

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DO CASO XUXA MENEGHEL VS. GOOGLE SEARCH SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Patrícia Mylla do Nascimento Santana¹

Wladimir Correa e Silva²

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O objeto deste artigo reflete sobre o direito ao esquecimento. Tem por objetivo analisar o caso *Xuxa Meneghel vs. Google Search* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.316.921) e mantido pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que tais decisões desconsideraram o direito ao esquecimento à luz dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade. Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental e a sucessão de cinco etapas. Na primeira, tem-se a introdução para iniciar o entendimento do texto, oferecendo uma visão geral da pesquisa realizada. Na segunda, são descritas as decisões dos referidos julgados, ressaltando as mais relevantes razões fáticas e jurídicas. Na terceira, examina-se se o direito ao esquecimento pode decorrer dos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana. Na quarta, analisa-se a possibilidade jurídica do reconhecimento do direito ao esquecimento sob a perspectiva dos direitos da personalidade. Na última etapa, conclui-se sobre a postura contraditória do STJ e STF no aludido julgamento, pois o direito ao esquecimento decorre da dignidade da pessoa humana e é categorizado como bem da personalidade e, portanto, como direito da personalidade, pois incluído na releitura da privacidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Direito ao Esquecimento. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The object of this article reflects on the right to oblivion. Aims to examine the case *Xuxa Meneghel vs. Google Search* judged by the Superior Court of Justice (REsp 1.316.921) and maintained by the Supreme Court, showing that such decisions disregarded the right to forget the light of fundamental rights, human dignity and rights of personality. The deductive method, topic-argumentative, supported by bibliographic and documentary survey and a series of five steps were adopted. At first, there is the input to start the understanding of the text, providing an overview of the survey. On Monday, they describe the decisions of the courts said, highlighting the most relevant factual and legal reasons. In the third, it examines whether the right to be forgotten may result from the fundamental rights based on human dignity. On Wednesday, it analyzes the legal possibility of recognizing the right to oblivion from the perspective of personal rights. In the last step, it is concluded on the contradictory stance of the Supreme Court and Superior Court in the aforementioned judgment, for the right to be forgotten stems from the dignity of the human person and is categorized as good of personality and therefore as a right of personality, as included in the retelling privacy.

KEYWORDS

Fundamental Right. Dignity of Human Person. Rights of Personality. Right to Oblivion. Superior Justice Tribunal.

1 INTRODUÇÃO

É indiscutível reconhecer a grande transformação da sociedade desde o início da Revolução Industrial do século XX, a transição para a sociedade informatizada e tecnológica. Somada à maior participação dos indivíduos na luta dos seus direitos; essas transformações fomentaram e fortaleceram a necessidade de revisão e adequação dos institutos tradicionais do direito, sobretudo, os direitos da personalidade. Nesse cenário, direitos como a imagem e a vida privada passaram a exigir um sistema de proteção mais contundente quando relacionados à informação, enfatizando, assim, o surgimento de novos direitos aliados aos direitos da personalidade.

Com efeito, evidencia-se que com o avanço tecnológico e virtualização das relações, os meios de produção de informação são responsáveis por transformar a sociedade atual em sociedade da "lembrança perpétua". Tais relações sejam elas políticas, jurídicas e/ou afetivas são realizadas, inevitavelmente, com a utilização de informações e dados pessoais.

No atual contexto social, pode-se traçar uma virtude e um desgosto no uso de informações e dados pessoais. A livre propagação e replicação de informações representam um obstáculo para os direitos da personalidade quando os conteúdos passam a ser replicados sem controle, trazendo os perigos do "superinformacionismo" e da

exposição descomedida, capazes de atingirem alguns dos bens da personalidade. E é aqui que se inclui o estudo do denominado “direito ao esquecimento”.

A importância desse novo direito foi ressaltada em 2013, com a aprovação, pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), do enunciado de nº 531, na VI Jornada de Direito Civil, o qual reconheceu a possibilidade de proteção do direito ao esquecimento ao propor que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O direito ao esquecimento consiste na faculdade que o indivíduo tem de afastar ou proibir que um acontecimento ocorrido no passado, apesar de ser verdadeiro, seja exposto de forma ilimitada, ampla e geral, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado. Em contrapartida, argumenta-se que o controle sobre essas informações seria uma maneira de se deletar registros históricos de interesse público, o que promoveria uma censura camuflada, resultando uma afronta à liberdade de expressão.

