



Ulisses Sousa: O STJ e o aprimoramento do direito ao esquecimento

11/05/2018

Na quarta-feira (9/5), a **ConJur** [noticiou](#) o julgamento do Recurso Especial 1.660.168 – RJ, no qual prevaleceu o voto do ministro Marco Aurélio Bellizze reconhecendo o direito de uma cidadã a obter provimento judicial que obrigasse os provedores de busca na internet a instalar filtros para que determinado conteúdo não fosse apontado nas pesquisas relacionadas ao nome dessa pessoa.

O direito ao esquecimento teria origem na ideia de privacidade. Contudo, com o surgimento das novas tecnologias, teria se desenvolvido como um direito de personalidade autônomo, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º III da CF/1988. Visa proteger a privacidade do indivíduo, impedindo que sejam eternamente armazenados fatos e informações a seu respeito.

A noção de privacidade não é uniforme no tempo. O surgimento de novas concepções de sociedade certamente interfere na definição desse direito. Não se pode buscar, em paradigmas de um passado distante, soluções para controvérsias geradas na sociedade contemporânea, onde Bauman sustenta a existência de um rompimento da divisão sacrossanta anteriormente existente entre a esfera pública e a privada[1].

Os novos meios de coleta, pesquisa e armazenamento de dados fizeram com que se invertesse a lógica do passado. Antes, o esquecimento era a regra, e as recordações eram a exceção. No passado, esquecer era fácil, e lembrar era difícil. A sociedade de informação inverteu essa regra.

Se não bastasse a facilidade de acesso à informação propiciada pela internet, assiste-se ainda a mudança de posição das barreiras de tempo e espaço. Hoje os dados são compartilhados mundialmente, em tempo real e, o que é pior, para sempre.

Se no passado a história era escrita por poucos, hoje as informações são geradas “por qualquer ator social, e são catalogadas, relacionadas entre si, disponibilizadas ilimitadamente e, principalmente, armazenadas *ad eternum*, muitas vezes sem a plena noção daqueles às quais dizem respeito”[2].

A existência de um direito ao esquecimento é tema extremamente controvertido. Aqueles que sustentam a tese da inexistência de um direito ao esquecimento argumentam, dentre outras coisas: (i) que implicaria em violação à liberdade de expressão; (ii) que seria uma forma de reescrever — ou apagar — a história; (iii) que sob o argumento de proteção da intimidade estaria sendo realizada uma verdadeira censura a determinadas informações; (iv) que a proteção à privacidade e intimidade deveria ceder quando em confronto com o interesse público de acesso à informação; (v) que nada haveria de ilícito em registrar — e reafirmar — um fato que já era público.



É nítida a tensão existente entre o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão. Tal tensão, que sempre existiu, resta mais intensificada na atualidade, quando se fala na existência dos direitos comunicativos, caracterizados não apenas pela liberdade de todos os cidadãos de expressar ideias e opiniões, mas também na garantia de que tais direitos sejam exercidos livremente[3].

Quando se fala de liberdade de expressão, defende-se que tal direito “assume uma espécie de posição preferencial, quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais”. Contudo, é ressalvado que não se atribui à liberdade de expressão a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem se estabelece uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. E, ainda, que em “eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos — não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações”[4]. As situações de conflito entre os referidos direitos fundamentais devem ser encaradas e solucionadas através da análise das situações concretamente consideradas.

Segundo a Constituição Federal (artigo 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Sob a ótica desse direito devem ser interpretados os demais direitos reconhecidos no país. Os artigos 20 e 21 do Código Civil deixam clara a opção pela proteção à privacidade, sendo que este último dispositivo legal, ao reconhecer que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”, permite que o juiz, a requerimento do interessado, adote as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma.

