

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO



FERNANDO SIQUEIRA FERNANDES

DIREITO AO ESQUECIMENTO:
A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BRASÍLIA

2017

FERNANDO SIQUEIRA FERNANDES

**DIREITO AO ESQUECIMENTO:
A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA

2017

RESUMO

O direito ao esquecimento tem sido destaque no noticiário recente. Alguns casos que chegaram aos tribunais terminam por confrontar o direito à privacidade e a liberdade de expressão em contraposição ao direito de informação. O trabalho contextualiza a análise da aplicação das fórmulas de ponderação quando da colisão de direitos fundamentais, compreendendo os aspectos históricos e filosóficos que se impõe no processo de formação das memórias. Destaca-se os diversos entraves para a aplicabilidade do instituto, tal como as peculiaridades dos casos concretos, bem como a prática do entendimento dos tribunais superiores no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Memória; Direito à informação; Liberdade de expressão;

ABSTRACT

The right to be forgotten has been a highlight in recent news. Some cases that have reached the courts end up confronting the right to privacy and freedom of expression as opposed to the right to information. The paper contextualizes the analysis of the application of the weighting formulas when the collision of fundamental rights, by the understanding of the historical and philosophical aspects that are imposed in the process of memories formation. We highlight the various obstacles to the applicability of the institute, as well as the peculiarities of concrete cases and the practice of understanding the superior courts in the Brazilian legal system.

Keywords:s: Right to be forgotten; Right to be alone; Memory; Right to information; Freedom of speech

Sumário

Introdução.....	05
1 A formulação do direito ao esquecimento.....	07
1.1 Memória e esquecimento.....	07
1.2 O processo de construção da história e a memória coletiva.....	10
1.3 Contexto atual da discussão do direito ao esquecimento.....	13
1.4 Primeiros contornos da concepção do direito ao esquecimento.....	14
2 Os entraves da aplicação do direito ao esquecimento.....	17
2.1 Conflito de direitos fundamentais.....	18
2.2 Dignidade da pessoa humana.....	19
2.3 Liberdade de expressão e direito à informação versus direito à privacidade ...	22
2.4 A prática da liberdade de informação.....	24
2.5 Propostas legislativas de regulamentação do direito ao esquecimento.....	25
2.6 Cabimento do direito ao esquecimento.....	26
3 Jurisprudência do direito ao esquecimento.....	28
3.1 Direito ao esquecimento na seara penal, para o STJ.....	30
2.2 Caso Chacina da Candelária.....	32
2.3 Caso Aida Curi.....	34
3.4 As Biografias não autorizadas, segundo o STF.....	36
Conclusão.....	39
Referências.....	40

Introdução

Desde a Grécia Antiga, a noção de *res publica* era muito relevante, a vida comunitária possuía uma valoração superior à da intimidade e da vida privada. Com o desenvolvimento do homem, passa ele a proceder à conquista de sucessivas parcelas de intimidade. Essa intimidade passa a se constituir como fundamental na modernidade, tempo qual também passam a se desenvolver os mecanismos de compartilhamento de informação.

As informações que antes eram restritas a uma determinada comunidade, em razão de limitações físicas e locais, passam a circular cada vez mais com maior rapidez, terminando por eliminar fronteiras espaciais. Neste cenário, emergem conflitos quando a veiculação de informações passa a forçar o indivíduo a lidar com aspectos de suas memórias individuais, que mesmo já transcorridas há muito tem o poder de provocar um sofrimento tal que o impeça de prosseguir com o regular fluxo de sua vida.

É nesse sentido que aqui analisaremos o direito ao esquecimento, instituto que almeja proteger a memória do indivíduo de ser revirada e publicizada após o decurso de um determinado lapso temporal. Trata-se de conceituação recente, ainda que já tratada por doutrina pátria. O presente trabalho não se pretende exaurir o tema, mas lançar entendimentos em relação à realidade do direito ao esquecimento no Brasil.

Inicialmente, apresenta-se as bases históricas e filosóficas da formulação do direito ao esquecimento, bem como o balizamento desse direito em nossa realidade contemporânea. Durante esse caminho, a noção de memória nos será fundamental para compreender o sentido que dá sentido à utilização de um direito que busca preservar as memórias.

Em um segundo momento, tratamos de desenvolver o direito ao esquecimento em si, compreendendo os entraves que se identificam na tarefa de aplicação do instituto, bem como os direitos fundamentais que passam a colidir, bem como qual a solução mais acertada a fim de se dirimir os embates. As contradições e os problemas do próprio direito ao esquecimento nos serão reveladas também neste ponto. Além disso, serão apresentados projetos de lei da atual legislatura que buscavam regulamentar esse direito, tramitando no Congresso Nacional.

