

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
CAMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**GUILHERME HENRIQUE GARCIA CUSTÓDIO**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO:  
ESTUDO DE CASO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**ERECHIM**

**2018**

**GUILHERME HENRIQUE GARCIA CUSTÓDIO**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: ESTUDO DE CASO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, Departamento de Ciências  
Sociais Aplicadas da Universidade  
Regional Integrada do Alto Uruguai e  
das Missões – Campus de Erechim.**

**Orientador(a): Ms. Vera Maria  
Calegari Detoni.**

**ERECHIM**

**2018**

**GUILHERME HENRIQUE GARCIA CUSTÓDIO**

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: ESTUDO DE CASO NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, Departamento de Ciências  
Sociais Aplicadas da Universidade  
Regional Integrada do Alto Uruguai e  
das Missões – Câmpus de Erechim.**

**Erechim, 13 de Novembro de 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

Ms. Vera Maria Calegari Detoni

URI – Câmpus Erechim

Esp. Alessandra Regina Biasus

URI – Câmpus Erechim

Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori

URI – Câmpus Erechim

## **AGRADECIMENTO**

Sabendo que a estrada é longa, e que a graduação é um importante passo, devo ser grato e reconhecer que a lugar nenhum chegaria sozinho.

Agradeço, primeiramente, a Deus por me conceder a vida e a saúde.

Dedico esse trabalho aos meus pais Eli Enai Garcia Custódio e Jorge Cavrucov e à meu irmão Alex Roberto Garcia Custódio, que fizeram o possível e o impossível para conseguir estar aqui nesse momento. Obrigada por toda dedicação. Agradeço também a minha namorada Fernanda Klimaszewski, aos amigos e colegas que de alguma forma fizeram parte dessa trajetória.

Sou grato a todos os professores da Universidade Regional Integrada-Campus Erechim que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente à professora Me. Vera Maria Calegari Detoni, responsável pela orientação da minha monografia. Obrigado por esclarecer tantas dúvidas e ser tão atenciosa e paciente. Agradeço sua amizade!

*Não poderia haver felicidade, jovialidade,  
esperança, orgulho, presente, sem o  
esquecimento.*

(Friedrich Wilhelm Nietzsche)

## RESUMO

A presente monografia estuda o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua aplicabilidade, sabendo que as ofensas aos Direitos da Personalidade, principalmente à honra e à imagem, só se fizeram aumentar com a globalização da informação e a evolução tecnológica em especial no cyber espaço. Tal remédio se torna fundamental para que o mundo jurídico acompanhe os desenvolvimentos sociais. O Direito ao Esquecimento visa a possibilidade do indivíduo, pleitear que não se divulgue determinadas informações de cunho pessoal e ainda que não se perpetue no tempo algum fato que possa causar constrangimento ao sujeito. Todavia sua aplicabilidade requer ponderação pelo juízo, haja vista, que o Direito ao Esquecimento, traz diversos conflitos de normas e princípios constitucionais. Sendo assim, no presente trabalho, foram apresentadas normas e decisões para com que seja realizada a ponderação na efetividade da defesa dos Direitos da Personalidade. Foi utilizado, para elaboração do trabalho, o método indutivo e analítico-descritivo.

**Palavra-chave:** Direito ao esquecimento, Direitos da Personalidade, ponderação, individual, imagem, honra.

## **ABSTRACT**

This monograph examines the right to forgetfulness in the Brazilian legal system, as well as its applicability, knowing that the offenses against Personality Rights, especially honor and image, have only been increased with the globalization of information and technological evolution, especially in the cyber space. Such a remedy becomes fundamental for the legal world to follow social developments. The Right to Forgetting aims at the possibility of the individual, to plead that personal information is not divulged and even if there is no perpetuation in time of a fact that may cause embarrassment to the subject. However its applicability requires consideration by the court, given that the Right to Forgetting brings with it several conflicts of constitutional norms and principles. Therefore, in the present work, will be presented norms and decisions for the consideration of the effectiveness of the defense of Personality Rights. The inductive and analytical-descriptive method was used to elaborate the work.

**Keyword:** Right to forgetfulness, Personality rights, weighting, individual, image, honor.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>10</b>
2.1 Origem.....	12
2.2 Conceito .....	13
2.3 No Brasil.....	14
2.4 Nossos tribunais x Direito ao Esquecimento .....	15
<b>3 DIREITOS DA PERSONALIDADE X DIREITO AO ESQUECIMENTO .....</b>	<b>20</b>
3.1 Direitos da personalidade.....	21
3.2 Classificação dos direitos da personalidade.....	22
3.2.1 Intimidade.....	22
3.2.2 Vida privada .....	23
3.2.3 Honra.....	24
3.2.4 Imagem .....	26
3.3 Proteção jurídica dos direitos da personalidade.....	28
<b>4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>31</b>
4.1 Estudo de caso.....	31
4.2 Daniela Cicarelli e Renato Malzoni x Youtube e outros.....	31
4.2.1 Do fato.....	32
4.2.3 Análise processual Daniela Cicarelli e Renato Malzoni x Youtube e outros	33
4.2.3 Da contestação .....	34
4.2.4 Da sentença .....	36
4.2.5 Da reforma da Sentença .....	39
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento na sociedade moderna foi transcorrendo a passos largos, de tal maneira que os fatos do mundo da vida não conseguem ser acompanhado pelo Poder Judiciário, ainda neste sentido, o intenso e célere desenvolvimento digital e tecnológico ocasionou uma inimaginável globalização, onde informações são compartilhadas entre pessoas a quilômetros de distância em segundos.

O ciberespaço acabou por trazer algo que as sociedades buscaram por anos, a eternização de dados, a memória eterna possibilitada pela internet, infelizmente não trouxe apenas benefícios. Quando o sujeito tem algum fato ou informação divulgada na rede mundial de computadores, não havia o que ser feito, ainda que estas informações divulgadas viessem a lesar o direito fundamental mais básico garantido a pessoa, sendo elas verdadeiras ou falsas como a maioria das vezes.

Contudo o caso *Lebach*, ocorrido na Alemanha, ofertou uma nova perspectiva de proteção aos direitos da personalidade. Tendo assim surgido o Direito ao Esquecimento, proporcionando uma defesa de forma plena aos Direitos da Personalidade, haja vista, que até o caso em questão a vítima apenas poderia pleitear buscando recompensa pecuniária, deste modo valorando o Direito da Personalidade.

O mero dano moral, ou seja, a prestação pecuniária não traz a justiça de forma plena para ocasionar a satisfação da vítima que foi constrangida a uma humilhação pública ou dissabor de ter um momento da vida íntima divulgado, sendo que estes fatos não ofertam interesse a sociedade.

Haja vista a falta de plenitude da justiça na prestação pecuniária se faz necessário que os fatos que geraram o desconforto ou humilhação para a vítima, sejam de alguma forma desvinculados e até mesmo esquecidos. Fazendo-se imprescindível o Direito ao Esquecimento, para que a justiça atinja sua forma plena. Restando demonstrado a importância do tema na jurisprudência brasileira.

Os princípios constitucionais e as normas que protegem o Direito de Imagem e direitos da Personalidade, na legislação brasileira, não foram forçados para fatos do mundo da vida em tempos de interações tecnológicas tão avassaladoras.

Com o surgimento de novos conflitos, a *Lex* e a jurisprudência devem caminhar em paralelo. Todavia nem todos os fatos serão incorporados neste novo direito. Há de se analisar com parcimônia o sopesamento entre os demais institutos e o Direito a Personalidade, ainda respeitando o interesse social, perante a posição doutrinária e jurisprudenciais, no tocante ao Direito ao Esquecimento. Sendo assim, tal fato vem ocorrendo com imensa frequência nas interações sociais, devido a estas estarem ocorrendo cada vez mais nos meios virtuais.

A presente monografia tem por objetivo é que fique mais claro os limites do uso do Direito ao Esquecimento, para que sua aplicabilidade, não venha a ofender outras normas e princípios jurídicos brasileiro.

Para isto, foi usado o metodologia de pesquisa indutiva, ainda pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em um mundo cada vez mais globalizado e interligado através dos sistemas de informação, internet e mídias afins, no qual as informações e fatos do mundo da vida e se propagam de forma quase que descontrolada, sendo com ou sem a outorga destes indivíduos que tem sua imagem vinculada nestas “notícias virais”, que por vezes são vitimadas. Tem-se como exemplo a atriz Carolina Dieckmann, que teve suas fotos íntimas furtadas de seu computador pessoal e foram divulgadas em vários sites, além de ser vítima de extorsão. Tal fato ensejou a promulgação da lei 12.737/2012, que passou a ser chamada de lei Carolina Dieckmann. A lei acrescentou os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal que passou a ter a seguinte redação:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

Invasão de dispositivo informático.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput**.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (BRASIL, 2012, p.01).