Como expressões no Brasil do direito ao esquecimento, podem ser citados os seguintes dispositivos legais: (i) o artigo 43 da Lei 8.078/90, que, ao tratar de bancos de dados e cadastros de consumidores, veda, após o prazo de prescrição da ação de cobrança da dívida, o fornecimento de quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso dos consumidores ao crédito junto aos fornecedores; (ii) os artigos 93 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal, que tratam da reabilitação dos condenados, prevendo que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

Em 2012, ao julgar o caso Xuxa Meneghel contra a Google[5], o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os provedores de pesquisa na internet não estariam obrigados a fazer a filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, muito menos “a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido”.

Entendeu o STJ, ao julgar o caso Xuxa[6], que a garantia da liberdade de informação deveria prevalecer sobre a proteção aos direitos da personalidade. E foi adiante, concluindo que, “se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação”.

O julgado acima — relatado pela ministra Nancy Andrighi, cuja posição restou vencida no julgamento do REsp 1.660.168 — merece uma série de críticas. A mais forte decorre de uma correta análise da função dos provedores de pesquisa na internet. Tal tarefa não é feita de forma gratuita, uma vez que gera lucros bilionários para as empresas que se dedicam a essa atividade. Tais serviços, na verdade, são remunerados de forma indireta e rentável, uma vez que o provedor coleta, trata e armazena tais dados visando sua comercialização ou elaborar os perfis dos usuários para utilizá-los em estratégias de marketing de empresas patrocinadoras[7]. Divulgar informações, imagens, vídeos que constroem e humilham é a certeza de sucesso na internet.

É importante destacar que, em caso mais recente, o STJ expressamente admitiu que “a atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos”[8].

No julgamento do Recurso Especial 1.334.097/RJ (caso da chacina da Candelária), reconheceu o STJ que, 13 anos depois, permitir nova reportagem acerca dos fatos, com a indicação do nome e imagem do autor da ação, que fora inocentado no processo penal, significaria uma segunda ofensa à sua dignidade. O acórdão registra que “restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva”[9]. Embora reconhecendo tratar-se de um fato histórico, entendeu o STJ que nada impediria que a história “fosse bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional”, concluindo que essa ponderação de valores seria a melhor solução ao conflito.

No caso acima, o STJ reconheceu que a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas funciona como uma espécie de contenção constitucional à liberdade de imprensa, prevista nos artigos 220, parágrafo 1º, 221 e no parágrafo 3º e 222 da Constituição Federal de 1988.

O registro da ponderação de princípios feita pelas decisões resta evidenciado com a afirmação de que, no conflito (colisão de princípios) entre a liberdade de imprensa — e de expressão — e a dignidade da pessoa humana, o melhor equacionamento deve sempre observar as particularidades do caso concreto. Contudo, a dignidade da pessoa humana seria um fundamento da república brasileira, e sob essa ótica deveriam ser interpretados todos os demais direitos posteriormente reconhecidos. Foi reconhecida a importância de registro histórico dos crimes, mas se afirmou que “a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo — a pretexto da historicidade do fato — pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado”.

No caso Aida Curi (REsp 1.334.097/RJ), o STJ concluiu que o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento “não conduz necessariamente ao dever de indenizar”. Porém, é importante registrar a existência de dois votos vencidos no julgamento referido.

A ministra Maria Isabel Gallotti entendeu que era devida a indenização aos familiares de Aida Curi. Fundamentou seu voto nas seguintes premissas: (i) não se tratava de político ou pessoa famosa, que autorizasse assim a mitigação do direito à intimidade; (ii) que a exibição das imagens teria ocorrido em programa com finalidade comercial, sem qualquer interesse histórico ou investigativo, que seria contrário à lei civil brasileira.

O ministro Marco Buzzi, por sua vez, ao deferir o pedido de indenização formulado pelos familiares de Aida Curi, fundamentou seu voto nas seguintes premissas: (i) que o dever de informar (liberdade de informação) não equivale à autorização para explorar economicamente um fato ocorrido no passado; (ii) que eternizar uma informação desprovida de interesse histórico consistiria em violação ao direito de esquecimento.