Em terceiro lugar, as controvérsias da aplicação do direito ao esquecimento serão colocadas à prova, por meio da observação dos casos em concreto. Será a jurisprudência advinda do direito comparado a origem da que pretendemos aplicar à realidade brasileira.

Deste modo, alguns casos de nossos tribunais superiores serão trazidos para nos elucidar como deve, na prática, operar o instituto do direito ao esquecimento.

1 A formulação do direito ao esquecimento

Como um direito identificado historicamente há poucas décadas, o direito ao esquecimento carece de uma explanação para que observemos as bases fundantes desta compreensão. Nessa perspectiva, ele só pode ser compreendido se inicialmente for admitido um lembrar-se, a existência de uma memória. A partir daqui, entenderemos a relevância das considerações sociais, históricas que permeiam o processo de constituição da memória. Essas implicações nos serão importantes para compreender a situação da posição de um direito novo que procura atender a demandas contemporâneas.

1.1 Memória e esquecimento

Compreendida entre vários campos do conhecimento, a memória revela-nos a necessidade que tem o ser humano de preservar as informações registradas para utilização ulterior por meio de um lembrar-se. No processo de construção da identidade, a memória possui um papel de protagonismo, seja no âmbito coletivo, delineando as principais características de um povo ou na escrita da história do indivíduo, sobremaneira com impactos na personalidade de alguém. Halbwachs nos transmite o ensinamento de que a memória vem a ser o “resultado do movimento do sujeito no ato da memorização, como também é ação dos diversos grupos sociais em suas histórias, o passado e presente”¹, entende o autor que a memória tende a ser um componente essencial para a vivência coletiva e social, realizando as recriações do passado que oferecem subsídios para que os indivíduos interpretem e vivam seu presente.

À memória coletiva, Halbwachs enxerga a capacidade de coesão social que ela cede para a coletividade. Vê ele também o aspecto de naturalidade, espontaneidade, seleção e desinteresse por ideologias ou objetivos de determinados grupos. Contrariamente, a história - aqui compreendida pela memória histórica - perpassa por um processo em que se faz presente a política, a manipulação, o interesse.

¹ HALBWACHS, M. 2006. A memória coletiva. São Paulo: Centauro. p. 39.

No que concerne à construção de memórias, os traços mnésicos perfazem diminuta parte dos eventos passados. Como nem tudo consegue ser fielmente registrado na marcha histórica, a memória por via seletiva, identifica os eventos relevantes à integração de sua narrativa.

Inserida dentro da lógica de uma compreensão do passado, tratado como uma ilustração de elucidação, não há antítese entre memória e esquecimento. É a memória, em verdade, um resultado da interação entre lembrança e esquecimento. Transcorridas várias cenas deixadas pelo passado, somente algumas são selecionadas para que sejam perpetuadas. Após essa seleção, há de se incidir uma interpretação capaz de relacionar os fatos uns aos outros. Nesse momento, identificar-se-ão as incoerências, gradações, causas, efeitos e explicações capazes de se encaixar dentro da narrativa estabelecida.

François Dosse acerca desse convívio comunicativo entre o binômio do lembrar e do esquecer nos traz um ensinamento à construção das ideias aqui estabelecidas: “A memória é inseparável do trabalho de esquecimento. Os dois termos que formam um contraste são o apagamento (o esquecimento) e a conservação; a memória é, sempre e necessariamente, uma interação dos dois” (DOSSE, 2004, p. 182).

A reconstrução do passado não é, por si só, capaz de conseguir prever ou definir a sua utilização futura. Por percorrer a via seletiva, a memória escolhe entre as informações recebidas sob certos parâmetros. Esses critérios, sejam eles conscientes ou não, carregam consigo a possibilidade do uso de um passado. A memória não responde apenas convicções formadas pelos indivíduos, mas também pelos sentimentos de cada um. Trata ela da construção social que forma os sentimentos de identidade, ao longo do passar histórico. Pollak ao explicitar a obra de Halbwachs nos diz que:

[...] a memória é um elemento constituinte do sentimento de identidade, tanto individual como coletivo, na medida em que ela é também um fator extremamente importante do sentimento de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo em sua reconstrução de si.²

O processo de se reconstruir provoca alterações, características da evolução do tempo, que explicitam o encadeamento do presente com o passado. As transformações sociais são assim alteradoras da memória. A esse processo, compreende Todorov a denominação de

² POLLAK, M. "Memória, esquecimento, silêncio". Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3. 1989. p. 204.

