

# A TUTELA INIBITÓRIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

## THE INHIBITORY TUTELAGE AS MEANS OF ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO FORGETFULNESS AND PROTECTION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Maykon Cristiano Jorge<sup>1</sup>

Celso Hiroshi Iocohama<sup>2</sup>

### SUMÁRIO

Introdução. 1. O direito ao esquecimento. 2. Direito a privacidade e a intimidade x Direito à informação e a liberdade de expressão. 3. Necessidade da ponderação dos princípios constitucionais como forma de aplicação do direito ao esquecimento. 3.1. Colisão de direitos fundamentais. 3.2. A ponderação como solução para as colisões entre princípios. 4. A tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento. 4.1. Cabimento da tutela inibitória na proteção dos direitos da personalidade. 4.2. A legitimidade processual das partes em ações que envolvam direito ao esquecimento. 4.3. A tutela inibitória no atual Código de Processo Civil. 5. Outras formas de efetivação do direito ao esquecimento. 5.1. Da notificação extrajudicial. 5.2. Aplicação do direito ao esquecimento por meio da Lei nº 12.945/2014 – “Lei do Marco Civil”. 6. Conclusão.

### RESUMO

Com a evolução dos meios de informação que surgiram nas duas últimas décadas e, por consequência, a polêmica gerada em torno da violação de alguns direitos fundamentais como o direito à imagem e à vida privada, o direito ao esquecimento

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (2015), especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual de Maringá (2011), especialista em Filosofia do Direito pela Universidade do Oeste do Paraná – Unioeste (2010). Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Alto Paraíso. Advogado. E-mail: [maykon.jorge@hotmail.com](mailto:maykon.jorge@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1996), Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001), especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense (2003) e doutor em Educação pela Universidade de São Paulo (2011). Professor titular de Direito Processual Civil I, da Universidade Paranaense, Campus Sede. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Unipar (2008-2016). Advogado. E-mail: [celso@unipar.br](mailto:celso@unipar.br)

volta ao cenário jurídico. O fato é que tais direitos individuais acabam se chocando com os direitos à liberdade de expressão e de informação, também garantidos constitucionalmente, sendo este, portanto, um grande desafio a ser enfrentado. A pesquisa visa abordar a tutela inibitória como meio de efetivação do direito ao esquecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana inerente aos direitos de personalidade, considerando-se os direitos constitucionalmente garantidos através dos princípios e Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Para isso será necessário a ponderação de princípios constitucionais, uma vez que há colisão entre o direito a intimidade e a privacidade com o direito de informação e a liberdade de expressão, os quais também são garantidos pela Constituição Federal. Desta forma, busca-se demonstrar a aplicabilidade do direito ao esquecimento por meio da Tutela Inibitória.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento. Tutela inibitória. Ponderação de princípios constitucionais. Dignidade da pessoa humana.

#### **ABSTRACT**

With the evolution in the information media that came up in the last decades and, consequently the controversy around the violation of some fundamental rights like the right to image and to private life, the right to oblivion returns to the legal scenario. The fact is that such individual rights end up shocking with the right to freedom of expression and information, also guaranteed constitutionally which is therefore a great challenge to be confronted. The paper approaches the Inhibitory Protection as a means of effectiveness of the right to oblivion and the protection of the human dignity inherent to the rights of personality, considering the rights constitutionally assured through the principles and international agreements, which Brazil is signatory. For this, will be necessary the consideration of constitutional principles, since there is conflict between the right to intimacy and privacy with the right of information and freedom of expression, which are also guaranteed by the Federal Constitution. Thus it is sought to demonstrate the applicability of the right to oblivion using the Inhibitory Protection.

**Keywords:** Right to oblivion. Inhibitory Protection. Consideration of constitutional Principles. Dignity of the human person.

## **INTRODUÇÃO**

O artigo tem por objetivo demonstrar a tutela inibitória como medida mais eficaz como forma de efetivação do direito ao esquecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a tutela inibitória apresenta-se como o mecanismo processual mais eficaz para a proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente, quando se estiver ameaçado os direitos inerentes a personalidade.

O direito ao esquecimento, firmado no enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, é proveniente da discussão sobre o impedimento da divulgação de informações, mesmo que verdadeiras, não sendo contemporâneas, possam provocar transtornos das mais variadas ordens. O chamado “direito ao esquecimento” tem como finalidade primordial impedir que um fato, mesmo verídico, ocorrido em momento pretérito, tenha exposição em público por tempo prolongado e cause sofrimento ou transtornos.

O tema vem recebendo especial atenção pelos estudiosos e aplicadores do direito, pois diante de tantas informações disponíveis na internet e a rapidez com que as mesmas são consultadas, bem como o maior alcance da mídia à população em geral, enseja a possibilidade para que tais informações sejam apagadas permanentemente quando se estiver em jogo a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso seja necessário ponderar princípios constitucionais, como o direito à informação e à liberdade de expressão.

A análise em torno da ponderação se reporta à perfeita consonância com a análise da argumentação jurídica, verificando-se desta forma, o ponto adequado a ser alcançado por meio da ponderação, sendo que em certos casos, a interpretação racional, a partir do discurso jurídico, nem sempre é a mais apropriada.

Assim, o objetivo geral do presente artigo consiste em analisar o direito ao esquecimento e suas nuances, bem como a forma de sua de efetivação por meio da tutela Inibitória.

## **1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

O direito ao esquecimento, também conhecido como o “direito de ser deixado em paz”, está alicerçado nos direitos da personalidade, como a privacidade,

honra e intimidade, garantidos pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X) em decorrência da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito ao esquecimento tem sido analisado como sendo uma espécie de defesa do titular do direito em relação à invasão de sua privacidade e intimidade pela mídia e todos mecanismos de informações, que relatem fatos públicos e que dizem respeito ao passado do cidadão.

Importa no direito que um indivíduo possui de não possibilitar que um fato, ainda que verídico, ocorrido em certo período da sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe dor, sofrimentos ou transtornos (CAVALCANTE, 2014, p. 198).

