquecimento-sexta" }> Acesso em: 06/06/2017.

ECO, Humberto. **“6 ideias memoráveis do escritor Umberto Eco sobre redes sociais e tecnologia”**. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/02/5-frases-memoraveis-do-escritor-umberto-eco-sobre-redes-sociais-e-tecnologia.html" }>. Acesso em: 10/03/2017.

GONDIM, Andréa NayaneGuanaisAguair. **Direito ao esquecimento versus liberdade direito de informação: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação**.2016. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento-versus-liberdade-direito-de-informacao-a-tutela-de-um-direito-constitucional-da-person,56857.html" }>. Acesso em:02/04/2017.

GRECCO, 1974 apud LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KHOURI, Paulo R. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da vi jornada de direito civil**.Revista de Direito do Consumidor, v.89, p. 463 set. 2010.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento. Discussão Europeia e sua repercussão no Brasil**.2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10/04/2017.

MALDONADO, Viviane Nóbrega, **Direito ao esquecimento**. São Paulo, 1º Ed., Novo Século, 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da Moral**. 1998. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://www.citador.pt/textos/a-vantagem-do-esquecimento-friedrich-wilhelm-nietzsche" }>. Acesso em: 03/04/2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I, Saraiva, 2016.
- PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. 2016. Disponível em: <{ HYPERLINK "https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y" }>. Acesso em: 10/05/2017.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) Brasil, STJ. Resp 1.334.097-RJ. Rel. MIN. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10.09.2013. Diário Oficial da União.
- RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011-0057428-0) Brasil, STJ. Resp 1.335.153-RJ. Rel. MIN. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10.09.2013. Diário Oficial da União.
- SÁ, Nelson de. **Direito ao esquecimento ‘não existe’ e é usado para censura, afirma advogada**. Folha de São Paulo. Publicado em: 07/08/2016. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1799831-direito-ao-esquecimento-nao-existe-e-usado-para-censura-afirma-advogada.shtml" }>. Acesso em: 05/05/2017.
- SILVA, José Afonso apud RULLI, Antonio Júnior, RULLI, Antonio Neto **Direito ao esquecimento e superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação**. REVISTA ESMAT, 2016. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57/63>. Acesso em: 04/06/2017
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 2012. Disponível em: <{ HYPERLINK "https://santabrana.files.wordpress.com/2012/06/livro-jas1.doc" }> Acesso: 25/05/2017
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STJ Notícias #20 – **Direito ao esquecimento**. Publicado em: 27/06/2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kWRAd2yasu0>. Acesso em: 04/06/2017
- OLIVEIRA, Juarez Monteiro de Junior. Habeas Corpus 82.424-2 e a construção dos direitos de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. 2009. Disponível em: <{ HYPERLINK "http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2713.pdf" }>. Acesso em: 03/05/2017
- VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa – **Direito civil responsabilidade civil**. V4. 4ªed. São Paulo. Editora Atlas

WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no brasil.** São Paulo, 2º Ed., Saraiva, 2012