Desde logo se percebe a intenção do legislador em normatizar a conduta ora ilícita. Todavia, fica explícito para o operador do direito o quão insignificante é a pena, mesmo sendo aplicada em seu máximo, ensejará em apenas multa ou quiçá, na prestação de serviço à comunidade, além das punições cabíveis na esfera civil.

O mero dano moral, ou seja, a prestação pecuniária não traz a justiça de forma plena para ocasionar a satisfação da vítima que foi constrangida a uma

humilhação ou um dissabor de ter um momento da vida íntima divulgado, ainda mais que estes fatos não ofertam interesse à sociedade. Neste sentido a doutrina já se posicionou a respeito.

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374).

Na doutrina, resta demonstrado, que mesmo o indivíduo que cometeu o ato ilícito, tendo cumprido a sua pena, pagando sua dívida com a sociedade, tem o direito de não ter repassado os fatos ilícitos que cometeu, logo, neste sentido o cidadão de bem que teve algum momento da vida íntima divulgado, sem a outorga gozará do mesmo direito, desde que este fato não traga interesse algum à sociedade.

Ainda a este respeito, haja vista que nenhuma mácula ou ilegalidade devem ser perpetuadas na vida do agente, o Código Penal Brasileiro no seu artigo 64, I e II, assim dispõem:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:  
I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação  
II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, 1940, p.01).

O Código Penal Brasileiro, mesmo datado de 1940, acompanha o pensamento tecida pela doutrina, tanto quanto a jurisprudência atual, no que cerne ao Direito ao Esquecimento, estipulando um prazo legal para cessar a reincidência ou para que se prescreva a punibilidade como se pode observar no Código Penal no seu artigo 109. “prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 (BRASIL, 1940, p.01), regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se;” (BRASIL, 1940).

Todavia ainda, quanto ao artigo 64, II, supracitado fica evidente o sopesamento entre o direito ao esquecimento e o interesse ao bem público, ou

seja, o interesse individual em oposição ao coletivo, não se perdendo tempo a reincidência em crimes políticos ou militares, sendo que estes acabam por afetar mais a sociedade como um todo.

## 2.1 Origem

O Direito ao Esquecimento ou *right to be forgotten*, como vem sendo tratado pela doutrina, gerou inúmeros debates nas normativas internacionais conquistando espaço nos ordenamentos jurídicos de quase todos os países, devido à globalização e ao passo que, as notícias se propagam de forma descontrolada no mundo virtual, não respeitando os direitos basilares da Constituição Federal, como a intimidade, a honra, a dignidade da pessoa humana, entre outros direitos individuais.

O caso Lebach pode ser citado como emblemático nas convenções europeias. Em um pequeno vilarejo alemão, onde quatro soldados alemães foram mortos e um quinto gravemente ferido, para que três indivíduos efetuassem a apropriação de armas e munições, dois dos criminosos foram condenados à prisão perpétua pelo latrocínio e o terceiro teve de cumprir seis anos de prisão. Na véspera da sua soltura a emissora alemã ZDF *Zweites Deutsches Fernsehen*, em tradução livre, Segundo Canal Alemão, pretendia exibir um documentário sobre o fato usando o nome dos envolvidos.

Este terceiro buscou em medida liminar a não transmissão e o não uso de seus dados, pois tal fato, acarretaria em uma ressocialização frustrada. O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu:

Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto. 2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais,

em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população. 3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. (LIMA, 2007, p. 80)

Percebe-se a explicação didática do Tribunal Constitucional Federal, realizando um sopesamento de valores e princípios de maneira que haja de forma plena a ressocialização do indivíduo, observando o interesse social sobre o fato em desarmonia ao interesse individual do autor da ação, no qual ficou demonstrada, a prevalência dos direitos fundamentais em pauta.

## 2.2 Conceito

O Direito ao Esquecimento vem se propagando no sistema jurídico brasileiro, através de diversas decisões, sua aplicabilidade no caso concreto se torna de estrita hermenêutica jurisprudencial. Neste sentido, a falta de legislação colabora na dificuldade de empregar o instituto ao caso. Em contra ponto o conceito deste direito, vem a facilitar a sua aplicação.

Para o Schreiber, do programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), afirma em uma de suas falas ao site oficial do Supremo Tribunal Federal (2017), que o Direito ao Esquecimento é um desdobramento dos direitos fundamentais à privacidade. Evidencia que “o conceito corresponde ao direito de uma pessoa de não ser perseguida pelos fatos do passado, que já não mais refletem sua identidade atual e impedem que seja publicamente reconhecido pelo que é”.

Ainda para Dotti, quanto ao direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade. (DOTTI, 1998, p. 300).

Sendo assim, o conceito doutrinário facilita a utilização do direito ao esquecimento, cabendo ao operador do direito analisar o caso concreto e sopesamento principiológico, para aferir se o indivíduo será assistido por este instituto.

### **2.3 No Brasil**

Com o toda a evolução tecnológica e propagação da influência da mídia não iria tardar para que seus benefícios e malefícios viessem por atingir o ordenamento jurídico brasileiro, assim como no restante mundo o legislador foi surpreendido.

No Direito ao Esquecimento não foi diferente, mesmo sem haver disposições legais, nossos Tribunais já aplicavam a teoria em decisões judiciais, antes de ser regulamentado pela Comunidade Europeia.

O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, contemplou o Direito ao Esquecimento, no Enunciado 531, que nos mostra, o qual assim estabelece:

Número

531

Enunciado

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Justificativa

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, Enunciado, 2013)

Com a edição do Enunciado 531 criou-se um marco no sistema jurídico brasileiro, tendo o Direito ao Esquecimento recebido o reconhecimento, sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar deste instituto não se tratar de uma inovação jurídica no sistema brasileiro, acabou se difundido mais, juntamente com os novos fatos sociais, além do Direito ao Esquecimento ter alta adesão por ex-apenados, para que haja uma ressocialização plena.

Não sendo apenas um instituto utilizado por apenados, houve em diversos outros fatos do mundo da vida que incorporaram este Direito, protegendo a honra, a memória entre outros direitos individuais.

## **2.4 Nossos tribunais x Direito ao Esquecimento**

Novos fatos geraram maior visualização ao Instituto, tendo em vista que os agentes que os impetraram são figuras públicas o que, conseqüentemente, tornou conhecido este jovem Direito, conhecido não apenas pelos operadores do direito.

O caso Daniela Cicarelli versus You Tube e outros, denotou grande repercussão, fazendo com que significativa parcela da população tomasse conhecimento deste instituto. No caso em tela, Cicarelli e seu namorado tiveram imagens e vídeos divulgados no site de vídeos mais acessado da internet, nessas cenas Daniela e o namorado aparentemente mantinham relação sexual, em uma das praias mais famosas de Portugal.

Ajuizada a ação inibitória na justiça comum do Estado de São Paulo, o Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro, decidiu em desfavor dos autores:

Na verdade, os autores, sabidamente alvo da curiosidade do público antes mesmo do acontecimento objeto deste processo, resolveram trocar intimidades em local não reservado. Cominar multa aos réus para que não utilidade alguma- salvo enriquecimento sem causa dos autores, pois continuarão a existir na internet, às centenas ou milhares, o vídeo, as fotos e os links sobre o assunto.

É de conhecimento de qualquer pessoa minimamente integrada ao mundo atual que ocorre essa multiplicação exponencial da informação via internet. A utilização dos mecanismos jurídicos tradicionais, como o desta ação, é completamente inócuo e até mesmo cômico. (SÃO PAULO, 2007).

Neste sentido a sentença foi prolatada em favor dos réus, tendo em vista que os autores aceitaram o risco ao não se conter pelos anseios de uma relação carnal em um ambiente público, onde havia diversas pessoas, ainda assim sem demonstrar qualquer constrangimento com o público em volta.

Ora insatisfeitos com decisão prolatada em 1º grau que indeferiu a ação inibitória, os autores apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o número 556.090.4/4-00, sendo julgado pela 4ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal.

Desde logo deram provimento ao recurso interposto pelos autores acordando:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (SÃO PAULO, TJ, 2008).