O caso Aida Curi encontra-se submetido ao Supremo Tribunal Federal. O tema envolvido no debate foi admitido como sendo de repercussão geral^[10]. A Procuradoria-Geral da República, em parecer, opinou pelo não provimento do recurso extraordinário interposto pelos recorrentes (autores da ação e familiares de Aida Curi). Entendeu o Ministério Público Federal, em síntese: (i) que não existe lei regulando o direito ao esquecimento no Brasil nem haveria direito a indenização pela lembrança de fatos pretéritos; (ii) que existiriam inúmeras variáveis na aplicação do chamado direito ao esquecimento, a exigir a análise individualizada de cada caso. O parecer defende ainda a inconveniência de ser reconhecido o direito ao esquecimento com base em princípios indeterminados, como o da dignidade da pessoa humana.

É fácil concluir que ainda não existe proteção adequada dos dados pessoais no Brasil. Falta ainda se enfrentar — e regular — de forma adequada a conduta dos provedores de pesquisa na internet, assunto que ainda gera controvérsias nos tribunais.

Nesse ponto, o julgamento do REsp 1.660.168 representa um avanço em relação ao debate do chamado direito ao esquecimento. O entendimento agora externado pelo STJ contrasta com a posição anterior (caso Xuxa – REsp 1.316.921/RJ). Certamente é uma evolução no pensamento da corte acerca do assunto.

O voto do ministro Marco Aurélio Bellizze, ao tratar do rompimento de vínculo entre o nome da autora da ação e o resultado de busca apresentado pelos provedores de pesquisa na internet, não apenas aborda a forma de funcionamento desses mecanismos como também reconhece a essência do direito ao esquecimento: “Não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca”.

A decisão, apreciando a colisão entre os direitos fundamentais em confronto, constrói uma adequada “via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual” à proteção da privacidade da autora da ação. Reconhece a possibilidade de, através de tutela inibitória, se obrigar os provedores de busca na internet a desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo.

Em relação ao tema, é importante anotar que Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, que será aplicado obrigatoriamente, de forma uniforme, em todo o espaço comunitário europeu

a partir de 25 de maio, prevê expressamente o direito ao esquecimento. O referido regulamento reconhece que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. Garante o direito a ser esquecido, assegurando (artigo 17) que “o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada”, quando presentes um dos motivos indicados no referido dispositivo [11].

Os avanços ocorridos no tratamento do tema na Europa revelam que os motores de busca da internet não devem ser imunes a qualquer controle. Não se trata de reescrever a história. Busca-se apenas evitar que tais ferramentas tecnológicas sejam utilizadas como instrumento para violação do direito à privacidade dos indivíduos.

Com o julgamento do Recurso Especial 1.660.168, o Superior Tribunal de Justiça dá uma grande contribuição no aprimoramento do reconhecimento ao direito ao esquecimento no Brasil.

[1] BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 108.

[2] CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha. OLIVA, Afonso Carvalho e outros. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (RE sp 1.316.921). O direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito das Comunicações*. vol. 7/2014. P. 335 - 355. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-Jun/2014.

[3] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. *Revista dos Tribunais*. Vol. 960/2015. P. 249 - 267. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Out/2015.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais em espécie”. In SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 446/456-457-458/460-461).

[5] STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012. Disponível em www.stj.jus.br

[6] STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012. Disponível em www.stj.jus.br.

[7] SILVESTRE. Gilberto Fachetti. BENEVIDES. Nauani Schades. O Papel do Google na Eficácia do Direito ao Esquecimento – Análise Comparativa Entre Brasil e Europa. *Revista de Direito Privado*. vol. 70/2016. P. 99 - 122. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Out/ 2016.

[8] STJ, REsp 1.679.465/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018. Disponível em www.stj.jus.br.

[9] STJ, REsp 1.334.097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/5/2013, DJe 10/9/2013. Disponível em www.stj.jus.br.

[10] Tema 786 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando for invocado pela própria vítima ou por seus familiares.

[11] Disponível em

http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.POR&toc=OJ:L.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-mai-11/ulisses-sousa-stj-aprimoramento-direito-esquecimento/>