Essa problematização foi abordada por meio da Ação movida pela apresentadora Xuxa Meneghel em face da empresa *Google Search*, em outubro de 2010, cujo objetivo seria retirar da indexação do sistema do *Google Search* resultados que ligassem à prática de pedofilia quando filtrasse resultados de busca pelo nome da autora. Contudo, conforme será demonstrado, embora tendo a chance de se aplicar o instituto do direito ao esquecimento, demonstrando estar na vanguarda de proteção dos dados pessoais e intimidade, o STJ adotou caminho diverso, sendo este entendimento mantido pelo STF.

O objetivo do estudo se cinge em investigar a possibilidade jurídica do direito ao esquecimento, tendo como foco o estudo do caso *Xuxa Meneghel vs. Google Search* (REsp. 1.316.921) julgado pelo STJ e mantido pelo STF.

O texto buscará orientação teórica para estabelecer um diálogo com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Paulo Bonavides (2013) e Dirley da Cunha Júnior (2009), a Teoria da Dignidade da Pessoa Humana de Luís Roberto Barroso (2013) e a Teoria dos Direitos da Personalidade de Anderson Schreiber (2013) e Elimar Szaniawski (2005).

Foi utilizado o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental e a sucessão de cinco etapas. Na primeira, tem-se a introdução para iniciar o entendimento do texto, oferecendo uma visão geral da pesquisa realizada. Na segunda, são descritas as decisões dos referidos julgados, ressaltando as mais relevantes razões fáticas e jurídicas. Na terceira, examina-se se o direito ao esquecimento pode decorrer dos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana.

Já, na quarta, analisa-se a possibilidade jurídica do reconhecimento do direito ao esquecimento sob a perspectiva dos direitos da personalidade. Na última etapa, conclui-se sobre a postura contraditória do STJ e STF no aludido julgamento, pois o direito ao esquecimento decorre da dignidade da pessoa humana e é categorizado como bem da personalidade e, portanto, como direito da personalidade, pois incluído na releitura da privacidade.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO (RESP. 1.316.921)

Na origem do REsp. 1.316.921 (Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgamento em 26.06.2012, DJE de 29.06.2012), a Autora propôs Ação Ordinária inominada, com pedido de tutela antecipada, em face da empresa *Google* Brasil Internet Ltda, com o objetivo de ver retirados do sistema *Google Search* resultados de buscas realizadas, envolvendo o nome da Autora ligados aos termos “pedofilia” ou “pedófila” ou a divulgação em conjunto com a de qualquer outra prática criminosa, baseado nos seguintes fatos:

(i) Xuxa Meneghel em 1982 participou do filme denominado “Amor, estranho amor”, onde protagonizava uma cena de sexo com um menor de 12 anos; (ii) tempos depois a Autora alcançou sucesso nacional, passando a ser reconhecida como apresentadora de programas infantis; (iii) com o intuito de deletar a impressão contraditória que poderia repercutir entre sua condição de ídolo infantil e o polêmico filme, Xuxa procurou, ao longo de vários anos, inibir a reprodução e circulação do filme; (iv) e, diante disso, viu seu nome ser constantemente aliado à prática de pedofilia, prejudicando a sua imagem, firmada por meio de diversos programas e ações sociais infantis.

Insta destacar que o Recurso Especial ora em análise foi oriundo de decisão interlocutória onde o Juiz de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a empresa se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas GOOGLE, quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer outra grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário (fls 71/72, e-STJ).

A referida decisão foi impugnada pela *Google* via Agravo de Instrumento. Em sede de Agravo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro lhe deu parcial provimento, restringindo a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”, ainda assim sem “exclusão dos *links* na apresentação dos resultados de pesquisas” (fls 310/316, e-STJ).

Nesse sentido, as partes interpueram Embargos de Declaração que foram rejeitados pelo TJ/RJ. Ainda, a *Google* interpôs Recurso Especial, alegando violação dos artigos 461, § 4º e § 6º do Código de Processo Civil/73 (tratando-se sobre a modificação do valor da multa e excesso), mais o artigo 248 do Código Civil (a respeito da prestação impossível), bem como dissídio jurisprudencial.

A Terceira Turma do STJ proveu, por unanimidade, o pedido recursal da Requerida. As razões fáticas e jurídicas mais relevantes que influenciaram a decisão e que tem ligação com o núcleo o objeto de estudo, podem ser assim resumidas:

Admitiu o STJ que para o serviço sob comento não se poderiam aplicar as mesmas razões das decisões que envolvem provedores de conteúdo, não havendo por parte do provedor de pesquisa qualquer ingerência no conteúdo de *links* e, dessa forma, não se considerando produto defeituoso (art. 14, do CDC). Não podendo delegar ao provedor de pesquisa a discricionariedade acerca da retirada ou não de páginas de

seus resultados, tendo em vista a subjetividade envolvida na classificação de conteúdos como ofensivos ou não à personalidade de outrem.