Rechaçada a decisão de primeiro grau pelo Tribunal, ficou evidente que não tendo a autorização legal, por obviedade, e não gerando um real interesse público, diga-se de passagem, por mais que um dos autores fosse pessoa pública, não há de se falar em legalidade no ato praticado tanto pelas rés como pelo paparazzo que produziu as imagens, tendo em vista a eminente ofensa aos Direitos Individuais Fundamentais, resguardados pela Constituição Federal no artigo 5º, X, (BRASIL, 1988, p.01). “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;”

Resta demonstrado a falta de plenitude da justiça apenas na atribuição do dano moral. Assim, ficou estipulado multa em R\$ 250.000,00 por violação, ou seja, cada vez que o vídeo fosse transmitido, continuando a constranger os autores, ainda acordou o Tribunal:

A questão do vídeo do casal ultrapassou o campo da individualidade e ganhou notoriedade pelo questionamento que se fez da capacidade de o Judiciário resguardar o direito de intimidade e de honra das pessoas, quando há violação pela Internet. Assim, na forma do art. 20, do CC, e porque se confirmou a inviabilidade de o site ser bloqueado na integralidade, caberá ao provedor atuar de forma a cumprir o que se decidiu, por ser o único com vínculo direto com a ilicitude e aquele que lucra com o negócio de risco. O YOUTUBE deverá provar que não se comporta como um negligent controller “assumindo ou endossando passivamente o conteúdo das publicações realizadas pelos usuários nos espaços privados”, conforme anota DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 215]: (SÃO PAULO, TJ, 2008).

Apesar de o Tribunal reconhecer as dificuldades de inviabilizar o conteúdo em tela, deixou demonstrado que fica a cargo dos provedores tal ato, fiscalizando de forma concreta de maneira que o acordão seja cumprido na íntegra, tendo em vista sua total responsabilidade na transgressão, haja vista sua responsabilidade subjetiva por ato omissivo.

Ainda vale destacar as decisões do Supremo Tribunal Federal, que já se posicionou a respeito do Direito ao Esquecimento. O Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118.977, reconheceu o Instituto na esfera penal, veja-se:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos. (BRASIL, STF, 2014).

Outrossim o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.315, o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, restou demonstrado o posicionamento da Corte perante ao Direito ao Esquecimento:

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “the right to be let alone”. O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também

encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, STF, 2015).

Verifica-se que o Poder Judiciário na sua esfera maior vem reconhecendo o Direito ao esquecimento, por diversas vezes, tendo encontrado amparo até mesmo na seara penal onde sua aplicabilidade poderia ser questionada, todavia como os eminentes ministros teceram em seus acórdãos brilhantemente, nenhuma pena pode ser perpétua no tempo, tornando o fato ou a imagem ao indivíduo *ad in finitum*.

Em caso mais recente a vereadora Marielli Franco do PSOL, que foi morta a tiros no dia 14 de março de 2018, teve diversas *fakenews*, divulgadas na página de rede sociais Facebook.

A ação movida pela irmã Anielli Silva e a companheira de Marielle, Mônica Beníci, visou proteger a memória e a imagem da falecida.

O juiz Jorge Jansen Counago Novelle, da 15ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, determinou em medida liminar:

Em suma, impõe-se o deferimento da Tutela Antecipada para cumprimento COM URGÊNCIA/URGENTÍSSIMA, por Carta Precatória Eletrônica de forma que o Réu, FACEBOOK, seja intimado para: 1- No prazo máximo de VINTE E QUATROS HORAS, retire de seu sítio eletrônico todas as publicações, posts e vídeos de todos os links apontados na Petição Inicial e documentos a ela anexados, possuindo o Réu disponibilidade de recursos, filtros e prepostos, excluindo a publicização de quaisquer outros dados que ofendam a intimidade, honra e imagem da eminente Senhora Vereadora MARIELLE FRANCO, barbaramente assassinada, incluídas aí fotografias relacionadas às publicações criminosas ou injuriosas à memória dela e também das Autoras; 2- Se abstenha de publicar ou republicar esses posts, vídeos e quaisquer outros meios de divulgação sobre as afrontas assacadas e objeto da Petição Inicial, documentos e novos posts ou publicações de idêntica e ruína natureza; 3- Que o Réu utilize todos os meios, equipamentos, pessoas e dinheiros necessários para filtrar e coibir outros posts, publicações e imagens do mesmo teor, escusando-se o infra-assinado por eventual redundância; 4- Que informe nestes autos quais os perfis e pessoas que postaram ou publicaram mensagens criminosas e ofensivas à memória de MARIELLE FRANCO, ainda que seus autores já tenham "apagado" as postagens, pois o Réu tem obrigação de manter essas informações em seus bancos de dados; 5- Que informe se os perfis de LUCIANO AYAN, LUCIANO HENRIQUE AYAN e MOVIMENTO BRASIL LIVRE-MBL patrocinaram os posts e publicações indicadas na Petição Inicial e nos documentos de fls. 57/140 e quaisquer outros que afrontaram MARIELLE FRANCO e as Autoras, mesmo que ainda não apresentados; 6- Que certifique ou esclareça se

os perfis indicados na Petição Inicial e documentos de fls. 57/140 e quaisquer outros são verdadeiros e, se falsos, sejam excluídos; 7- Que informe todos os IPs e usuários que realizaram postagens ou publicações criminal e civilmente ilícitas para que as Autoras possam acioná-los e responsabilizá-los nessas esferas. Desde logo, FICA PERFEITAMENTE DETERMINADO que o prazo de VINTE E QUATRO HORAS É ÚNICO para o cumprimento dos itens 1 a 7 desta Tutela de Urgência. (RIO DE JANEIRO, 2018, p.01).

Observa-se na decisão liminar do Juiz de Direito, o emprego mesmo que implicitamente, do Direito ao Esquecimento no item um (1) da decisão determinando apagar e desvincular algo que venha a macular a imagem e a honra da falecida. Percebe-se que, embora Marielle tenha sido uma pessoa pública, de total interesse de povo, o tipo de imagem e notícias a ela vinculadas nesta ação não trazem nada a agregar para o ganho da população, senão máculas e mentiras a sua memória, que recebe proteção legal como se viva fosse. Neste sentido, percebe-se que no tocante aos direitos oriundos da personalidade, continuam assegurados mesmo com o advento do óbito, ressaltando o instituto aqui estudado que no caso em tela visa principalmente proteger a memória da vereadora Marielle, ora atacada.

Após um prevê apanhado histórico, nota-se que o Direito ao Esquecimento desde seu primórdio teve como principal objetivo, sanar as lesividades causa por outrem, ou até por si mesmo, preponderantemente quando estas ofensas ocorrem aos Direitos da Personalidade. A seguir passa-se ao estudo dos Direitos da Personalidade.

### 3 Direitos da Personalidade x Direito ao Esquecimento

Os Direitos da personalidade são um dos institutos mais nobres no ordenamento jurídico brasileiro, que vem protegido pelo Código Civil de 2002, seu advento sob o Código civil 1916, trouxe uma legislação mais humana, não se importando apenas com o Direito Patrimonial, como fazia seu antecessor.

O Código Civil vislumbra a importância legal dos Direitos da Personalidade, contemplando-os desde o artigo 11 ao 21. Tem por características a intransmissibilidade, irrenunciabilidade entre outras, resguardando do nascituro até o pós-morte. Nestes termos o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, p.01), prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

Neste sentido, Carnacchioni comenta sobre os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, quais sejam vida, integridade física, liberdade, honra, imagem, vida privada e intimidade, entre outros, são inerentes à existência da pessoa humana e essenciais para a pessoa ter dignidade, ser uma cidadã respeitada, viver em sociedade onde as relações privadas necessitam de cooperação mútua entre os sujeitos, não sofrer discriminações de qualquer natureza, não viver em estado de absoluta pobreza e ter oportunidades no meio social. Os direitos relativos à personalidade garantem a concretização desses princípios e objetivos previstos e tutelados em nossa Lei fundamental. (CARNACCHIONI, 2012, p 213).

Sendo os direitos da personalidade tutelados não apenas pelos ordenamentos jurídicos vigentes e tratados aos quais somos signatários, também devem ser apreciados à luz dos princípios e objetivos da Constituição Federal.

O Direito ao esquecimento decorre dos direitos da personalidade mais especificamente ao direito à imagem e privacidade, merecendo ser tutelado de forma ampla e eficaz. Todavia o instituto do esquecimento não decorre apenas da personalidade, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana, desta forma Carnacchioni (2012) ainda nos mostra que: “passa a ser construída uma teoria dos direitos fundamentais, toda ela baseada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. Logo os direitos advindos de princípios constitucionais principalmente a dignidade da pessoa humana, devem ser

respeitados nas relações jurídicas, desenvolvendo uma proteção jurídica, mesmo sem haver uma lei específica que a salvguarde.

### 3.1 Direitos da personalidade

A consagração dos direitos da personalidade se deu através do advento do Código Civil de 2002, com total respaldo da “Constituição Cidadã”, que visa em seu preâmbulo abarcar os direitos sociais e individuais e a liberdade. Tais objetivos só poderiam ser almeçados com uma proteção digna ao instituto da personalidade que tem prerrogativas claramente individuais, decorrentes da dignidade da pessoa e demais princípios constitucionais.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua os direitos da personalidade como:

São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal.

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores de proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (GONÇALVES, 2014, p.184).