Conforme explica Lopes (2013), trata-se do “direito de as pessoas serem esquecidas por atos praticados no passado, o que evita a divulgação de crimes ocorridos muitos anos atrás, pelos quais elas já tenham cumprido pena ou até mesmo absolvidas”.

Não só fatos inéditos quando divulgados pelos meios midiáticos podem violar o direito a intimidade do indivíduo, mas também aqueles que mesmo de conhecimento público, quando reiteradamente divulgados na mídia ou na internet comprometem a integridade do direito a intimidade, dando ensejo ao que chama-se atualmente de 'direito ao esquecimento' (GRECO 2013, p. 761).

Na Europa o direito ao esquecimento tem recebido importante atenção pelos estudiosos do direito, e, é de lá que vem sua melhor definição: “El derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (TERWANGNE, 2012).

No direito espanhol o bem protegido é justamente o livre desenvolvimento da personalidade humana e para que isso ocorra, outros princípios, tais como o livre acesso à informação tem de ser ponderado (CASTELLANO, 2012, *passim*). Nesse caso, há que se analisar a finalidade da informação, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, “se outorga uma protección a los individuos frente a la divulgación de hechos pasados” (CASTELLANO, 2012).

O direito ao esquecimento não busca apenas proteger a vida privada, mais do que isso, busca garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana (CASTELLANO, 2012).

Os atuais contornos do desenvolvimento tecnológico, relativamente aos dados telemáticos e informáticos, não permitem o exercício pleno do “direito ao esquecimento” (ALMEIDA FILHO, 2007, p. 166).

Os dados pessoais, que se tornem públicos, conforme explica Perlingeiro (2012, p. 150),

[...] não devem ser considerados *res nullius*, isto porque, mesmo que a publicidade seja decorrente da vontade da lei ou do próprio interessado, a este deve ser assegurado o direito de voltar a restringir o acesso, a limitá-lo, no tempo ou a determinadas situações, além de fatos supervenientes a uma lei poderem levar à mesma necessidade.

Juristas como Schreiber (2011, p. 164) e Khouri (2013, p. 463) definem o “direito ao esquecimento”, como integrante do campo mais vasto dos direitos da personalidade, em conexão com a proteção à intimidade e à privacidade. Para o primeiro autor, “o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história”, em verdade, ele implicaria “a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

Khouri (2013, p. 463) apresenta uma leitura mais particular, no sentido de que se deve “ponderar caso a caso os valores em jogo e pode ocorrer que o direito ao esquecimento deva ser sacrificado em prol da liberdade de informação”.

Já para Bucar (2013) a tutela de dados passados da pessoa, neste ponto, não significa revisionismo histórico, como bradam os críticos do controle temporal, mas como uma necessidade social de se adaptar os controles clássicos às necessidades de um tempo de “democracia digital”.

Na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi discutida a coerência quanto ao prazo de validade na divulgação de uma informação. A partir disso procurou-se definir que o indivíduo que cumpriu a pena que lhe foi imposta, ou seja, que pagou sua dívida com a sociedade tem “direito ao esquecimento”, o direito de não manter seu nome vinculado ao crime que cometeu.

O direito ao esquecimento estabelece que, mesmo que o fato tenha alcançado relevância em determinado momento, ele não será novamente transmitido ou veiculado ao público em geral, evitando situações desagradáveis.

## **2 DIREITO A PRIVACIDADE E A INTIMIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Se de um lado a sociedade brasileira possui o direito de ser informado, por outro todo cidadão possui o direito à privacidade, sendo um limitado pelo outro. Pode-se dizer que o direito à intimidade é consagrado como um dos direitos fundamentais do ser humano, devendo, portanto, ser garantido pelo sistema jurídico.

Doutrinariamente a privacidade é o gênero, “dentro do qual se deparam outros bens protegidos, dentre eles a intimidade e o segredo. Assim, a privacidade abarca todos os campos de proteção da pessoa contra a intromissão e divulgação, não autorizada, de fatos de sua vida fora da esfera pública” (GARCIA, 2002, p. 100-101).

Netto (2014, p. 6) afirma que “pela expressão ‘direito à privacidade’ entende-se a possibilidade de afastar da esfera pessoal (reserva), olhos e ouvidos indiscretos e de impedir a divulgação das próprias palavras, escritos ou em geral, acontecimentos e atos concernentes em tal esfera”.

O que a doutrina busca ao assegurar o direito à intimidade é defender o ser humano da irresponsabilidade do exercício ao direito de informação, evitando que outras pessoas possam se apossar de informações íntimas de outra. Ressalta-se que o direito à intimidade está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No Brasil, o direito à intimidade foi consagrado na Constituição Federal de 1988.

Diante disso, tem-se o direito à intimidade, como o próprio nome já diz, um direito à vida íntima, a manter fatos só para si, sem torná-lo público, caso alguma informação seja coletada por outrem sem a permissão do indivíduo, conseqüentemente, este terá tido seu direito violado.

Dessa forma, o direito à intimidade pode ser entendido como o que existe de mais íntimo em um indivíduo, aquilo que pertence a ele e que não deseja tornar público, nesse contexto representam a necessidade de uma pessoa em preservar o íntimo de suas vidas, possibilitando que o indivíduo possa ter sua personalidade livre da invasão ou ingerência de terceiros.

No que diz respeito à liberdade de expressão e o direito à informação, estes são considerados como fundamentais num Estado Democrático de Direito, e, por isso, estão inseridos na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 trouxe a amplitude da proteção ao direito de expressão, de informação e de ser informado, mas é importante entender a existência do limite à expressão e à informação, pois apesar de ser livre o direito de expressão este tem suas limitações.

MORAES (2007, p. 252) demonstra que existem limitações no direito a informação, destacando que o direito de obter informações verdadeiras implica num direito de liberdade e se configura por estar direcionado a todos os cidadãos, não importando a raça, a crença ou mesmo a convicção político-filosófica, com o objetivo de fornecer subsídios para formar convicções a respeito de questões públicas.

O direito de expressão advém de atos próprios e o direito de informar, por sua vez, pode ser proveniente de atos ou fatos vinculados a terceiros, o ato de informar, de uma maneira geral, é apenas divulgativo, não implicando em uma ação material direta e sim formal, mas os dois possuem suas limitações.