Não se pode aceitar, reconhecendo a internet como meio de circulação de massa, de modo a garantir a liberdade de informação trazida pelo artigo 220, §1º, da Constituição Federal, que os provedores de pesquisa eliminem dos seus resultados de termos ou expressão, sob o risco de restringir o direito coletivo à informação.

A Relatora Ministra Nancy Andrigh apreciou que não se mostra aceitável a exigência de que a pesquisa exclua a reprodução de imagens encontradas no resultado de busca, pois seria tecnicamente impossível identificar quais imagens teriam conteúdo ofensivo ou ilícito, sendo que essa retirada indiscriminada de todas as imagens implicaria na violação do Direito Constitucional à Informação.

Ainda, no tocante aos termos “pedófila” ou “pedofilia”, a Ministra argumenta que a proibição de que o serviço de busca aponte tais resultados impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. E que, inclusive, a vedação restringiria a difusão da entrevista concedida na época, pela Autora Xuxa, que abordava a questão da pedofilia que serve de alerta para toda a sociedade. E, curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do julgamento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) conclui, por fim, que não assiste razão à Autora demandar judicialmente contra provedor de pesquisa, vez que este somente realizaria a facilitação do acesso ao conteúdo.

No Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro Celso de Mello, embora sem adentrar ao mérito do debate, negou seguimento à Reclamação 15955 ajuizada por Xuxa Meneghel, com o intuito de restabelecer decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que restringiu a exibição de suas imagens nas pesquisas do *Google*. O ministro, por sua vez, afastou a alegação dos advogados da apresentadora de que o acórdão do STJ, que cassou a liminar que impunha restrição, teria violado a Súmula Vinculante 10, do STF. Impende registrar que o STF analisou apenas processualmente a questão.

3 UMA ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É incontestável afirmar que o nível de democracia de um país se mede, principalmente, pela importância que este debruça sobre os direitos fundamentais. A democracia está estreitamente ligada com a proteção e reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais possuem um papel determinante na sociedade, porque por meio deles é possível avaliar a autenticação de todos os poderes políticos, sociais e individuais (JÚNIOR, 2009).

É debatido na doutrina o conceito de Direitos Fundamentais. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 538) os conceitua como sendo “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas” (Itálico original).

Sem destoar desse sentido, José Afonso da Silva (2014) assevera que os direitos fundamentais também são prerrogativas que garantem uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas e, além disso, trata-se de uma situação jurídica sem a qual a pessoa humana não se realiza e são fundamentais no sentido de não apenas serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas também em serem concretamente efetivados.

Não sem razão Bonavides (2013) admite que os direitos fundamentais correspondem a uma concepção de direitos absolutos que somente se relativizam em casos excepcionais “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais” e, ainda, tais direitos se vinculam necessariamente à liberdade e à dignidade da pessoa humana, conduzindo ao conceito de universalidade inerente desses direitos fundamentais como ideal da pessoa humana.

Os direitos fundamentais derivam da criação do Estado Constitucional, no final do século XVIII, consequência pelo reconhecimento das primeiras normas constitucionais. É forçoso registrar que eles são derivados da própria evolução da humanidade, desde a antiguidade, a contar da concepção dos direitos inerentes do homem em razão de sua condição humana. Acompanha todo um processo histórico: lutas sociais, regimes políticos, progresso da ciência, da técnica e da economia. Com efeito, tais direitos sempre estiveram apoiados na intenção constitucionalista de limitar o poder, vez que sempre foi de a essência do homem usufruir dos seus próprios bens, ser livre, sem a interferência estatal, sendo os direitos fundamentais, portanto, direitos inerentes, preexistentes, cabendo ao ordenamento jurídico confirmá-los (CUNHA JÚNIOR, 2009).

Para esses direitos serem reconhecidos, efetivados e concretizados, é necessário que recebam um amparo jurídico adequado. Nesse sentido, é imperioso constar que a Constituição Federal de 1988 elenca em vários artigos os direitos fundamentais e estes são classificados de maneira muito própria, muito específica. Os primeiros artigos são os direitos individuais e coletivos (artigo 5º), no segundo momento, os direitos sociais (artigos 6º ao 11); na sequência, o direito à nacionalidade (artigo 12), direitos políticos (artigos 14 a 17), direitos sociais (artigos 6º e 193 e seguintes) e, por fim, direitos solidários (artigos 3º e 225).