O instituto tema deste capítulo já encontra amparo doutrinário e jurisprudencial mesmo antes de receber o reconhecimento do legislador no ano de 2002, e a doutrina atual ainda reforça sua importância e características.

Apesar de o entendimento doutrinário ser majoritário quanto à característica extra patrimonial dos direitos inerentes da personalidade, há de se esclarecer que por vezes quando estes direitos são ofendidos de alguma forma, podem vir a gerar um ganho pecuniário ao ofendido ou seus parentes conforme prevê o artigo 12º parágrafo único da lei 10.406 de 2002.

Desta forma elucida Silvio de Salvo Venosa:

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração

ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque à própria vida, da qual de projeta a personalidade. (VENOSA, 2014, p. 181).

Sendo assim fica demonstrado que mesmo por ser um direito que tenha por principal característica a extrapatrimonialidade, por vezes acarretara um valor auferido devido ao desconforto de tê-lo ofendido, além de que, sua afronta dificilmente seja reparada de outra forma que não seja à pecuniária. Todavia objeto desta monografia, o direito ao esquecimento oriundo dos direitos da personalidade, torna-se um remédio judicial que vem a corroborar a estas patologias sociais que tendem de forma desleal criar lesividades e dissabores, principalmente à honra e à imagem do indivíduo.

### **3.2 Classificação dos direitos da personalidade**

Os direitos da personalidade por contemplar um importante capítulo do Código Civil brasileiro, têm sido homenageados de forma ampla pela doutrina, desde logo, ocorre que há diversas classificações. Para Gagliano e Filho (2014) consideram importante classificar na tricotomia corpo/mente/espírito, ou seja, vida e integridade física, englobam corpo vivo, cadáver e voz, a integridade psíquica e criações intelectuais, fazendo parte, a liberdade, criações intelectuais, privacidade e segredo e pôr fim a integridade moral, abrangendo, à honra, imagem e a identidade pessoal.

#### **3.2.1 Intimidade**

O direito à intimidade é necessariamente individual, tendo por principal característica o direito da pessoa de não compartilhar com terceiros estranhos ou não, algo que entenda que não o deva fazer. Ainda neste sentido Maria Helena Diniz, comenta:

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela, por integrarem ambas o direito à vida privada [...] e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor, diário

íntimo, respeito à enfermidade ou à dor pela perda de pessoa querida. (DINIZ, 2012, p.95).

Pode-se considerar então que o direito à intimidade é a tutela da pessoa em seu aspecto interno e íntimo, no sentido mais amplo. Tendo em vista, que gozará desta proteção até mesmo contra seus entes mais próximos e queridos, zelando por seus segredos e particularidades, ficando apenas no seu próprio julgamento moral.

### 3.2.2 Vida privada

O direito à privacidade encontra um forte respaldo, a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso X (BRASIL, 1988, p.01), diz: “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”. Compreendendo uma proteção direta a privacidade do indivíduo, cabendo ao Estado ofertar maneiras para que a privacidade não seja violada.

Oriundo dos direitos da personalidade ainda possui a tutela jurídica do artigo 21º do Código Civil (BRASIL, 2002, p.01): “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.”

Sendo assim, o legislador outorga ao juiz o poder de cautela, determinando as providências necessárias para que cesse o constrangimento. Salienta-se que não só o afetado poderá requer tal direito, pois o artigo 12º, parágrafo único, traz o rol taxativo para que protege os direitos da personalidade.

Ainda quanto ao direito à privacidade, Venosa comenta:

Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros. As fotografias e imagens obtidas à socapa, de pessoas no recôndito de seu lar, em atividades essencialmente privadas, são exemplo claro dessa invasão de privacidade, que deve ser coibida e pode gerar direito à indenização. Os fatos comezinhos da vida privada de cada um não devem interessar a terceiros. Tanto mais será danosa atividade quanto mais renomada e conhecida socialmente for a vítima, mas todos,

independentemente de seu nível de projeção social ou cultural, gozam da proteção. (VENOSA, 2014, p. 191).

A doutrina há poucos anos já temia o que, hoje é quase uma rotina, pessoas vêm sendo acometidas de ofensas as suas vidas privadas de forma constante e despreocupada por parte dos agressores.

O que alguns anos imaginava-se, que ocorreria apenas com pessoas de um certo renome ou como diz Venosa uma “projeção social”, acaba por vir a causar constrangimento a indivíduos menos sociáveis, isto tudo, em decorrência da modernização tecnológica e avanço dos meios de comunicação.

Cabendo aos legisladores e aos juristas incorporarem entendimentos e mecanismos para que sejam sanados tais meios de ofensa.

Não se pode esquecer-se de mencionar o posicionamento de Gagliano, que entende que não há distinção entre vida privada e intimidade. Segundo ele:

A vida privada é entendida como a vida particular da pessoa natural (*right of privacy*), compreendendo como uma de suas manifestações o direito à intimidade [...].

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. (GAGLIANO, FILHO, 2014, p. 220)

Desta forma, resta demonstrado que mesmo havendo divergências doutrinárias quanto ao direito à vida privada e à intimidade, há o entendimento majoritário no sentido de que a tutela dos mesmos deve merecer maior atenção em tempos de exaltação tecnológica.

### 3.2.3 Honra

Também oriundo dos direitos da personalidade, o direito à honra, diz respeito à dignidade da própria pessoa que pauta o modo de vida aos atributos da moral, logo sendo observadas as condutas sociais para que haja um parâmetro para tal substantivo.

Para Gagliano e Filho, englobado no direito à integridade moral, a honra é.

Umbilicalmente associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte.

Poderá manifestar-se sob duas formas:

a) objetiva: correspondente à reputação da pessoa, compreendendo seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade;

b) subjetiva: corresponde ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade. (GLAGLIANO, FILHO. 2014, p.221).

Tendo à honra sua própria divisão, podendo ser ofendida de várias formas como esclarece Gagliano, porém por há de observa-se que sua proteção ocorre de forma ampla protegendo até mesmo o pós morte.

Assim, Beltrão comenta (2005, p 89) “a morte da pessoa extingue os direitos da personalidade, mas a memória daquele constitui um prolongamento de sua personalidade, que deve ser tutelada, merecendo proteção do direito.”, tal entendimento é majoritário na doutrina, demonstrando a importância do instituto que visa à proteção até mesmo depois de que indivíduo não possa sentir as mazelas de ter a honra lesada, mas salvaguardando seus parentes próximos que podem reparar sua honra.

Um direito tão importante que angariou seu próprio capítulo no Código Penal, o Capítulo V, “Dos Crimes Contra a Honra”, tendo as condutas tipificadas nos artigos 138º, 139º e 140º:

#### Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

#### Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

#### Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1940, p.01)

Mesmo sendo recepcionados no Código Penal Brasileiro, os crimes contra a honra, são considerados crimes de menor potencial ofensivo, com aplicabilidade de penas baixas, revertendo apenas em prestações pecuniárias, multas ou prestações de serviços à comunidade, o que por vezes não corresponde à justiça na sua plenitude, haja vista, os aumentos da lesividade à honra com os adventos da tecnologia, onde estas ofensas se propagam de forma imensurável.

Por outro viés, na ceara civil à honra vem encontrando respaldo não tão somente no artigo 11º do Código Civil, mas tão no artigo 186º: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.", assim por vezes como em questões filosóficas a honra e a moral se confundem em sua proteção para o legislador.

### 3.2.4 Imagem

A sociedade vem evoluindo a passos largos, principalmente no tocante a questões tecnológicas e de informação, os fatos do mundo da vida que zelamos, se propagam na mesma velocidade em que se perdem. Com isto, o direito civil, mais especificamente os direitos da personalidade merecem uma proteção maior.

O direito à imagem deve receber uma proteção ampla, tendo em vista, que a imagem retrata não apenas a fisionomia do indivíduo, mas também a como este se afigura na sociedade. Cabendo ressaltar que à imagem é uma expressão personalíssima e individual do sujeito.

Para Gagliano à imagem deve ser tratada como um direito moral.

Isso porque, a par de traduzir a forma plástica da pessoa natural, os seus reflexos, principalmente em caso de violação, são muito mais sentidos no âmbito moral do que propriamente no físico.

A garantia de proteção à imagem, como se verifica do último dispositivo constitucional transcrito, é considerada, também um direito fundamental. Mas como se conceitua a imagem?

A imagem em definição simples constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica. (GAGLIANO, FILHO, 2014, p. 223)

Sendo à imagem a exteriorização máxima da individualidade do sujeito de direito, deve receber a proteção jurídica adequada para que não haja danos a tal digno direito, por mais que terceiros façam uso tecnologias avançadas ou não em desfavor da imagem de outrem.

O legislador já antevendo tais atos que poderiam a causar dano à imagem, criou uma proteção constitucional, dando-lhe a importância de uma cláusula pétreia.