Num Estado Democrático de Direito deve ser sempre garantido o direito de informação e a liberdade de expressão, pois tais direitos apresentam-se como pilares da democracia. Contudo, os abusos verificados no exercício de tais direitos devem ser coibidos, ainda mais, se vierem a colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, o direito a informação não se mostra absoluto, tendo várias restrições, dentre elas, o respeito à vida privada, pois o que constitui vida íntima das pessoas não é de interesse público (CARNEIRO, 2009, p. 341). A partir disso, o direito a intimidade aparece como um limite ao direito de informação.

Carneiro (2009, p. 34) adverte que a “informação dever ser uma garantia fundamental do cidadão em um regime democrático, pois tem o poder de tornar público que antes era secreto ou ignorado”.

Afonso da Silva (2001, p. 245) ressalta que é na liberdade de informação jornalística que está concentrada a liberdade de informação, que diante das concepções modernas assume novas perspectivas que superam a antiga “liberdade de imprensa”. O fato é que nessa nova concepção está concentrada a liberdade de informar, sendo por meio dela que se concretiza o direito coletivo à informação, ou seja, a liberdade de ser informado.

A liberdade de expressão, a manifestação de pensamento, bem como o direito à informação ao tempo que são garantidos pela Constituição Federal, também encontram limites fixados pelo próprio legislador constituinte, o qual buscou,

com isso, coibir abusos e excessos pelos meios de comunicação, o que não significa dizer que tais limites se apresentam como censura.

Assim, o direito de informar e ser informado, bem como a liberdade de expressão e a manifestação pensamento devem ser garantidos, pois tais direitos apresentam-se como pilares da democracia. Contudo, os abusos verificados no exercício destes devem ser coibidos, ainda mais, se vierem a colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, com certeza, de hipótese de colisão de princípios de origem constitucional, para cuja solução será necessário se utilizar de uma ponderação de valores caso a caso, de maneira a preservar o máximo dos valores que se extrai de cada princípio em conflito.

### **3. NECESSIDADE DA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FORMA DE APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

#### **3.1 Colisão de direitos fundamentais**

Os conflitos entre os direitos declarados na Constituição podem ocorrer devido os direitos fundamentais não serem limitados e nem absolutos. É nesse sentido que se encontra a colisão de direitos fundamentais, visto que todos possuem o poder de se colocar frente às demais legislações, porém, não possuem hierarquia entre si, não havendo aquele que se sobressaia ao outro, pois não se limitam, mas encontram seu limite em outro direito, sendo assim, cada caso deve ser observado (CANOTILHO 2003, p. 1270). Deve-se perceber que os direitos fundamentais possuem limites abertos, sendo por esse fato que ocorrem os conflitos, considerando-se que não há uma amplitude fixada de forma prévia.

Conforme Andrade (1976, p. 220), sempre haverá conflito quando a Constituição defender paralelamente dois valores ou bens em contradição concreta. Quando se tem um comportamento de um mesmo titular atendendo os fatos de inúmeros direitos fundamentais, ocorre o manifesto da concorrência de direitos fundamentais.

Nesse contexto, é correto afirmar que a colisão entre direitos fundamentais ocorrem justamente por não haver limitações previamente fixadas, pelo contrário, são móveis, cada direito só encontra seu limite a partir do momento em que é colocado frente a outro direito, dependendo, portanto, de cada caso, a resolução

desses conflitos. Os tipos de situação de conflito que tem como objetivo designar de forma clara os contornos da colisão de direitos fundamentais tem que ser distintos dos tipos de situação.

Vale ressaltar que resolver um caso de colisão de direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, visto que todos eles estão previstos na Constituição Federal brasileira e possuem hierarquia idêntica, sendo fundamental a observação dos princípios instrumentais da Constituição para a resolução desses casos, principalmente, o princípio da unidade constitucional, da máxima efetividade e da concordância prática.

A proposta então seria a ponderação de princípios, lembrando que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo, todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça, ou seja,

(...) uma vez verificada a ocorrência de uma autêntica colisão de direitos, consiste (a resolução) na ponderação dos bens jurídicos envolvidos, almejando a solução do conflito com o sacrifício mínimo dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais em jogo, devendo o intérprete, para tanto, utilizar-se dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da razoabilidade (MORAES, 2000, p. 67).

Na nossa legislação, a divulgação de informações relacionadas a fatos que aconteceram no passado, vinculando-os à imagem dos envolvidos à época, ao mesmo tempo em que encontra fundamento na liberdade de informação, também encontra vedação nos direitos à privacidade, à honra e à intimidade.

Para solucionar tal conflito de forma efetiva deve-se levar em consideração que nossa legislação é na verdade, uma “*unidade sistemática*” (BOBBIO, 1996, p.73), empregando-se o juízo de ponderação de modo a buscar a conjugação de ambas as normas aparentemente excludentes, sua convivência harmônica no mundo dos fatos. Ou seja, “devem ser aplicados os métodos de ponderação, preservando-se o máximo possível do conteúdo de cada norma” (DUARTE RODRIGUES, 2014).

Sendo assim, o desafio do intérprete constitucional é a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, ou seja, é harmonizar esses princípios com

intuito de alcançar os objetivos dos mesmos: a consecução da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

### **3.2 A ponderação como solução para as colisões entre princípios**

O princípio da proporcionalidade é utilizado especificamente para a resolução de antinomias entre regras e princípios, ou seja, quando os princípios garantidores de direitos fundamentais entram em conflito.

No choque entre direitos fundamentais, por exemplo, em certas situações, um princípio cederá lugar a outro, como ocorre no caso de quebra de sigilo bancário, pois “a ponderação permite a busca de uma solução e o equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão com aferição do conteúdo axiológico e ideológico dos interesses invocados como dignos de proteção” (NETTO, 2014, p. 19).

A necessidade da ponderação se dá diante da ampliação e dos novos parâmetros da interpretação jurídica, uma vez que o aparecimento do paradigma principiológico se concretizou através do novo Direito como ciência baseada em princípios jurídicos.