Com efeito, esses direitos se transmitiram para a esfera normativa, manifestando-se em quatro dimensões. Os direitos de primeira dimensão, cristalizados no século XVIII, são direitos da liberdade – direitos civis e políticos – cujo titular é o indivíduo, são atributos do homem. Por serem os direitos da liberdade, são oponíveis ao Estado, valorizam primeiro o homem-singular. Ao passo que os direitos da segunda dimensão, dominantes no século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos.

Além de compreender a garantia fundamental da liberdade, tratada na primeira dimensão, os direitos fundamentais da segunda dimensão também representam critérios objetivos de valores, fazendo com que tanto o princípio da igualdade quanto o da liberdade ganhassem um novo sentido, deixando de ser mero direito individual para assumir uma dimensão objetiva de garantia contra as arbitrariedades do Estado (BONAVIDES, 2013). Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes, resultado de novas reivindicações do gênero humano, caracterizam-se pela proteção

do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa; consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade.

Alguns desses direitos fundamentais de terceira dimensão já são reconhecidos pela Constituição Federal, quais sejam: o direito ao desenvolvimento (artigo 3º, II), o direito à autodeterminação dos povos (artigo 4º, III), direito à paz mundial (artigo 4º, VI e VII) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225) (CUNHA JÚNIOR, 2009).

Há, ainda, uma tendência doutrinária em reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2013), essa dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais no sentido de universalizá-los no plano institucional, auferindo, dessa forma, humanização e legitimidade na esfera da normatividade jurídica, sendo a democracia, a informação e ao pluralismo político os direitos de quarta dimensão. Neste contexto, afirma Dirley da Cunha Júnior (2009) que o direito à democracia direta e globalizada é o mais essencial dos direitos fundamentais da quarta dimensão, o qual convergem todos os interesses do sistema para o homem; reconhecendo também como direitos de quarta dimensão o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e os relacionados à biotecnologia.

Uma vez exposta essa tímida introdução a respeito dos direitos fundamentais, necessário agora se faz centrar a atenção no princípio basilar do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: a Dignidade da Pessoa Humana. Ingo Sarlet (2012, p. 30) trata a Dignidade como uma vinculação indissociável entre os direitos fundamentais, constituindo “um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”.

Admite que o conceito satisfatório, bem como o conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana se revelam difíceis de serem obtidos, vez que uma das principais dificuldades está no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diferentemente das demais normas jurídicas fundamentais que se deparam com aspectos mais ou menos específicos da existência humana (vida, propriedade, integridade física, entre outros), cuida de uma qualidade de vida tida como inerente, atribuída a qualquer ser humano, passando a ser constantemente definida como o valor próprio que identifica o homem como tal – definição, todavia, simplória que acaba por não contribuir com uma compreensão satisfatória, bem como o seu âmbito de proteção.

Dessa forma, propõe um conceito que o qualifica como uma concepção multi-dimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa

e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73. Itálico original).

Convém frisar a qualificação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental, na certeza do que traz o artigo 1º, inciso III, da Carta Maior, a qual não contém somente uma declaração de conteúdo moral e ético, mas uma norma jus-positiva dotada de *status* constitucional formal e material. Muito embora o Constituinte tenha elencado a Dignidade no rol dos princípios fundamentais, a qual assume uma dupla dimensão: princípio e regra. Na perspectiva principiológica, a Dignidade corresponde como um mandado de otimização, ordenando, no caso, a proteção da Dignidade da Pessoa que deve ser concretizado na maior medida possível. Ao passo que as regras contêm determinações imperativas de condutas (SARLET, 2012).

Não divergindo desse sentido, Barroso (2013) esclarece que a dignidade humana é um conceito multifacetado, presente na religião, na política, na filosofia e no direito, acolhendo que há um plausível consenso de que a Dignidade constitui um valor fundamental implícito às democracias constitucionais de modo geral. Assevera que a dignidade humana é um valor, um conceito relacionado à moralidade, ao bem e à conduta correta. A Dignidade Humana é classificada como um valor fundamental com *status* de princípio constitucional, funcionando “tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 64).

Piovesan (2012) defende que é na dignidade humana que o sistema jurídico encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto contudente na tarefa de interpretação normativa. Consagra a dignidade como um super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. Inclusive, no campo internacional a Dignidade Humana é valor maior que serviu de inspiração à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

A Dignidade Humana é, conforme afirma Barroso (2013), núcleo primordial dos direitos fundamentais, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, por exemplo, ou nos casos de colisões entre direitos fundamentais, a dignidade humana pode servir de orientação na busca da melhor solução. E, ainda, qualquer Lei que fere a Dignidade, seja em abstrato, seja em concreto, será nula. Também reconhecendo que não é fácil elaborar um conceito satisfatório e transnacional de Dignidade Humana, Barroso (2013) estabelece um conteúdo mínimo da ideia de Dignidade Humana pautado em três bases: (i) o valor intrínseco de todos os seres humanos; (ii) a autonomia de cada indivíduo e (iii) o valor comunitário.