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;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; [...] (BRASIL, 1988, p.01).

Não obstante, as normas constitucionais que fortalecem a importância da imagem do indivíduo, o legislador também normatizou em leis infraconstitucionais, homenageando no Capítulo II – Dos direitos da personalidade, do Código Civil de 2002, em artigos vistos anteriormente.

Ainda quanto à proteção do direito à imagem Beltrão nos ensina:

A proteção ao direito da personalidade à imagem estende-se além da vida, possibilitando a proteção da imagem de pessoa morta, atribuindo-se legitimidade para pleitear tal proteção aos herdeiros necessários. (BELTRÃO, 2005, p. 125).

Vislumbra-se que a doutrina acompanha o pensamento do legislador no tocante à relevância do direito à imagem para o indivíduo, ampliando-a para o

pós-vida, cabendo aos herdeiros zelar não só pelo espólio do *de cujus*, mas também por sua personalidade, mais especificamente à honra e à imagem.

Ainda quanto à proteção à imagem Beltrão continua:

Assim a imagem da pessoa não pode ser utilizada para fins comerciais sem sua prévia autorização. Protege-se, além do direito da personalidade, o direito patrimonial da pessoa em face da possibilidade de auferir lucros com a divulgação de seu retrato, o que para muitas, pode representar a sua atividade profissional, como modelos fotográficas. (BELTRÃO, 2005, p. 124).

Haja vista, que muitas pessoas têm seus recursos financeiros oriundos do uso de sua própria imagem, merecem um amparo legal, quanto a sua imagem, para que a mesma não seja ferida, de maneira impossibilitar o auferimento de renda do sujeito,

Devendo ser ressaltado o fato de que o uso da imagem sempre deverá ser precedido de autorização por escrito, na forma de licença ou concessão, sujeito as penalidades dos artigos que a protegem.

### **3.3 Proteção jurídica dos direitos da personalidade**

Buscando a desjudicialização de forma a obter um resultado mais ágil, tendo em vista a falta de celeridade no poder judiciário brasileiro, algumas ofensas contra os direitos da personalidade, vinculados através de mídias sociais de grande porte, como Youtube, Facebook e até mesmo Google, aceitam denúncias de forma administrativas Por vezes, o conteúdo é excluído de suas páginas, levando em consideração a notaria ofensa e até mesmo a criminalidade do ato de vincular tal material nestes sites.

Instituto oriundo da promulgação da Constituição Federal de 1988, com ênfase no artigo 5º e incisos, além dos princípios constitucionais, também encontrou amparo jurídico com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ganhando um capítulo exclusivo para este nobre ordenamento. Nos mostra a relevância do instituto dos artigos 11º e 12º, do Código Civil.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002, p.01).

Resta demonstrado a relevância do instituto, além de obter um capítulo próprio angariando dez artigos, tornou-se de um direito pouco apreciado e sem respaldo taxativo, com apenas aceitações jurisprudências esparsas, há um instituto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sendo intransmissível e irrenunciável, ainda sendo assistido pelo artigo 5º da Constituição Federal, esta que é uma das cláusulas pétreas.

Não obstante com tal merecimento aos direitos da personalidade o legislador reconheceu a necessidade de prestigiar o instituto mais amplo e moderno para as atuais relações jurídicas contemporâneas.

No ano de 2011 vossa excelência Arnaldo Faria de Sá, deputado federal pelo estado de São Paulo, criou o projeto de lei 699/2011, com intuito de alterar os artigos 11º e 12º da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 2º Os artigos a seguir indicados, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro.”(NR)

Art. 11. O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Parágrafo único. Com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária. (NR)

Art. 12. O ofendido pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar indenização, em ressarcimento de dano patrimonial e moral, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. “Em se tratando de morto ou ausente, terá legitimação para requerer as medidas previstas neste artigo o cônjuge ou companheiro, ou, ainda, qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.” (BRASIL, 2011, p.01).

Desde logo, constata-se a inteligência do projeto de lei, tornando os artigos da lei nº 10.406 de 2002, o mais amplo e subjetivo, visando contemplar o maior número possível de casos concretos, tendo em vista, a contemporaneidade dos

fatos do mundo na vida, que migrarão, certamente para futuras relações ou litigâncias no mundo jurídico.

Vencidas as relevantes considerações a despeito dos Direitos da Personalidade, sem a qual não se faz compreender o Direito ao Esquecimento, haja vista, que este se quer, existiria sem aquele, sendo o Direito ao Esquecimento oriundo ou quiçá um ramo próximo aos Direitos da Personalidade, em principal as espécies apreciadas neste capítulo.

Ainda percebe-se que o Direito ao Esquecimento vem com o intuito de promover uma justiça na sua forma mais plena, quanto o sujeito de direito, têm seus Direitos da Personalidade lesados.

Passa-se ao estudo do caso concreto no ordenamento jurídico brasileiro, onde poder-se-á, confirmar o que já visto neste e capítulo anterior.

## **4 Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro**

O Direito ao Esquecimento não traz disposições legais no ordenamento jurídico brasileiro, todavia sua aplicabilidade em decisões judiciais ocorrem a muitos anos no Brasil. Estas decisões só reforçam a necessidade de discussão de tal instituto, sabendo que uma sentença má executada, poderá acarretar na legalização pelo judiciário dos danos aos Direitos da Personalidade.

Sendo assim, faz-se necessário a análise do Direito ao Esquecimento no caso concreto. A seguir passa-se ao caso.

### **4.1 Estudo de caso**

Conforme vem sendo explorado reiteradamente na presente monografia, o direito ao esquecimento ou *right to be forgotten*, tem sido recepcionado em diversos tribunais em todo o mundo e no poder judiciário brasileiro não poderia ser diferente.

Diversos casos foram ajuizados perante os tribunais pátrios, conforme restou demonstrado no presente texto. Todavia alguns processos merecem uma apreciação mais aprofundada, devido a sua complexidade no sistema jurídico, necessitando ser objeto de um sopesamento, haja vista, a falta de normatização do legislador, ocorrendo equidade no caso concreto.

### **4.2 Daniela Cicarelli e Renato Malzoni x Youtube e outros**

O caso de Daniela Cicarelli e Renato Malzoni, ocorreu em agosto de 2006, na Espanha. Posteriormente foi ajuizado o processo nº 583.00.2006.204563-4, na Justiça do Estado de São Paulo, na 23ª Vara Cível Central de São Paulo, constando no polo ativo Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos e no polo passivo Youtube LCC, Globo Comunicação e Participações S/A, Internet Group do Brasil LTDA

#### 4.2.1 Do fato

Conforme supracitado, o caso transcorreu na Espanha em agosto de 2006, segue relatório da sentença, proferida pelo o Juiz de Direito excelentíssimo senhor Gustavo Santini Teodoro:

Consta da petição inicial que os autores RENATO AUFIERO MALZONI FILHO e DANIELLA CICARELLI LEMOS, namorados, viajaram de férias para a Espanha em agosto de 2006. Longe do país e do assédio da mídia nacional, foram inadvertida e sorrateiramente filmados por um *paparazzo* espanhol, quando desfrutavam de lazer na Praia de Tarifa, em momentos de intimidade. O réu YOUTUBE INC., sem autorização do casal, divulgou em seu *site* o filme sob o título “Daniella Cicarelli transando no mar”. Veículos de comunicação da *internet* brasileira, entre eles os réus IG – INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA. e ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO, divulgaram fotos e *links* para o vídeo. Tudo isso, ausente qualquer interesse público, implicou violação à imagem e à honra dos autores, os quais, com a presente AÇÃO INIBITÓRIA, pretendem obrigar os réus a cessarem imediatamente, sob pena de multa diária, a exibição do vídeo e das fotos dele extraídas, seja diretamente ou via *links*, para evitar maiores transtornos à sua vida privada. (SÃO PAULO, 2007, p.1).

Não se pode deixar de analisar que o fato se sucedeu, em outro país que não o Brasil, porém o episódio ora discutido, não se relaciona com a ação do *paparazzo* ter capturado a imagem em questão, conforme veremos posteriormente, tendo em vista que os autores ainda que aparentemente assumiram os riscos do fato narrado na inicial.

Assim, para os operadores do direito, não há o que se discutir, quanto a jurisdição, percebendo que a ação não foi impetrada em desfavor do *paparazzo*, mas sim contra as mídias que divulgaram o vídeo.

Neste sentido, o Código de Processo Cível, determina:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...]

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal. (BRASIL, 2015).

Importante considerar em principal o parágrafo único, haja vista, que os réus em questão se tratam de pessoas jurídicas, sendo alguns ainda que estrangeiras, mas mesmo assim, respeitando o disposto no novo Código de Processo Cível Brasileiro. Portanto, não cabendo aos réus contestar a legitimidade do juízo na presente demanda.