Não basta a existência de princípios de cunho genérico para fundamentar as decisões judiciais, mas sim as escolhas adequadas, assim como as corretas interpretações, para a aplicação justa a cada caso concreto.

Dworkin (2002, p. 39), ao abordar a questão dos princípios, tratou mais da divergência existente entre regras e princípios, criticando a partir de sua teoria o positivismo jurídico, entendendo que, nas regras há uma dimensão de validade, e nos princípios uma dimensão de peso. Desta forma, “as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão ‘tudo ou nada’, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão”.

Diante da diversidade de posicionamentos doutrinários acerca do assunto, Ávila (2010, p. 183) se propôs fazer a seguinte distinção:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Na busca de uma solução para a colisão de princípios constitucionais, Dworkin (2002, p. 36-37) propõe que deva ser analisado o argumento que orienta uma decisão particular, considerando o mesmo como padrão de orientação da justiça e de equidade, a ser aplicado diversamente aos casos concretos.

De acordo com Alexy (2011, p.93), os pontos conflitantes entre regras podem ser resolvidos a partir da validade das mesmas, excluindo-se assim, a norma considerada inválida.

Destacando o autor que:

A priori, na hipótese de conflito entre duas regras, importa salientar que, a devida resolução ocorrerá a partir da introdução de uma “cláusula de exceção”. Não sendo possível tal disposição, pelo menos uma das regras em conflito no caso concreto, será reputada como inválida, devendo, portanto, ser excluída do ordenamento jurídico (ALEXY, 2011, p. 93).

No que se refere às colisões entre princípios, estas precisam ser resolvidas a partir da cessão de um princípio em relação a outro, onde o princípio cedente tem peso menor do que o princípio que o precede. Nesse segmento, não é analisada a dimensão de validade dos princípios. “Esses são válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigido no caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 94).

Ao se definir uma prioridade em torno da utilização de um princípio, o que é recusado, permanece pertencendo ao ordenamento jurídico. Tal fenômeno de isolamento da aplicação de um princípio ao caso concreto é a denominada ponderação (ALEXY, 2011, p. 94).

Na doutrina brasileira, a partir da tese de Alexy, a imprecisão quanto à definição de princípios encontrou solução. Tal doutrinador entende que os princípios são verdadeiros mandados de otimização, quando aprofundou o estudo da teoria esplanada por Dworkin, que dispôs sobre a existência de graus de aplicação dos princípios.

Quanto às regras, Alexy enquadra as mesmas como sendo normas que apenas podem ser cumpridas ou não. Para o autor, quando uma regra é válida estar-se-á obrigado a fazer exatamente aquilo que ele determina, nem mais, nem menos. Sendo assim, as regras possuem “fixações no espaço do fática e juridicamente possível, sendo, portanto, caracterizados como ‘mandados definitivos’” (ALEXY, 2008, p. 64).

Sob esse prisma é possível entender que os princípios têm dimensões de peso, considerando-se que há uma clara superioridade quanto às regras, pelas eficazes funções que desempenham (Ávila, 2009).

O mesmo autor acima citado faz referência aos princípios afirmando que estes consistem em normas finalísticas, inicialmente prospectivas que enseja complementaridade e parcialidade, “para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2010, p. 183).

Diversamente da subsunção, efetivada com base no conflito entre regras, que provoca a exclusão de uma regra considerada inválida, a ponderação tem a função de equilibrar as compreensões em torno dos sentidos e cargas axiológicas, definindo-se determinados graus de valores, para solucionar as colisões entre princípios.

O juízo de ponderação implica na própria concretização do entendimento advindo de um determinado princípio, proporcionando, portanto, a densificação da norma *in concreto*.

A técnica da ponderação está vinculada à técnica de decisão judicial a partir de situações essencialmente difíceis, especialmente em discussões que envolvem o princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais.

Comentando sobre a teoria relativa sobre os direitos fundamentais, Camargo (2009, p. 206) aponta que é “através do Estado-juiz, no caso concreto, com elementos fáticos poder-se-ia analisar qual direito deve prevalecer e qual deve ser sacrificado”.

Na opinião de Sarmiento (2002, p. 103-104) o intérprete deve levar em consideração o ‘peso genérico’ de cada princípio conflitante e, desta forma, as consequências no ordenamento jurídico.

Além do que, “no momento logo posterior de definição do ‘peso genérico’ dos princípios em conflito, o intérprete deve buscar o peso específico dos mesmos princípios em análise, situação em que varia de acordo com o caso concreto”.

Posteriormente, deve-se proceder com a ‘apuração dos pesos’ atribuídos aos elementos em conflito, observando-se nesse momento, o conjunto de normas que deve prevalecer no caso concreto e, quando possível, deve haver disposição com relação “à graduação da intensidade da solução prática escolhida,

determinando-se, por consequência, o grau em que a solução será aplicada” (BARROSO, 2010, p. 336).

Então, é possível concluir que o princípio da proporcionalidade emerge na lei da ponderação, como um limite concreto, com a finalidade de vedar excessos, fornecendo base ao poder decisório, no caso de colisões de princípios, regras e direitos fundamentais, controlando ainda, uma possível discricionariedade extrema do provimento jurisdicional.

#### **4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

A tutela inibitória é uma tutela preventiva, posto que visa obstar a violação de um direito da parte. Importa esclarecer que diferentemente das tutelas cautelares e antecipatórias a tutela inibitória não está atrelada a uma ação principal, bem como não possui a função de evitar uma lesão ao direito processual da parte, pelo contrário, o que se pretende proteger é a violação do próprio direito material.

O Brasil está às voltas com a morosidade judiciária, decorrente em partes da própria facilitação de acesso à justiça que fez triplicarem os litígios submetidos à apreciação, e, portanto, ansiava por uma medida que pudesse tutelar os direitos urgentes, tendo em vista que o ressarcimento não se mostrava eficaz quando se falava em direito extrapatrimonial (MANCUSO, 2012, *passim*).

Assim, buscaram-se novos meios de cognição para a tutela de interesses que atuasse de forma mais célere e eficiente que a cognição exauriente, com vistas a evitar o perecimento de tais direitos. Dessa forma, nasceu a tutela inibitória.