Entende-se por valor intrínseco, no plano filosófico, o elemento ontológico da Dignidade da Pessoa Humana, relativo à existência do ser, correspondente a um conjunto de características que são inerentes a todos os seres humanos e que lhes confere uma posição especial e superior no mundo.

No plano jurídico, o valor intrínseco está no conjunto de direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida, condição básica para que o usufrua de qualquer outro direito; o segundo direito fundamental que está relacionado ao valor intrínseco é a

igualdade perante a lei, em que todos os indivíduos possuem igual valor e merecem o mesmo respeito e tratamento; e, por fim, o direito à integridade física, que abrange a proibição de trabalho escravo, da tortura e das penas cruéis e degradantes e integridade psíquica ou mental que compreende o direito à honra, à imagem e à privacidade.

No tocante à autonomia, esta é o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, no sentido de ser a autodeterminação que leva uma pessoa (autônoma) a definir as regras que vão reger a sua vida, baseadas na própria concepção de bem. A terceira e última base do conteúdo mínimo da ideia de Dignidade da Pessoa Humana é o valor comunitário, o qual representa o elemento social da Dignidade, pois realça o papel do Estado e da coletividade no cumprimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais (BARROSO, 2013).

Diante disso, evidencia-se que não se pode tratar de Direito ao Esquecimento sem traçarmos paralelos com questões constitucionais, sobretudo, a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana. Todavia, cabe ressaltar que não há princípio absoluto e assim deve, com prioridade, optar por uma ponderação razoável em caso de conflito entre princípios (ALEXY, 2011).

In casu, observa-se que o direito à informação e comunicação está em constante conflito entre os direitos inerentes à Dignidade da Pessoa Humana. Deste modo, ao analisar o caso concreto, resta imperiosa necessidade que o operador do direito tenha condições de aplicar a exata medida de se haver a prevalência entre um direito ou outro. Logo, os princípios constitucionais podem (e devem) utilizar com todo o peso dos princípios fundamentais, sempre a considerar o sopesamento entre os direitos individuais e coletivos, com o dever estatal de proteger a Dignidade da Pessoa Humana, apoiando-se diretamente no texto constitucional (ALEXY, 2011).

É importante, por derradeiro, frisar que, conforme assevera Szaniawski (2005), a Constituição Federal adota a cláusula geral como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. Nessa perspectiva, deve-se entender o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como uma cláusula geral de proteção aos Direitos da Personalidade – que no tópico a seguir fará uma análise à luz do Direito ao Esquecimento.

4 UMA ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao teor do que antecede é inegável concordar, pois, que as circunstâncias históricas, políticas e sociais levaram à proteção da personalidade do ser humano. Schreiber (2013) relembra que os direitos da personalidade encontraram grande resistência em um período jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, principalmente no campo do direito privado, onde não havia, por exemplo, entendimento sobre quais eram os direitos da personalidade. Nesse ambiente, não chegava a ser espantoso que alguns juristas memoráveis, como Savigny e Von Thur, negassem validade científica aos direitos da personalidade.

Savigny, por exemplo, negou estatuto científico aos mesmos por considerá-los uma contradição, pois o homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar

direitos sobre sua existência ou até sua vida (FRUET; JUNIOR; MIRANDA, 2012). Argumentavam, ainda, de maneira simplória, que tais direitos encontravam contradição em seus próprios termos, já que tinham como objeto o próprio sujeito e, assim: “Se, para o direito civil, a personalidade consistia na capacidade de ter direitos, não podia essa mesma personalidade figurar como objeto de direito algum.” (SCHREIBER, 2013, p. 5).

Em contraposição a essa objeção marcante apresentada por Savigny – que mostrava resistência em não admitir a existência dos Direitos da Personalidade por não lhe parecer possível a suposição de um sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de seu próprio direito – no entanto, evoluiu. Considera-se, atualmente, que os Direitos da Personalidade são uma categoria especial de direito, diferentemente dos direitos das obrigações e dos direitos reais. Por meio deles, a essência da pessoa e suas principais características são protegidas (ALVIM, 2009).

Nesse contexto, Oliveira (2012) explica que os Direitos da Personalidade se referem à Pessoa, contudo, acolhem manifestações da existência da natureza humana. Assim, a Pessoa pode ser o alicerce dos Direitos da Personalidade, porém, não se restringem a essa esfera, indo além, buscando tutelar a potencialidade em si, a própria humanidade da pessoa.