‘rememoração de aproveitamento’, que se trata da instrumentalização dos fatos passados reorientada aos objetivos correntes. Ao invés do feitiço natural e espontâneo, salta-nos à observação o zelo massivo e o cuidado de reconstrução empenhados pela memória, como resposta a objetivos precisos de política. Com isso, nota-se a indicação da ação humana, por meio das relações de poder, para orientar especificamente a memória. É ela um mecanismo fundamental para uma estrutura de poder.

Ao compreender a memória coletiva, Le Goff analisa ela como um componente intrinsecamente conexo aos conflitos pelo poder que sobressaem. A imposição de certas visões da memória tem o poder de ressaltar, confirmar, destruir certas identidades sociais. É nesse sentido que a elucubração do pensamento do autor nos será aqui deveras importante:

Tornar-se senhor da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória.³

Todorov nos demonstra ainda que, em muitos momentos de regimes antidemocráticos historicamente transcorridos, houve ali um relevante esforço no sentido de se manipular a memória, negando-se o acesso à informação. Rossi observa que, no âmbito da história política, há muitos momentos em que diversas formas de induzir o esquecimento são utilizados, bem como há diversas motivos para consecuti-lo⁴. Na história do século XX, há uma grande riqueza de ocultações e esquecimentos. No âmago do processo de decisão sobre quais fatos serão esquecidos, uma série de interesses vastos e conflitantes se colocarão à disposição para se contrapor e chegar à decisão sobre o que deva ser conservado.

Pollak faz uma definição do conceito de memórias subterrâneas, que seriam aquelas que são compartilhadas por certos grupos inseridos na sociedade que podem se opor à memória oficial defendidas pelos Estados. Outrossim, tais memórias tendem a ser transmitidas por meio da oralidade, em razão da ausência de registros a elas relacionadas. Fausto Colombo salienta que, nas sociedades de tradição oral, a dialética entre memória e esquecimento, os critérios são de valor social, e qualquer objeto mental é passível de memorização. Ainda em relação às considerações de Colombo, diz ele ao evocar a tradição

³ LE GOFF, J. 1984. “Memória”. In: Enciclopédia Einaudi. v. I. Porto: Imprensa Nacional. p. 13.

⁴ ROSSI, P. O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das ideias. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed. Unesp, 2010. p. 32.

filosófica de Tomás de Aquino que a memorização diz respeito aos conteúdos que são úteis à salvação da alma. Já para a tradição moderna de racionalismo, Descartes procura individualizar os percursos de sentido dentro da realidade a fim de memorizá-los como conteúdos privilegiados. Ambas as visões percorrem a seleção preventiva, renunciando à neutralidade.

1.2 O processo de construção da História e a memória coletiva

Nos elucida Halbwachs que a lembrança é em grande parte uma reconstrução do passado, auxiliado com as informações emprestadas do presente e com as reconstruções já realizadas anteriormente, onde a imagem de outrora se desvela já bem alterada. A memória é mais passível de veracidade que a história. Há uma tendência de que a memória recorra ao presente para ser permanentemente construída; não possui ela sentido unívoco, uma vez que há diversas fontes no presente que tem a capacidade de reconstrução do passado.

É assim, essa memória coletiva que vem sendo requisitada pela história nova. Esta última é capaz de sofrer influência advindas de novas concepções do tempo histórico, traduzindo-se em maneira inovadora de se fazer historiografia. A memória coletiva lida com o presente olhando novamente para o passado. Na história tradicional, muitas vezes há uma substituição da realidade pelo fantasioso, pelos mitos. Hobsbawm ao procurar explicar a história, dividiu-a em duas correntes antitéticas: a história dos vencedores e a história dita nova⁵. Em seu ensaio ‘A nova ameaça para a história’, são tratados os perigos da história tradicional versus a importância da memória coletiva. O autor afirma que “a história é a matéria-prima para as ideologias nacionalistas ou étnicas ou fundamentalistas”⁶, diz ele que a função do historiador tem a capacidade potencial de danos tal qual a profissão do físico nuclear, a história pode criar o passado, se o real não for satisfatório.

Um pensamento relevante de Seligmann-Silva nos expõe que:

⁵ Em conferência na Universidade da Europa Central em Budapeste em 1993, Hobsbawm (1998: 13-21) apresentou o ensaio Dentro e Fora da História, que foram apresentadas algumas de suas reflexões. Esse ensaio fora publicado na New York Review of Books (16 de dezembro de 1994: 62-65) com o título “A nova ameaça para a História”.

⁶ HOBBSAWN, E. J. Sobre História, Tradução C. K. Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.17.