Para Marinoni (2004), a ação inibitória é resultado necessário do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, principalmente aos de conteúdo não-patrimonial.

Assim, a tutela inibitória apresenta-se como um remédio inestimável na proteção de direitos de conteúdo extrapatrimonial, como são os direitos da personalidade e grande parte dos direitos difusos e coletivos (SPADONI, 2007, pg.38).

Assinala-se que o Legislador Constituinte fez questão de deixar claro que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5.º, inciso XXXV). Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (artigo 5.º, inciso XXXV) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito (MARINONI, 2004).

Como modelo atual de tutela inibitória em nosso ordenamento, temos o art. 497 do Código de Processo Civil que, atendendo o comando constitucional previsto no art. 5º, XXXV, CF, estabelece os instrumentos processuais necessários à prestação da tutela inibitória, entre outras; por meio da imposição de fazer ou de não fazer e de entrega de coisa.

Sucintamente podemos afirmar que através dessa tutela, pode-se requerer ao juiz que determine ao réu que cumpra uma obrigação de fazer, qual seja, a de se comportar de tal maneira que faça cessar a conduta ilícita que vinha se perpetuando no tempo, ou de não fazer, também com o mesmo escopo: a inibição da continuidade do ilícito.

Partindo da premissa de que a tutela inibitória deve resguardar o direito do titular usufruir deste da forma *in natura*, inútil seria a concessão de tutela ressarcitória para a proteção de bens de natureza extrapatrimonial.

Vislumbra-se, portanto, que o intuito genuíno da inibitória, conforme já assinalado pela grande maioria dos doutrinadores nacionais, é obstar a prática do ato antijurídico, assegurando ao titular do direito usufruir deste, e aqui devemos compreender a grande distinção em relação às demais tutelas, posto que sua especificidade atua no receio da futura violação.

#### **4.1 Cabimento da tutela inibitória na proteção dos direitos da personalidade**

Fazendo uma análise minuciosa acerca da utilização da tutela inibitória para proteção dos direitos de personalidade, devemos considerar que conforme o artigo 11 do Código Civil de 2002, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer qualquer tipo de limitação voluntária.

Importante esclarecer que o ajuizamento de uma ação inibitória tem por fim evitar a violação de um direito do autor, pelo réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desconformidade com o existente dever de conduta tendo em vistas atos futuros do sujeito passivo da obrigação, querendo que tais atos, quando praticados, o sejam de forma legal (DIDIER JÚNIOR; BRAGA, 2007, p.313).

Uma vez violados o direito à intimidade e à vida privada, a lesão ocasionada jamais voltará ao estado anterior, produzindo efeitos irreversíveis na personalidade do indivíduo, dessa forma a tutela inibitória mostra-se capaz de salvaguardar os direitos inerentes à personalidade antes da ocorrência do ilícito, tal como o direito ao esquecimento.

Isto porque a inibitória se presta a dar efetividade a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada em razão de seu caráter preventivo e específico, desse modo, a defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em juízo, pode ser pleiteada mediante o ajuizamento da tutela específica.

Segundo Marinoni (2006, p. 80) a natureza não patrimonial dos “novos direitos” mostra-se incompatível com o cunho indenizatório da tutela ressarcitória.

Dessa forma, o direito ao esquecimento somente poderá ser alcançado de forma eficaz por meio tutela inibitória, que agirá antes mesmo da ocorrência do dano.

#### **4.2 A legitimidade processual das partes em ações que envolvam direito ao esquecimento**

Em um processo deve ser verificada a legitimidade das partes, sendo esta uma das condições da ação, conforme preceitua o artigo 337, inciso XI, do Código de Processo Civil.

Em relação ao autor da ação deve haver ligação entre este e o objeto do direito afirmado em juízo, quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor (WAMBIER; TALAMINI, 2012, p. 168).

Nesse sentido Paula (2003, p. 72) destaca que:

[...] o critério de legitimidade firmado em torno do envolvimento da parte com o direito material litigado. Justamente por haver esse envolvimento – que pode variar em graus – a parte estará atuando em nome próprio para a tutela de interesse próprio.

A partir disso, pode-se afirmar que a “legitimidade ordinária é a autorização dada pela lei ou em razão da relação jurídica discutida na demanda, para que determinada pessoa, em nome próprio, componha o polo ativo da ação, a fim de tutela direito próprio” (Paula, 2003, p. 72).

Assim, tem-se que “a legitimidade ordinária ocorre nas demandas individuais, onde a repercussão jurídica do direito material subjetivo protegido somente alcançará as partes envolvidas nesse mesmo direito material litigado” (Paula, 2003, p. 72).

A partir desta conceituação é possível afirmar que nas demandas que envolvam o direito ao esquecimento a legitimidade ativa será daquele que teve suas informações divulgadas pelos meios midiáticos e que pretende apagar o seu passado.

Já com relação à legitimidade passiva, esta será composta pelo indivíduo autor da informação, caso seja possível identifica-lo, e também pelos responsáveis na divulgação do conteúdo informativo.

Nesse contexto a “legitimidade ordinária será pura, pois os integrantes da ação serão os mesmos que participaram da relação jurídica material” (Paula, 2003, p. 55-56).

Ocorre, todavia, que a legitimidade também poderá ser ordinária impura, se for levado em consideração a possibilidade intervenção de forma concorrente do Ministério Público em ações que envolvam o direito ao esquecimento. Com efeito, “será impura a legitimidade concorrente do Ministério Público em promover ações para tutela de interesses individuais indisponíveis” (Paula, 2003, p. 55-56).

Em casos assim, Paula (2003, p. 55-56) explica que:

[...] o Ministério Público estará agindo em nome próprio para a tutela de direito alheio; contudo, não se confunde com legitimidade extraordinária, porque apenas tutela direitos individuais e não direitos coletivos ou difusos, que é um dos pressupostos da legitimidade extraordinária.

Com base nisso, imagine-se um caso em que determinada notícia envolva crianças ou adolescentes, de forma que lhes fossem violado o direito a intimidade e a privacidade, tal situação poderá ensejar a atuação do Ministério Público, o qual será parte legítima para figurar no polo ativo da demanda.