Os autores positivistas relacionam os Direitos da personalidade a modalidades de direitos subjetivos que giram em torno da personalidade civil. Defendem, lógico, a limitação desses direitos àqueles reconhecidos pelo Estado, do qual recolhem seu caráter de exigibilidade e imperiosidade. Entretanto, os naturalistas contestam essa limitação, apoiando a impossibilidade de restringi-los, vez que da própria noção de Pessoa não é fácil limitar a sua pluralidade de significados e possibilidades de existência (OLIVEIRA, 2012).

Roxana Borges (2009) defende que os Direitos da Personalidade são próprios do homem, são direitos próprios da pessoa, não se tratando de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da própria condição de ser humano. Com eles, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à privacidade, à liberdade, à intimidade, à honra, à imagem, ao nome, dentre outros – são os bens jurídicos fundamentais contidos nos Direitos da Personalidade.

Szaniawski (2005) os conceitua como sendo o conjunto de caracteres do próprio indivíduo, tratando-se de um bem pertencente à pessoa, sendo esta sua primeira utilidade. Por meio da personalidade, afirma, que a pessoa poderá adquirir os demais bens, sendo eles: a vida, a liberdade, a honra, entre outros. Carlos Alberto Bittar (2004) propõe que os Direitos da Personalidade devem ser compreendidos como os próprios da pessoa em si, existentes por sua natureza como ser humano desde o nascimento.

O Código Civil trata da personalidade humana no Capítulo, II, do Título I, Livro I, da Parte Geral, em seus artigos 11 ao 21, dividida em duas grandes modalidades: em tutela ampla da personalidade, elencada no artigo 12, que se estabelece na cláusula geral defensora do direito geral da personalidade do homem; e os artigos 13 a 21, que trazem algumas tipificações de tais direitos, tendo o legislador incorporado aleatoriamente alguns tipos.

Nesse sentido, Szaniawski (2005) expõe que o Código Civil adotou, em seu artigo 12, técnica legislativa de tutela dos direitos mediante cláusulas gerais. Assevera que tais cláusulas contidas no Código devem ser lidas e interpretadas em conformidade com a ideologia sobre a qual se estrutura a Constituição, como um sistema jurídico uno, que tem por alicerce o respeito à pessoa humana e à sua dignidade, tidas como princípio fundamental estampadas no artigo 1º, inciso III.

Logo, o artigo 1º da Constituição Federal, constitui-se em uma norma geral de aplicação imediata, extraindo uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, nos incisos II e III, que deve ser lida em harmonia com o artigo 12 do Código Civil. Assim, “o art. 12 do CC brasileiro, lido à luz do inciso III e II, do art. 1º da Constituição, “revela-se em uma cláusula geral, infraconstitucional, de tutela da personalidade da pessoa humana” (SZANIAWSKI, 2005, págs. 179-180).

Oliveira (2012) afirma que o legislador, ao tratar o artigo 11 do Código Civil, enfatizou o caráter de necessidade e essencialidade dos Direitos da Personalidade, no sentido de que não podem faltar à vida humana em sociedade e que por essa razão, não permitiram restrições em seu exercício, nem mesmo por parte de seu titular, com exceção dos casos em que a própria lei permite. Explica, ainda, que no artigo 12 do Código Civil há a presença de mecanismos dinâmicos e efetivos na proteção dos Direitos da Personalidade, para não só ampliar o rol dos legitimados em requerer medida de proteção, mas também para permitir a sua solicitação tanto na prevenção e cessação da lesão quanto na reparação a possíveis danos decorrentes e, sendo o caso, a possibilidade de acumular o pedido de perdas e danos e com quaisquer outras sanções previstas em leis especiais.

A Constituição Federal os reconhece de forma expressa, especialmente no que diz o seu artigo 5º, inciso X. Com efeito, qualquer classificação varia de acordo com os métodos e critérios de cada autor, contudo, em regra geral, os direitos da personalidade se dividem em: direito ao próprio corpo, direito à honra, direito à imagem, direito à privacidade, direito ao nome e à identidade pessoal. Em análise ao presente caso, é necessário, pois, centrar atenção em especial a alguns deles.

O Código Civil (DONEDA, 2002), fazendo-se uma análise do direito à imagem, estabeleceu em seu artigo 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Para Schreiber (2013) o referido dispositivo incorre em dois equívocos graves. Primeiro, delimita as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem a sua autorização, mencionando apenas duas situações: a necessidade da “administração

da justiça” ou “manutenção da ordem pública”. Segundo, a parte final do artigo 20 falha ao limitar a possibilidade do ofendido obter a proibição do uso ou veiculação da sua imagem àquelas hipóteses que atingirem a sua honra, boa fama ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais, uma vez que o direito à imagem é autônomo, cuja proteção independe da lesão à honra do retratado, tampouco há razão para que a tutela da imagem se restrinja às hipóteses de reprodução destinada a fins comerciais, porque o uso indevido ou não autorizado da imagem alheia pode gerar responsabilidade mesmo quando não haja qualquer intuito comercial na sua propagação.