Não existe uma História neutra; nela as memórias enquanto uma categoria abertamente mais afetiva de relacionamento com o passado intervêm e determina em boa parte os seus caminhos, entre diferentes formas de enquadrá-lo.⁷

O historiador não se insere exatamente no tempo da história, por estar fora do tempo, então se utiliza ele de meios linguísticos da ficção para se apoderar da realidade em que o tempo presente se fundou. A história recebe influência das instituições que concentram o poder, ela determina a verdade conforma a posição de poder que lhe é conferida. Assim sendo, a história tradicional ou história que é construída pelos vencedores não pode ser o caminho mais adequado para o conhecimento do passado e a transformação da realidade presencial em que nos inserimos. Conforme Koselleck:

O Iluminismo, portanto, fez as *res factae* e as *res fictae* deixarem de estar em uma relação de pura oposição. Com esse processo realiza-se também a assim chamada estetização, que mais tarde veio a dar cores ao historicismo. Porém, trata-se de algo mais que estetização e consciência histórica crescente, que teriam desde então estruturado a história (*Historie*). Por trás da nova coordenação entre as *res fictae* e as *res factae* se encontra, sobretudo a experiência moderna de um tempo genuinamente histórico, que obrigou a misturar ficção e facticidade.⁸

Hobsbawm nos traz uma ideia fundamental que aqui nos será deveras importante: em sua crítica à história tradicional, danosa ainda seria o ato de criar uma ficção e torná-la como história de maneira que fosse cabível a determinado interesse. A seletividade com a qual se escolhe por meio de uma edição os fatos que serão importantes e os que são irrelevantes à construção de uma história oficial é igualmente perigosa. Desse ponto, nos será importante a compreensão de que se há um grupo que atuará na posição de censor das informações, será formada uma história completamente tendenciosa e irreal, travestindo o passado de mentiras. É essa a compreensão que fundamenta as ilusões das ideologias de fundamentalismo.

A memória é um traço o qual o historiador pode transformá-la em fonte, um vestígio que persiste em continuar em nós, fortalecendo laços de identidade seja ela individual ou coletiva. Por meio do ato de recordar-se que várias conexões de familiaridade são firmadas. É esperado do historiador que se escreva um relato correto e verdadeiro acerca do tempo

⁷ SELIGMANN-SILVA, Márcio. Reflexões sobre a memória, a história e o esquecimento. In: _____. História, memória e literatura. O testemunho na era das catástrofes. Campinas: Unicamp, 2003. p. 63.

⁸ KOSELLECK, Reinhart. Futuro Passado. Contribuição à Semântica dos tempos históricos. São Paulo: Contraponto. Ed. PUC Rio, 2006. p. 250.

passado ou que, pelo menos sua narrativa seja baseada em critérios cientificamente admitidos de análise e de verificação das fontes. O fato de não se ter acesso direto aos acontecimentos passados não se traduz em inacessibilidade da verdade, mesmo que essa verdade não seja absoluta, sofrendo uma série de interferências, o dever último do historiador revela-se em estabelecer uma verdade sobre o passado. Por ser passível de erros, algo natural inclusive por se tratar de uma função humana, a profissão do historiador se sujeita ao erro sendo uma “dimensão na qual se está constantemente imerso. O conhecimento humano não é apenas falível, mas progride através do erro. Tentando, errando, corrigindo-se. Erro e acerto (ou verdade) implicam um no outro, como a luz e a sombra” (GINZBURG, 2002, p. 102). Historiografia e memória são padrões diversos, uma vez que:

[...] a memória histórica é um produto artificial, com uma linguagem prosaica e ensinável, destinado ao desempenho de papéis sociais úteis; ao contrário, a memória coletiva tem uma origem anônima e espontânea, uma transmissão predominantemente oral e repetitiva, e um cariz normativo. Também para autores como Febvre (1953), Marrou (1954) ou Nora (1984), a memória sacraliza as recordações, enquanto que o discurso historiográfico constitui uma operação intelectual crítica, que desmistifica e laiciza as interpretações, objetivando através de narrações que ordenam, sequencial e sucessivamente, causas e efeitos, de modo a convencerem que a sua representação do passado é verdadeira.⁹

Na construção da história, certamente ocorrerão momentos em que a verdade será a última a ser perquirida e os abusos da memória e do esquecimento se farão presentes. Acerca desses mesmos abusos, Paul Ricoeur, dentro do campo da história, disserta sobre uma memória obrigada, de um dever de memória. O dever de memória não pode ser confundido com um direito à memória. De acordo com esse autor, o dever de memória opera como um imperativo da justiça em que o ato de lembrar-se deve ocorrer para que os delitos sejam julgados, a verdade alcançada e suas vítimas retratadas. Deste modo, o direito à memória passa a se configurar como uma obrigação para que atos evitados de erros sejam sanados. O abuso pode se estabelecer no momento em que a justiça e o conceito de reparação sejam desvirtuados, os crimes esquecidos, os erros reempreendidos.