O direito ao esquecimento também comporta a atuação do Ministério Público ou outras entidades, tais como, entidades sindicais, por exemplo, na tutela de direitos individuais homogêneos ou direitos coletivos.

Isso porque, o artigo 18 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de terceiros pleitearem direitos alheios quando autorizados por lei, o que a doutrina chama de legitimação extraordinária.

De maneira a explicar a diferença entre legitimidade ordinária e extraordinária, Paula (2012, p.77-78) estabelece que,

A legitimidade ordinária procura reproduzir na relação processual a relação material existente. Assim, as pessoas que integram a relação jurídica material deverão integrar a relação processual. Essa reprodução não ocorrerá de forma alguma na legitimidade extraordinária, porque o legitimado não participa direta ou indiretamente da relação material, e sequer pode ter direito conexo com relação material, sob pena de ser considerado legitimado ordinário.

A partir disso é possível imaginar a tutela do direito ao esquecimento por meio da legitimidade extraordinária, citando como exemplo hipotético a notícia veiculada na mídia onde os trabalhadores de uma empresa do ramo de medicamentos, os quais foram expostos ao ridículo quando tiveram que praticar a “dança da garrafa” diante dos colegas como forma de punição pelo baixo rendimento nas vendas. Neste caso, poderia a entidade sindical buscar o direito ao esquecimento, utilizando-se da legitimidade extraordinária que a lei lhe confere, uma vez que se trata de direitos individuais homogêneos.

Assim sendo, verifica-se que na instrumentalização do processo que visa a tutela do direito ao esquecimento será possível a utilização da legitimidade ordinária pura ou impura, assim como, a legitimidade extraordinária.

No que se refere à titularidade do direito *post mortem*, o Código Civil de 2002 reconhece, expressamente, a possibilidade de sua tutela para o caso de pessoa falecida, concedendo, no parágrafo único do artigo 12, legitimação ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau.

Confirmando tal assertiva em trecho do voto proferido no Resp no 1.335.153/RJ, o ministro Luis Felipe Salomão explica que, em princípio, assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento

– se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram inesquecíveis feridas. E ainda ressalta:

“Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor e retirar-lhe dos ofendidos, permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram” (BRASIL, 2013).

A projeção e o prolongamento da imagem do indivíduo já falecido, assim como outros aspectos de seus direitos da personalidade – como, p. ex., sua intimidade – são passíveis de proteção jurisdicional, especialmente porque a lesão perpetrada após a morte poderá alcançar os sentimentos e interesse morais de terceiros, ligados a sua pessoa e memória (COSTA JUNIOR, 2007, p. 67).

No entanto a legitimidade para os casos envolvendo o direito ao esquecimento de indivíduo falecido, nos parece razoável ponderar que a sua titularidade aos familiares, limitados ao quarto grau, não se mostra eficaz, uma vez que a carga presente no sobrenome, independe do grau de parentesco, levando sempre a conexão com determinado fato ou ato praticado ou vitimado pelo indivíduo falecido, assim, o ideal seria recorrer ao princípio da proporcionalidade, para que fossem analisados individualmente cada caso, devendo, outrossim, ser analisado o pedido de tutela com base em circunstâncias específicas a serem apreciadas pelo juiz, não devendo ocorrer uma restrição quanto ao grau de parentesco, para que seja reconhecida a legitimidade.

Quanto à legitimidade da pessoa jurídica, devemos reconhecer que se trata de matéria sumulada pelo STJ, uma vez que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, além da expressa previsão no artigo 52 do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Assim, por analogia devemos compreender que uma vez que determinada notícia ofenda diretamente os direitos de personalidade da empresa, esta também deteria legitimidade para pleitear o direito ao esquecimento.

O tema que trata da legitimidade para pleitear o esquecimento encontra amplo terreno para investigações e discussões, porém, não devemos nos ater a tais

divagações, posto que foge ao alcance do ponto central que se pretende esclarecer com este trabalho, nos limitando, portanto aos esclarecimentos ora lançados.

### **4.3 A tutela inibitória no atual Código de Processo Civil**

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), veio com a proposta de implementar uma nova sistemática processual, cujas diversas finalidades, tem como a principal "gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo" (BRASIL, 2010).

No que se refere à tutela inibitória não houve alterações significativas quanto ao procedimento adotado pelo antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Talvez a mais importante delas tenha sido o tratamento, mesmo que de modo tímido, dispensado à questão do dano para concessão da tutela inibitória.

Com razão, haja vista que o legislador infraconstitucional buscando dar efetividade ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", fez incluir no artigo 497 da Lei nº 13.105/2015, o parágrafo único, cuja redação ficou assim:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (Brasil, 2010).

Assim, para a concessão da tutela inibitória torna-se irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo, pois a própria Constituição Federal prevê como garantia do indivíduo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, independentemente de demonstrar o dano no caso concreto.

Embora o legislador processual tenha deixado de forma mais clara a dispensa da demonstração do dano para concessão da tutela inibitória preventiva, tem-se que o Novo Código de Processo Civil poderia ter suprimido a demonstração do ilícito, pois como se viu no decorrer deste trabalho, muitas vezes o direito ao esquecimento

enfrentará situações onde a informação disponibilizada, comprovadamente verdadeira, não se tratará propriamente de um ilícito, porém, violará o princípio da dignidade da pessoa humana ao colidir com os direitos oriundos da personalidade.

Alguns operadores do direito apontam que o legislador foi omissivo ao não prever melhores técnicas para a concretização da tutela inibitória, ou seja, perdeu-se uma grande oportunidade para melhorar o instituto, no sentido de criar técnicas processuais para inibir a ação ou omissão que coloque em risco o direito das pessoas. Nesse sentido (KERN, 2012), observa que

O legislador processual com tal ausência, injustificável no nosso sentir, parece não fazer qualquer distinção entre o dano e o ilícito, em total desconformidade com a garantia constitucional processual assegurada no artigo 5º inciso XXXV de nossa Constituição, a qual é clara em assegurar ao indivíduo, na linha da teoria da tutela de direitos via processual que seguimos, o direito à tutela preventiva, ou seja, mesmo que não ocorra lesão efetiva a um suposto direito, deve o Poder Judiciário assegurar ao cidadão a proteção à uma ameaça de lesão a direito, ou seja, há de existir técnicas processuais a serem utilizadas pelo juiz para inibir essa ação ou omissão que esteja colocando em risco o direito das pessoas e isso infelizmente não foi previsto no anteprojeto e é simplesmente lamentável.