#### 4.2.3 Análise processual Daniela Cicarelli e Renato Malzoni x Youtube e outros

Recebido o processo, passou-se a análise das preliminares de mérito, desde logo o juiz de direito, não entendendo que as partes autoras eram amparadas de forma legal, acabou por indeferir tutela antecipada solicitada pelos mesmos, como pode se verificar:

Tutela antecipada foi indeferida por este Juízo (fls. 42 e verso), o que levou à interposição de agravo de instrumento, em que concedida a liminar (fls. 63-70), confirmada por maioria no julgamento final (fls. 126-145). (SÃO PAULO, 2007, p.1).

De plano o juiz de primeiro grau já demonstrou seu entendimento, quanto a lesividade, supostamente ocorrida pelos Direitos da Personalidade dos autores, indeferindo a tutela antecipada, solicitada em preliminar pelas partes autoras no processo.

Interposto o recurso apropriado, de pronto o tribunal entendeu por maioria de votos, que sim, os reclamantes seriam assistido pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo assim, deferindo a tutela antecipa, haja vista, presentes os requisitos necessários.

Ainda quanto à tutela antecipada o entendimento do Tribunal Justiça de São Paulo continua:

Diante do descumprimento do v. acórdão proferido no agravo de instrumento, o co-autor Renato Aufiero Malzoni Filho requereu bloqueio de acesso ao *site* Youtube aos internautas brasileiros, o que foi indeferido por este Juízo fls. 173 e verso). Interposto agravo de instrumento, foi deferida a colocação de filtros impeditivos do acesso ao vídeo (fls. 234, item 37; fls. 238-241), com o esclarecimento posterior de que, na impossibilidade técnica de cumprimento da medida, não deveria haver bloqueio do acesso ao *site* todo (fls. 339-341). Sobre a questão,

vieram aos autos informações da Embratel, da Tim Celular, da Impsat Comunicações (fls. 352-363, 369-374, 381, 383-384, 402, 404). (SÃO PAULO, 2007, p.2)

A priori as reclamadas alegaram questões técnicas o que levou ao descumprimento do acordão. Tendo em vista a desobediência do acordão, o reclamante Renato A Malzoni Filho, requerereu ao juízo de primeiro grau o bloqueio do site do réu Youtube LCC. O juízo entendeu que tal medida não era condizente com a realidade tecnológica e de informações, indeferindo o pedido. O juiz ainda demonstrou de modo intrínseco o seu entendimento quanto ao Direito ao Esquecimento.

Interposto novo agravo de instrumento pelo reclamante, continuou indeferido no tocante ao bloqueio total do site, todavia o tribunal entendeu pelo uso de filtros para que houvesse o bloqueio tão somente do vídeo em questão, sendo assim, cessando a lesividade aos Direitos da Personalidade dos autores e dando início ao esquecimento do fato.

Vencidas as questões preliminares, passa-se as contestações.

#### 4.2.3 Da contestação

Arguidas as preliminares de mérito os réus passaram a realizar vossas contestações, aonde poder-se-á observar, quais as teses das defesas foram empregaram em favor de seus interesses, em enfrentamento aos fatos relatados pelos autores.

Neste sentido, a ré Youtube LCC, contestou:

Preliminarmente, argüiu nulidade da carta rogatória, em razão de nulidade da citação e falta de documentos indispensáveis à sua instrução. No mérito, expôs que não tem relação alguma com os co-réus. Aduziu que os direitos da personalidade de pessoa pública, como a co-autora, sofrem restrição em local público. Acrescentou que os autores, quando resolveram namorar à luz do dia em famosa praia da Espanha, abriram mão do direito à intimidade e à privacidade, em prol talvez de uma fantasia ou algo do gênero. Fez considerações sobre colisão de direitos e censura. Sustentou ser tecnicamente impossível dar cumprimento integral à obrigação de fazer pleiteada pelos autores. Alegou que, como provedor de serviço, sua responsabilidade sobre o conteúdo exposto pelos usuários é limitada. Destacou que não descumpriu a liminar concedida no agravo de instrumento. Pediu o

acolhimento da preliminar ou a improcedência da ação. (SÃO PAULO, 2007, p.2).

Verifica-se que a tese da primeira ré, de logo, já visa relacionar a culpa do fato ocorrido aos autores, sendo que os mesmos aceitaram os riscos quando resolveram se entregar aos desejos carnisais no ambiente público. Ainda neste sentido, continuou alegando que por serem pessoas públicas, teriam os Direitos da Personalidade restritos em local público, tese já enfrentada pelo eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, em sua obra Direito Constitucional, que posicionou-se “essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional, sem qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada.”(MORAES, 2014, p.54).

Ademais continuou argumentando quanto à colidência de normas e o fato de que a decisão em favor dos autores, acarretaria em uma censura aos meios de comunicação. Quanto ao cumprimento da decisão liminar fica suprimida pelo fato de ser um provedor de serviço, não cabendo ao site realizar a retirada do material em questão, mas sim a cada responsável pelo seu canal, ficando eles sujeitos as penas da lei.

Dando seguimento às contestações pela ré Globo Comunicações e Participações S.A, argumentou que:

[...] muito embora tenha cumprido a ordem judicial proveniente do agravo de instrumento, não praticou ilícito, pois o local dos fatos não assegurava privacidade ao casal. Aduziu que os autores tinham pleno conhecimento da situação e do risco inerente ao explícito ato obsceno por eles protagonizado. Sustentou que, como provedor, não tem como controlar tudo o que é publicado por *bloggers*, dada a impossibilidade de filtrar milhões de informações, na busca desenfreada de eventuais mensagens difamantes. Concluiu pela improcedência. (SÃO PAULO, 2007, p.2).

Quanto às alegações empregadas percebe-se que ainda como principal ponto argumenta o fato dos autores estarem na prática de ato libidinoso em um local público e sabido, que por serem pessoas públicas atrairiam notoriedade. Ainda continua quanto a impossibilidade de controle por ser um site provedor, há de se analisar que mesmo informando não ser possível realizar a filtragem,

conseguiu realizar o cumprimento da liminar expedida em decorrência do agravo de instrumento.

Finalizando as contestações a ré Internet Group Do Brasil LTDA, veio ao processo alegar que:

[...] que foram acompanhados de perto por órgãos de imprensa em viagem anterior feita à praia de Mikonos, na Grécia –, afirmou que deveriam saber que idêntico interesse seria despertado na viagem à Espanha, razão pela qual carece de credibilidade a afirmação de que foram para lá com o objetivo de evitar o incansável assédio da mídia nacional. Aduziu que a praia onde foram filmados e fotografados nada tem de deserta, pois se trata de local badalado. O próprio *paparazzo* espanhol esclareceu que, no dia do vídeo, havia mais de duzentas pessoas no local. Argüiu ilegitimidade passiva *ad causam*, pois se limitou a disponibilizar informações via *link*, e não o vídeo ou as fotos dele extraídas. Sustentou que exerceu seu direito de informar e que os autores consentiram tacitamente com a divulgação do fato. Pediu sua exclusão da lide ou o julgamento de improcedência. (SÃO PAULO, 2007, p.3).

Praticamente não inovando nas teses arguidas nas defesas anteriores, salientou o fato dos autores não procurarem uma praia mais reservada, já que haviam feito outras viagens onde, por serem pessoas públicas despertaram igual interesse. Por fim, aduziu que restringiu-se ao direito de informação, apenas disponibilizando via *link*. Ainda assim, os autores consentiram tacitamente com a divulgação do fato, haja vista as circunstâncias dele.

Realizadas as contestações, dada oportunidade a réplicas e as provas, passou o juiz de direito a sentença.

#### 4.2.4 Da sentença

Observada e vencidas todas as fases processuais o juiz de direito senhor excelentíssimo Gustavo Santini Teodoro, decidiu por improcedente todas as preliminares em razão do julgamento do mérito.

Quanto a sentença proferida pelo juízo há de ressaltar que o mesmo usou como base um precedente da Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 595.600 - SC, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 18 de março de 2004, onde, “na espécie, a recorrida divulgou fotografia,

sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando topless ‘numa praia lotada em pleno feriado’ (fl. 196)”. (BRASIL, 2007, p10). Percebe-se que o juízo, faz uso da analogia, na falta de jurisprudências que se encaixem melhor ao caso concreto, somado a isto, o fato de apesar de haver transcorrido apenas três anos da decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, para o fato em tela, os avanços tecnológicos foram gigantescos.

Outrossim, expressa seu entendimento quanto a proteção ao Direito à intimidade, arguida pelos autores:

Todavia, a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expresse consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação. (SÃO PAULO, 2007, p.9).

Para o julgador a lei não visa à proteção dos Direitos da Personalidade, mais especificamente à intimidade, em qualquer circunstância fática, sendo apenas superada pela outorga do sujeito. Cabe realizar uma ponderação a cada contexto onde o fato em questão está inserido.