Borges (2009) dispõe que a imagem é a representação física de uma pessoa por meio de fotos, filmes, pinturas e tantos outros meios que reproduzam o rosto ou partes do corpo que possam servir à identificação e reconhecimento da pessoa. O direito à imagem visa obstar que terceiros registrem a sua imagem ou a reproduzam sem a devida autorização; uma vez violada a imagem, pode gerar o dever de indenizar moralmente e/ou materialmente. Com efeito, a pessoa ofendida pode requerer judicialmente a interrupção de sua imagem e a destruição dos meios físicos empregados, sendo possível também obter a tutela inibitória preventiva.

Na sua proposta de apontar a respeito da autonomia privada sobre o direito à imagem, Borges (2009) assevera que é lícito e comum a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto a utilização da imagem de alguém e que, embora o uso alheio da imagem de outrem seja limitado, se a permissão para tal vier mediante declaração de vontade da própria pessoa, pode-se ampliar o uso de sua imagem para outras pessoas. Desse modo, impende registrar que o uso da imagem de alguém pode ser temporariamente objeto de negócio jurídico, mas não permanentemente. Por se tratar de um direito da personalidade, a autorização, gratuita ou onerosa, para o uso da própria imagem deve ser limitada no tempo.

Entende, ainda, que o sentido de retratação ou de revogação da declaração de vontade do negócio jurídico cujo conteúdo seja a disposição de um direito da personalidade, pode submeter-se às regras da rescisão unilateral e da cláusula penal, sendo possível perceber que a revogação da declaração pode ferir o princípio da boa-fé objetiva e da vedação do abuso de direito, contrariando as expectativas da outra parte e causando prejuízo a esta, dessa forma, o prejuízo deve ser indenizado. Nesse sentido, é relevante considerar que os limites do uso da imagem de uma pessoa devem ser por estes estabelecidos – e o direito só será genuíno dentro desse âmbito.

Ainda, tratando-se do artigo 20 do Código Civil, Schreiber (2013) observa que a interpretação literal do dispositivo implica em restrição à liberdade de informação, o qual também ostenta de proteção constitucional. Propõe que o intérprete e o magistrado nos casos relativos ao uso indevido da imagem, verificando que a hipótese também diz respeito ao exercício da liberdade de informação, procedam à ponderação entre os dois direitos fundamentais em conflito.

A proteção atribuída à privacidade pelo Código Civil de 2002 consta no artigo 21 que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (DONEDA, 2002).

O vocábulo “privacidade” possui raiz latina – verbo *privare*, cuja forma adjetiva é *privatus*. A Constituição Federal, ao tratar sobre o assunto, inclui entre as garantias e direitos fundamentais de seu artigo 5º a tutela da “intimidade” e da “vida privada” (inciso X), deixando evidente que a proteção da pessoa humana contempla esses dois aspectos. Por sua vez, cada um desses termos possui um campo semântico próprio: “vida privada” há um sentido que proclama a distinção entre a vida pública e a vida privada, no estabelecimento de limites, correndo-se o risco de induzir a um pensamento desenhado em torno de uma dicotomia entre público e privado; entre interesses públicos e privados. O outro termo mencionado pelo Constituinte, “intimidade”, aparente se relacionar a eventos mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança (DONEDA, 2014).

Borges (2009, p. 163) afirma que ao reconhecer o direito à privacidade como direito da personalidade, admite-se a necessidade de proteger esfera privada do indivíduo “contra intromissão, curiosidade e bisbilhotice alheia”.

Schreiber (2013) bem reconhece que o direito à privacidade, atualmente, abrange não apenas a proteção à vida íntima da pessoa, mas também a proteção de seus dados pessoais. Afirma que o direito à privacidade é mais amplo que o simples direito à intimidade, pois não se limita apenas ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão indevida na sua vida particular; transcende, pois, essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do indivíduo, definindo, sinteticamente, a privacidade como direito ao controle de coleta e da utilização dos próprios dados pessoais.