De qualquer forma, reconhecido o direito ao esquecimento como uma garantia do livre desenvolvimento da personalidade e, por isso, protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela inibitória continuará servindo ao seu fim, que é justamente inibir a prática ou a continuação dos efeitos do ato.

## **5 OUTRAS FORMAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

### **5.1 Da notificação extrajudicial**

A notificação extrajudicial se posiciona atualmente como um instrumento de prova de ciência de determinado fato/obrigação, de maneira incontestável, principalmente as notificações realizadas via cartório, posto que do conteúdo ou teor de qualquer ato jurídico levado a registro, o notificado recebe o documento que lhe foi enviado, dele tomando ciência de todo o teor, e provando-se, quando necessário,

qual foi o teor de que tomou conhecimento. É o que diz o artigo 726 do Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

Art. 726. Quem tiver interesse em manifestar formalmente sua vontade a outrem sobre assunto juridicamente relevante poderá notificar pessoas participantes da mesma relação jurídica para dar-lhes ciência de seu propósito.

§ 1º Se a pretensão for a de dar conhecimento geral ao público, mediante edital, o juiz só a deferirá se a tiver por fundada e necessária ao resguardo de direito.

§ 2º Aplica-se o disposto nesta Seção, no que couber, ao protesto judicial.

Além disso, também poderá o interessado interpelar a parte requerida para que faça ou se abstenha de fazer o ato que possa ensejar o ilícito, neste caso, a exposição do particular, tolhendo-lhe o direito de ser esquecido, conforme faculta o artigo 727 do Código de Processo Civil.

A respeito do tema encontramos a previsão contida no art. 277 do Código de Processo Civil que, cristalinamente, estabelece: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Posicionando a possibilidade de notificação do indivíduo que publica/divulga determina informação, nos deparamos com uma forma extrajudicial de cientificar o mesmo da contrariedade daquele que se sentiu violado no seu direito de personalidade, e assim, não pode o notificado alegar ignorância em futuro, caso seja necessário, processo judicial.

Exemplo da utilização para os fins aqui propostos temos a previsão contida no artigo 21 da Lei do Marco Civil que descreve a operacionalização da proteção de divulgação de determinado conteúdo na internet.

Neste caso, é dispensada a atuação via judicial, e o interessado poderá requerer a supressão do conteúdo por mero ato extrajudicial (notificação), obedecidas as formalidades do parágrafo único do artigo 21, que assim prescreve:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido

Denota-se que no parágrafo único do artigo há as especificações que devem estar presentes na notificação para que esta produza os efeitos pretendidos, além de identificar a possibilidade da inserção do provedor de internet através da responsabilização subsidiária caso, após o recebimento da notificação, este não cesse a veiculação da informação.

Da mesma forma, no caso de utilização para a efetivação do direito ao esquecimento, a notificação extrajudicial mostra-se como uma alternativa viável e célere, que pode ser utilizada para ciência daqueles que difundem ilimitadamente determinado fato, que ao ver do requerente, deva ser esquecido.

## **5.2 Aplicação do direito ao esquecimento por meio da Lei nº 12.945/2014 – “Lei do Marco Civil”**

A Lei nº 12.965/2014, promulgada no dia 22/04/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, visa principalmente regular o comportamento dos usuários e das empresas dentro da “World Wide Web” (Rede Mundial de Computadores), especialmente para garantir o funcionamento da Internet com segurança, privacidade, e neutralidade, de modo a respeitar os direitos e garantias individuais presentes na Constituição Federal de 1988.

Comentando sobre a Lei do Marco Civil, Araújo (2014) afirma que “o Marco Civil pretende transpor, com realce normativo, o tratamento dos direitos da *personalidade* e a tutela negocial (*rectius*, contratual) para o mundo virtual”.

No que tange a efetivação do direito ao esquecimento, pode-se extrair da Lei nº 12.965/2014 que o legislador previu no artigo 30 que a tutela jurisdicional poderá ser exercida de modo individual ou coletivo, deixando claro que as ações coletivas não estão excluídas para a tutela do direito à informação, ou mesmo para a proteção da exposição de informações e imagens nocivas ao convívio social (ARAÚJO, 2014).

Nesse sentido, Araújo (2014) comentando sobre a referida lei do Marco Civil, informa que:

A tutela processual inibitória e ressarcitória assume papel crucial para a salvaguarda da personalidade da pessoa física e jurídica. O art. 19, §2º remete expressamente a discussão sobre direitos autorais para a legislação específica, o que não poderia ser diverso, inclusive conforme advertência supramencionada, pois o marco civil não pode esgotar os possíveis conflitos oriundos do direito material. A previsão da tutela de urgência está explicitada no art. 19, §4º, contudo de modo defeituoso, pois a concessão de tutela de urgência não está restrita unicamente para o pedido de disponibilização de conteúdo, mas também para a sua restrição. O termo “interesse da coletividade” baralha o instituto, ao trazer a falsa noção de que a concessão estaria atrelada sempre à disponibilização, em vista da garantia do direito à informação. Se o conteúdo for comprovadamente injurioso e falso nada impede que o pedido de indisponibilização do conteúdo por meio de tutela antecipada.

Além disso, o legislador previu no artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 mecanismos de aplicação da tutela específica. Vejamos:

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 infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2014).

Também será possível efetivar o direito ao esquecimento por meio dos Juizados Especiais, conforme previsão do § 3º do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014. Contudo, limitando-se às causas de menor complexidade. Nesse sentido, Araújo (2014) alerta que:

A litigiosidade crescente ante a “descoberta dos direitos” aumentou a profusão de demandas nos juizados especiais cíveis estaduais e federais. Há necessidade de melhor estrutura e capacitação, ante a especialidade da

matéria que será posta em juízo, sob pena de extinção do feito pela “complexidade da causa”.