Continua o juízo a análise do caso usando a analogia e realizando ponderações a respeito:

4. É certo que, no caso destes autos – diferentemente da situação analisada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça –, a exibição da cena protagonizada pelo casal se fez de maneira sensacionalista. Mais ainda, a divulgação não ocorreu num jornal de circulação estadual, mas sim em inúmeros meios de comunicação e na *internet*, em proporção infinitamente maior.

Como dito nas réplicas, houve “exibição ilimitada do vídeo na *internet*, inclusive em *websites* que carregam a mais baixa e desqualificada pornografia sexual” (fls. 1456, item 11), com a veiculação de momentos íntimos do casal “em escala mundial” (fls. 1498, terceiro parágrafo). (SÃO PAULO, 2007, p.11).

Passa o julgador a manifestar um juízo de valor do fato em questão, expondo segundo seu ponto vista que o fato ocorre de maneira sensacionalista, por parte dos autores. Ainda continua ante as diferenças referentes ao caso usado como paradigma, analisando que a lesão sofrida pelos reclamantes

Daniela Cicarelli e Renato Malzoni, acontece em uma proporção superior, não se restringindo apenas aos reclamados o ato que levou o caso a ser ajuizado.

Ainda conclui que o vídeo em questão, sofreu ilimitadas visualizações pelos usuários do mundo digital, não sendo oriundos das reclamadas, os servidores em questão.

Quanto a tutela antecipada, deferida em segundo grau o juízo de direito se pronunciou:

Ressalte-se que a cognição, na apreciação da tutela antecipada em segundo grau, também é sumária e provisória, destinada, portanto, a ser substituída quando do julgamento definitivo, razão pela qual não se pode dizer que a conclusão a que se chegou nesta sentença viole o que decidiu a superior instância quando do julgamento dos agravos interpostos pelos autores. As medidas perdem sua eficácia. (SÃO PAULO, 2007, p.14).

Sabido que a tutela antecipada não se trata de um julgamento prévio da lide, mas sim, visando fazer cessar uma possível lesividade ao direito *sub judice*, o juiz de direito, na sentença fez interromper a eficácia da medida liminar, ainda completou que a sentença proferida não viola o a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Realizadas todas as argumentações e conclusões pelo juízo de direito passou então a decisão:

7. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação. DECLARO cessada a eficácia das medidas concedidas no julgamento dos agravos de instrumento e prejudicada a aplicação da multa cominada. REVOGO o segredo de justiça. Sucumbentes, os autores arcarão solidariamente com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, em dez mil reais, para cada um dos co-réus, com atualização monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir desta sentença. (SÃO PAULO, 2007, p14).

Com os pedidos dos autores indeferidos, resultado do julgamento improcedente da lide, tampouco mantidas as medidas liminares, percebe-se que para o julgador, o caso em tela não resta a ser assistido pelo Direito ao Esquecimento, muito menos restou para o juízo a lesividade ao Direito da Personalidade, ressaltando o direito à imagem e à honra dos autores.

Sabendo que os reclamantes são pessoas públicas e tem em suas atividades profissionais, como características a venda de sua imagem, em especial a autora Daniela Cicarelli.

#### 4.2.5 Da reforma da Sentença

Prolatada a sentença pelo juízo de primeiro grau, coube às partes autoras, as quais foram desfavorecidas na decisão, interpor o recurso de apelação, cabível nesta circunstância.

Acordaram quanto a apelação os senhores Desembargadores Teixeira Leite presidente, Fabio Quadros e o relator Ênio Santarelli Zuliani.

Posto isto, passa-se a análise do voto do relator:

A sentença é muito transparente ao estabelecer um limite para a transgressão do direito de imagem dos jovens que foram flagrados fazendo sexo na praia. É necessário acabar com essa exposição e tudo o que se escreveu sobre uma suposta legalidade de se punir libertinagem, retransmitindo o vídeo ad aeternum e sem cortes, encarna o fútil propósito de uma significativa parcela de opiniões em defesa do sacrifício de valores dos culpados pelos erros de conduta. Não se justifica perpetuar esse castigo moral que está sendo impingido aos autores, porque não é justo ou jurídico manter, indefinidamente, uma parte da vida deles exposta ao público, como se estivessem expiando um pecado digno da execração pública.

[...] De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. (SÃO PAULO, TJ, 2008, p.8).

Para o senhor desembargador fica nítido o reconhecimento do juízo de primeiro na sentença quanto à lesão dos direitos dos apelantes, todavia o não deferimento resta apenas por punir o ato supostamente de libertinagem do casal.

Tal fato cometido pelos apelantes mesmo que por julgamentos morais da sociedade, possa ser reprovado, não cabe a justiça legalizar a perpetuidade do castigo moral, eternizando no tempo o fato objeto da lide. Ainda conclui, no sentido que o vídeo em fulcro, não oferece qualquer ganho a quem lhe visualiza, pois visa apenas supostamente tratar-se de cenas delituosas.

Quanto a impossibilidade técnica da exclusão do vídeo nos sites, principalmente no que se refere a ré Youtube LCC, tendo em vista que foi a única que não cumpriu as liminares expedidas nos agravos de instrumento, o relator se pronunciou:

O Tribunal considera que o YOUTUBE está lidando com a sentença de forma parcimoniosa e até desrespeitosa, limitando-se a excluir o vídeo dos links conhecidos ou identificados, quando essa identificação é facilitada pelas denúncias. Não fez prova de ter tentado criar um programa capaz de rastrear o filme do casal, com outros ingredientes, para sua localização, o que implica que está se omitindo ou, no mínimo, agindo passivamente, como se não lhe coubesse alguma responsabilidade pelo impasse que coloca em cheque a eficácia da coisa julgada.

Não é convincente a assertiva de que o provedor de hospedagem é como se fosse um sujeito inalcançável em termos de obrigação pela ilicitude dos que são admitidos a fazer uso do espaço concedido. A ordem jurídica foi idealizada e aperfeiçoada para se tornar invulnerável contra as ofensas aos direitos das vítimas, tendo o fenômeno da responsabilidade social evoluído para acompanhar o fantástico mundo tecnológico. (SÃO PAULO, TJ, 2008 p.10).

Percebe-se que o Tribunal apresenta argumentos no sentido de que a ré Youtube LCC, não busca se quer meios de diminuir a lesão aos Direitos da Personalidade dos apelantes, tendo em vista, que realizou exclusões de forma parcial, sequer efetuando em *Links* conhecidos e que gozam de diversas visualizações. Quanto a isto, o relator ainda continua sua tese, demonstrando que por ser um site servidor de hospedagem, não pode eximir-se de sua culpabilidade, no sentido que trabalha de forma omissa quanto a decisão proferida em liminar.

Temática esta tratada de forma vanguardista pelo relator eminente senhor Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, tese que veio a prosperar seis anos depois, com a promulgação da lei 12.965 de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, no seu artigo 19:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado

como infrigente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014, p.01).

Vê-se que o artigo, visa regular o fato dos sites provedores, que devam ser responsabilizados na forma da lei, por eventuais danos oriundos do conteúdo disponibilizados por usuários, quando o site servidor não cumprir ordem judicial. Assim como restou o mesmo entendimento dos desembargadores no caso em análise que data do ano de 2008.

Ainda, mesmo que a lei em questão tenha flexibilizado as relações jurídicas danosas decorrentes dos conteúdos, quanto a responsabilidade dos sites provedores, percebe-se que o legislador salvaguardou exceções, que visam protelar os direitos principalmente da personalidade.

Continua o voto do relator quanto aos efeitos do acórdão em face especial da ré Youtube LCC, tendo em vista que a mesma, sequer realizou o cumprimento da liminar quando vigente deferida no período que o agravo de instrumento foi interposto:

Portanto, é legítimo, sem que se reconheça qualquer forma de censura [art. 220, § 1º, da CF], estabelecer que a YOUTUBE deverá providenciar, em trinta dias, todos os vídeos do casal que se encontram nos links admitidos, para, a partir daí, impedir, a partir da identificação do IP [inclusive lan house], o acesso dos usuários que retornarem o vídeo para o site, sob pena de pagar, ao autor, a multa de R\$ 250.000,00, como estabelecido. Não custa lembrar que, para o usuário instalar o vídeo deverá ser identificado, o que facilita a diligência a ser concretizada pelo YOUTUBE para que a sentença seja cumprida. (SÃO PAULO, TJ, 2008, p.12).

O Desembargador relator ressalta em seu voto que tal ato não se reveste de qualquer forma de censura, tendo em vista que o acórdão tem por objetivo apenas cessar a lesividade dos Direitos da Personalidade dos apelantes, através do esquecimento do fato, isto só ocorrerá, quando a ré Youtube LCC, prover a exclusão do vídeo, não obstante buscar demais *links*, que não foram disponibilizados pelos autores no processo. Ainda lembra, que o site provedor requer um cadastro, facilitando a concretização da sentença.