Borges (2009) é ainda mais contundente ao propor um sentido amplo da vida privada, voltado para a liberdade jurídica que as pessoas têm de conduzirem a sua vida por si mesma, sem direcionamentos públicos, aproximando-se à ideia de liberdade privada ou de liberdade de condução da própria vida, evidenciando-se que os direitos da personalidade são um instrumento para a sua garantia. E mais, afirma ainda que mais ampla que a autonomia privada, tem-se a autonomia jurídica individual, que se refere não apenas ao poder de estabelecer negócios jurídicos, mas ao poder de agir legitimamente sem que essa atuação tenha necessariamente como efeitos a aquisição, a transferência ou a extinção de direitos.

Mostra-se relevante, também, explanar acerca do direito à identidade pessoal. Desenvolvido a partir da década de 1970, a doutrina italiana o chamado direito à identidade pessoal, que abrange a tutela da proteção ao nome, contudo, vai muito além, atingindo sua relação com os diferentes traços pelos quais o indivíduo vem sendo representado no meio social. Trata-se, mais precisamente, de um respeito à imagem da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de experiências pessoais, convicções ideológicas, sociais, morais e intelectuais que diferenciam a pessoa e, ao mesmo tempo, a qualificam (SCHREIBER, 2013).

Com efeito, Schreiber (2013, p. 170) ao tratar sobre o direito ao esquecimento assevera que “De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.” Aduz também que o direito à exibição da imagem entra em choque com o direito à privacidade.

Insta registrar que o que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso dado a fatos passados, mais detalhadamente o modo e a finalidade com que são lembrados. Também observa a necessidade de ponderação de princípios ao meditar que o “direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação “[...] sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida” (SCHEREIBER, 2013, p. 172).

Para esse raciocínio crítico do Direito ao Esquecimento à luz dos Direitos da Personalidade, Almeida Filho (2007) defende o direito ao esquecimento como uma espécie de gênero do direito à intimidade, que estaria, portanto, dentro do conceito de privacidade, afirmando que o direito ao esquecimento impõe que os dados apenas possam ser conservados de forma a identificação das pessoas durante o tempo necessário para persecução das finalidades da recolha ou posterior.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não teve este estudo a pretensão de esgotar o tema do direito ao esquecimento, de fato, trata-se de tema ainda em investigação pela doutrina e em consolidação pela jurisprudência.

Na investigação sobre o objeto deste texto, apontam-se como resultados:

(i) Na análise do REsp 1.316.921, o qual trata, em essência, sobre a obrigação dos provedores de serviços de busca, o STJ não aprofundou bastante no tema, limitando-se a reconhecer que não há responsabilidade da empresa de buscas, uma vez que impor qualquer restrição no resultado de suas buscas, estar-se-ia afrontando o direito constitucional de informação;

(ii) O STF, embora sem adentrar ao mérito do debate, analisou apenas processualmente a questão, negou seguimento à Reclamação 15955 ajuizada por Xuxa Meneghel, com o intuito de restabelecer decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que restringiu a exibição de suas imagens nas pesquisas do Google.

Com efeito, para responder ao objetivo, podem ser elencadas as seguintes conclusões:

Não é adequada a fundamentação jurídica do caso apresentado utilizado pelo STJ, tendo em vista que o direito ao esquecimento decorre da dignidade da pessoa humana e é categorizado como direito da personalidade, uma vez que extrai-se do referido caso que não se trata de “apagar” registros históricos de interesse público – isso sim fomentaria uma censura velada –, mas sim do direito à intimidade, vida privada, imagem e identidade pessoal que devem prevalecer quando do interesse particular de não permitir que um acontecimento passado seja exposto de forma ilimitada e geral, ainda mais com os termos, ora citados, quando no site de busca.

Ao teor de todo o exposto, o Direito ao Esquecimento possui raiz constitucional e legal, uma vez que constitui um rumo da dignidade da pessoa humana, do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, estampados na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III e artigo 5º, inciso X, e também no artigo 21 do Código Civil; podendo também ser reconhecido tal direito com a

inteligência do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, como direito fundamental não expressamente previsto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A segurança da informação no processo eletrônico e a necessidade de regulamentação da privacidade de dados. **Revista de processo**, v.32, n.152, p.165-180, out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário em agravo nº 758478**. Remetente: 1ª Turma- Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA- Recorrido: Maria das Graça Xuxa Meneghel- Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4428710>>. Acesso em: 19 out. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2009.

DONEDA, Danilo. **A tutela da privacidade no Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

FRUET, Gustavo Bonato; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MIRANDA, Jorge. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276284>> Acesso em: 19 out.2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Data do recebimento: 6 de junho de 2018

Data da avaliação: 15 de junho de 2018

Data de aceite: 15 de junho de 2018

1 Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT (2015); Advogada. E-mail: patriciamyllans@gmail.com

2 Professor de Direito Civil e Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Tiradentes – UNIT; Advogado. E-mail: wlladcs@gmail.com