A Lei nº 12.965/2014 denominada Lei do Marco Civil contribuirá para a efetivação do direito ao esquecimento no que tange as informações veiculadas na internet, pois em seus dispositivos verifica-se a preocupação do legislador com o direito a intimidade e o direito a informação, de maneira a disponibilizar mecanismos que facilitem a aplicação do direito quanto este estiver ameaçado ou se já estiver sido violado.

## **6 CONCLUSÃO**

O direito ao esquecimento decorre diretamente da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, desdobrando-se no direito à privacidade e à proteção da imagem, porém, para que o mesmo seja aplicado há que se ponderar outros princípios constitucionais, tais como o direito a informação e a liberdade de expressão.

Com razão, pois a busca do equilíbrio deve ser uma constante no Estado Democrático de Direito, pois só assim ter-se-á assegurada a disciplina determinada pela Constituição Federal.

Desta maneira, o indivíduo que se envolva em algum acontecimento público pode, com o passar do tempo, pleitear o direito de ser esquecido, já que não é não é admissível, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que uma informação negativa, seja verídica ou não, fique eternamente a disposição para consulta através da internet ou por outras formas de exploração pelos meios midiáticos.

Nesse conflito de direitos constitucionais, o juízo de proporcionalidade e razoabilidade, emerge a aplicação da técnica de ponderação dos princípios como forma de solução do problema.

A ponderação consiste num método que visa auxiliar as decisões jurídicas nos considerados “casos difíceis” ou “hard cases”, quando impossibilitado o juízo de subsunção, principalmente quando se trata da aplicação de normas da mesma hierarquia jurídica, mas com direções opostas.

Destarte, havendo ameaça ou violação direta ao princípio da dignidade humana, especialmente no que diz respeito ao direito ao esquecimento poderá o

individuo ou seu representante legal ingressar com a medida judicial cabível, neste caso, a Tutela Inibitória, pois esta se revela como meio mais eficaz na proteção dos direitos da personalidade, pois a tutela preventiva se presta a impedir a violação do direito antes mesmo da ocorrência de possíveis danos, pois no que se refere à efetividade da dignidade da pessoa humana a tutela inibitória se encontra totalmente apta a sua preservação.

Não obstante, a tutela inibitória poderá ser exercida de maneira individual ou coletiva, inclusive, o legislador por meio da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, comumente chamada de “Lei do Marco Civil da Internet”, previu a tutela de urgência, porém, de modo defeituoso, pois a tutela de urgência não se presta tão somente para o pedido de disponibilização de conteúdo, mas também para a sua restrição.

Além disso, a “Lei do Marco Civil da Internet” contemplou a notificação extrajudicial, mesmo que de forma indireta, como medida também eficaz para a efetivação do direito ao esquecimento, considerando-a como diligência necessária para a responsabilização do provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros violando a intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

Portanto, visando a garantia dos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal, tais como o direito a intimidade e a privacidade, e ainda, a proteção do próprio princípio da dignidade humana, a tutela inibitória se apresenta como medida eficaz para efetivação do direito ao esquecimento, e, como consequência, garantia ao individuo do livre desenvolvimento de sua personalidade, onde após submetida a demanda ao judiciário, caberá ao julgador utilizar-se da técnica da ponderação dos princípios constitucionais, em cada caso concreto, aplicar o direito almejado.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 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.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>> Acesso em: 20 jan 2015.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: “Entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 1-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO % 20 AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf)>. Acesso em 22 jul 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, UNB, 1996.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 mar 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 17 fev 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 12 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 15955**. Reclamante Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 13 jan 2015.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. *Civilistica.com*, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em <http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em 26 set 2014.

CAMARGO, Sérgio Alexandre Cunha. A legitimação Pragmática: Os princípios Vazios da Igualdade, Ponderação e Razoabilidade. **Revista EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009.

CARNEIRO, Cyntia. Intimidade, vida privada e o direito à informação / Cyntia Carneiro. In: **Estudos de direito constitucional : homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 337-346.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASTELLANO, Pere Simon. **El régimen constitucional del derecho al olvido digital**. Prologo de Xavier ARBÓS MARIN. Premio Protección de Datos Personales 2011. 2012. Agencia Española de Protección de Datos. Tirant lo Blanch: València.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JÚNIOR, F.; BRAGA, P. S. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: Edições Jus Podium, 2007.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de Nelson Boeira

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

GRECO, Luís. **Curso de direito penal**. Vol.1: Parte Geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KERN, R. A. Tutela inibitória do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3142, 7 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21025>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

KHOURI, Paulo R. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, 463 e ss., set. 2013. p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e Direitos da Personalidade.** Jusnavigandi, 2003. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em 27 nov. de 2014.

LOPES, Marcelo Frullani. **Direito ao esquecimento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n 3656, 5 jul. 2013 (2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24865>>. Acesso em 22 de julho de 2013.

MANCUSO, Rodolfo. **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas.** RT. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18238-18239-1-PB.pdf> . Acesso em: 19 dez de 2014.

\_\_\_\_\_. **Tutela Inibitória (Individual e Coletiva).** 4º ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções.** Niterói: Labor Juris, 2000.

NETTO, José Laurindo de Souza. **A colisão de direitos fundamentais: O direito à privacidade como limite da liberdade de informação.** Disponível em: <<http://tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9LaurindoSouzaNetto.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a publicidade processual.** Revista de Processo, v. 37, n. 203, p. 149-180, jan. 2012.

PAULA, Jonatas Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil, v.1: Art. 1º a 261.** Manole, Barueri, SP, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo de Conhecimento.** Curitiba, Juruá, 2012.

DUARTE RODRIGUES, Vinicius Magno. **O direito ao esquecimento.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 25 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49141&seo=1>>. Acesso em: 06 dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, V. 1

TERWANGNE, Cécile de. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Barcelona, Espanha, fev. 2012, Seção Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Disponível em: <[http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne\\_esp/n13-terwangne\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_esp)>. Acesso em 24 jul. 2013.

Recebido em: 06/04/2016

Aprovado em: 22/04/2016