Quanto a multa no acórdão dos desembargadores ficou entendido, que tal valor é cabível, de R\$ 250.000,00, por canal disponibilize o vídeo em questão,

haja vista que menor valor não irá compelir a ré ao cumprimento, sabido que a receita da mesma trata-se de cifras quase que imensuráveis.

Sendo assim, com tal acórdão os desembargadores da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tornou-se possível em parcialmente o Direito ao Esquecimento do fato, que lesou os Direitos da Personalidade de Danielli Cicarelli e Renato Malzoni.

Claramente havendo um sopesamento de normas e princípios constitucionais, para que o caso concreto tenha uma justiça de forma plena, entendo-se que a simples condenação pecuniária de forma alguma fará com que a lesividade não se perpetue no tempo, em decorrência dos atuais meios tecnológicos, onde os fatos do mundo da vida ganham uma memória *ad infinitum*.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito ao Esquecimento, como restou demonstrado, trata-se de um ramo do direito onde a casuística está caracterizada, haja vista, que cada caso deve ser julgado com parcimônia, já que há em análise diversos institutos do mundo jurídico. O conflito entre a liberdade de expressão e informação, prevista constitucionalmente e os direitos da personalidade, geram diversas discussões doutrinárias.

Todavia realizando a hermenêutica e o sopesamento das normas e princípios, há de ponderar-se no sentido de que o fato em questão não trazendo algum benefício a sociedade, têm de se respeitar o direito individual do sujeito. Sendo assim, o documento ou fato divulgado que vier a lesar os direitos da personalidade do indivíduo devem ser assistidos pelo Direito ao Esquecimento.

Outro grande ponto que deixa discussões relevantes a este instituto, é a maneira de fazer com que seja eficaz juridicamente sem ofender outros direitos, pois o estado democrático de direito, prevê que não só os indivíduos, mas também os meios de comunicações gozem de uma ampla liberdade, o que diga-se de passagem está intrínseco de nobres intenções, tendo o operador do direito um pequeno limítrofe entre as liberdades garantidas constitucionalmente e os direitos individuais que não podem ser violados, que fruem do mesmo respaldo jurídico.

Posto isto, vivemos na era da comunicação onde fatos se propagam de maneira muito célere, não podendo, o sujeito que tem seus Direitos da Personalidade feridos, ficar à mercê da inércia legislativa, pois estes, não tem a prática de prever relações do mundo da vida que se tornaram fatos do mundo jurídico.

Em relação a questão da positivação do Direito ao Esquecimento, o capítulo dois da presente monografia, demonstra que mesmo sem a contribuição do legislador para moderniza as normas que regem os Direitos da Personalidade, o Código Civil Brasileiro de 2002, supri as atuais necessidades dos fatos ocasionados principalmente com advento das inovações tecnológicas e de

comunicações. Ainda para contribuir em 2014 foi promulgada a lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelecendo normas para direitos e deveres decorrente dos usos da internet.

Não havendo necessidade momentânea de normatização do Direito ao Esquecimento, acarretando apenas em mais inchaço normativo, na ânsia do legislador apresentar uma resposta a sociedade.

Quanto ao caso em análise, no terceiro capítulo da presente monografia, conclui-se que as defesas trabalharam em teses em descaracterizar o fato da disponibilização do vídeo ser uma violação aos Direitos da Personalidade dos autores, pelo episódio ter ocorrido em local pública, quanto a isto o fato de ser um local público não faz com que se dissolvam os direitos dos reclamantes, ainda as formas em que os *links* eram vinculados, faziam com que o internauta já presumisse que a cena se trata de sexo, sendo que tal interpretação é de difícil conclusão, devido a qualidade do vídeo em decorrência da época de sua captura.

Ainda quanto ao juízo de primeiro grau, demonstrou de certa forma reconhecer a lesividade dos Direitos da Personalidade dos autores, porém por motivos pouco trabalhados na sentença não reconheceu a ação inibitória, não dando início ao Direito ao Esquecimento. Restringiu-se em argumentar nos riscos assumidos pelos reclamantes, quando se entregaram a seus anseios carnavais e ressaltando quanto ao fato do deferimento da ação não trazer extermínio do vídeo no mundo digital, ocasionando o esquecimento. Ademais a sentença indeferindo a ação foi em descontra com as duas tutelas antecipadas deferidas em agravos de instrumento pelo Tribunal, demonstrando uma falta de entendimento pelo juízo, quanto a posição dos desembargadores referente ao Direito ao Esquecimento.

Conclui-se que o Direito ao Esquecimento, veio como um remédio jurídico essencial para o sujeito, na proteção das ofensas aos Direitos da Personalidade, principalmente nos meio do *cyber* espaço. Ainda apesar do Direito ao Esquecimento, ser um jovem Direito, já caminha para uma grande evolução, haja vista, que sua judicialização tende a diminuir, pois com o advento do Marco Civil da Internet, esclarece-se uma parcela de responsabilidade dos sites provedores,

estes logo colocaram em prática mecanismos de denúncia pelo usuário, que quando realizados, de imediato o vídeo ou qualquer outra forma de ofensa são retirados do canal, se eximindo de demais responsabilidades civis.

Ainda caso os mecanismos extrajudiciais não vierem sanar o conflito, o Direito ao Esquecimento deverá ser realizado com ponderação pelo juízo, tendo em vista os conflitos de preceitos fundamentais respaldados constitucionalmente. Devendo haver uma valoração aos interesses conflitantes prevalecendo o Direito individual, somente quando este não ofenda o interesse público, sob pena de censura velada, não fazendo com que um erro de pessoa se perpetue no tempo.

## REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL, **Lei n.12965** de 23 Abril de 2014, Institui a Lei n, 12965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de abril de 2014. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL, **Lei n. 12737** de 30 de Novembro de 2012, Institui a Lei n. 12737. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)> Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n. 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL, **Código de Processo Cível Brasileiro**. Lei n. 13105 de 15 de março de 2015, Institui o Código de Processo Cível. Diário Oficial da República do Brasil, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 13 de jun. 2018.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 De dezembro de 1940. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 699 de 2011**. Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá. Brasília, DF. De 14 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=46712941C74D9AF95651C93D885603D7.proposicoesWebExterno2?codteor=848554&filename=PL+699/2011%2002/06/18](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=46712941C74D9AF95651C93D885603D7.proposicoesWebExterno2?codteor=848554&filename=PL+699/2011%2002/06/18)> Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Justiça Comum do Estado de São Paulo. **Processo nº 583.00.2006.204563-4**, da 23ª Vara Civil da Comarca de São Paulo. Autor Daniella Cicarelli Lemos e outros. Réu Youtube e outros. Juiz de Direito Gustavo Santini Teodoro.

Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-jun-5/video\\_cicarelli\\_praia\\_voltar\\_internet](https://www.conjur.com.br/2007-jun-5/video_cicarelli_praia_voltar_internet)>

Acesso em: 31 de mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Decisão nº 0070926-71.2018.8.19.0001**. Autor ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA e outro. Reú? Facebook serviços online do Brasil LTDA. Relator: Jorge Jansen Counago Novelle.

Disponível em: <<http://www.psol50.org.br/wp-content/uploads/2018/03/DECISÃO-FACEBOOK.pdf>>.

Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.315**, da segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente Luis Antonio Tadeu Moreira. Relator Ministro Gilmar Mendes.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>

Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118.977**, da primeira turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente Valdeci da Silva. Recorrido Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595009>>

Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. 23ª Vara Civil Central de São Paulo. **Sentença nº 583.00.2006.204563-4(1440)**. Danieli Cicarelli e Renato Malzoni. Youtube LCC e outros. Relator: Gustavo Santini Teodoro. São Paulo, julgado 18 jun. 2007.

Disponível em: <[oglobo.globo.com/arquivos/sentenca.doc](http://oglobo.globo.com/arquivos/sentenca.doc)>

Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 556.090.4/4-00**, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelante Renato Aufiero Malzoni Filho e outra. Apelados Youtube inc. e outro. Relator Ênio Santarelli Zuliani

Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/dl/acordao\\_cicarelli.pdf](https://www.conjur.com.br/dl/acordao_cicarelli.pdf)>

Acesso em: 31 mar. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013**.

Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>

Acesso em: 22 mar. 2018.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 3ª edição. Salvador, Jus Podivm, 2012;

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 300.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha**. 2007. 149 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>.

Acesso em: 22 mar. 2018.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direito ao esquecimento não é apagar fatos ou reescrever história**. Supremo Tribunal Federal. 12 de jun. 2017.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346401>>

Acesso em: 13 jun. de 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. V.1: Parte Geral. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.