⁹ CATROGA, Fernando. Memória, história e historiografia. Coimbra: Quarteto, 2001. p. 39.

Em realidade recente, um fenômeno a fim de caracterizar uma forma de se forjar memórias foi definido em um termo: a era da pós-verdade¹⁰. Em uma era em que a construção da história passa a ter um aspecto de superação da verdade, ou pior, da desimportância da verdade para a construção de memórias coletivas, a seletividade alcança um nível desproporcional. Torna-se, sob essa perspectiva, a história desnecessária, pois fatos objetivos passam a ter menos influência em formar uma memória coletiva do que certos apelos às crenças pessoais ou à emoção. Assim, o lançamento qualquer de informações passa a constituir uma verdade capaz de moldar decisões sociais de peso, sendo em verdade, memórias inverídicas. Os mais expressivos exemplares da influência da pós-verdade se dão na eleição do presidente americano Donald J. Trump e na esteira da decisão do referendo favorável à saída do Reino Unido da União Européia.

1.3 Contexto atual da discussão do direito ao esquecimento.

Com o advento das novas tecnologias e a consolidação de uma sociedade informática¹¹, a sociedade na segunda metade do século XX passa a experimentar um contato cotidiano com os meios eletrônicos. Além das interações humanas adquirirem muitas vezes uma interface digital que passa a substituir a necessidade de relação direta física, a capacidade de armazenamento e organização de informações pela via eletrônica possibilitou um acúmulo sem igual de dados variados. Esse repositório digital, contrariamente às bibliotecas e arquivos tradicionais, tem a pretensão de não se submeter ao perecimento que costumeiramente o tempo ofereceria aos livros e aos documentos de papel. Há uma intenção, portanto, de privilegiar a possibilidade de uma manutenção de uma memória permanente acerca de todos os registros já catalogados.

A internet nasceu no contexto da Guerra Fria, surgiu como parte integrante do Departamento de Defesa norte-americano, para uma necessidade local. Em 1992, quando a *World Wide Web* começou a ser utilizada para a integração de informações ao alcance de

¹⁰ DICIONÁRIO Oxford Living Dictionaries. Oxford University. Oxford. 2017. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>

¹¹ SCHAFF, Adam. A sociedade informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial. Trad. Carlos Eduardo Jordão Machado; Luiz Arturo Obojes. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

qualquer usuário da internet, as páginas virtuais eram dificilmente encontradas¹². Dessa demanda por facilidades ao se procurar os referidos endereços eletrônicos onde se localizavam as informações, surgiram os primeiros mecanismos de busca. Eles eram capazes de sintetizar as informações buscadas pelos usuários por meio de itens, catalogando as páginas virtuais e indexando resultados semelhantes para os termos inicialmente buscados. Muito se desenvolveu a internet, em seus primeiros anos, pela motriz desses buscadores eletrônicos de signos. Até agora, esses mecanismos dominam parte significativa do mercado relacionado à internet, tamanha é a sua importância no cenário atual.

Na sociedade técnica em que nos inserimos, há uma transcrição eletrônica de todos os registros, havendo profusão ininterrupta de novas inserções informacionais, que terminam por inflar uma base de dados já infinda. A redução eletrônica desses dados não se considera uma seleção propriamente dita, mas uma conversão em verdade. À frente da possibilidade de uma guarda total de registros de informação não se é preciso selecionar os fatos a serem catalogados, bastando apenas traduzi-los em signos. Assim, os bancos de dados tendem a ser arquivos universais, com uma predisposição a reunir todo o devir. O esquecimento, deste modo, parece-nos vencido pela onipresença dos meios de registro.

No século passado, uma notícia de jornal ou um registro documental de informação sobre determinada pessoa era restrita aos arquivos físicos, havia uma tendência ao natural esquecimento depois de transcorrido um determinado período de tempo. No entanto, numa sociedade em que há uma supervalorização da informação e meios suficientes são acessíveis a qualquer um para sua consulta sob diversas formas, há o favorecimento da veiculação e o resgate de eventos pretéritos com grande frequência. Sob a égide da liberdade de informação, entendida como extensão da liberdade de expressão – um dos direitos humanos reconhecidos pela concepção democrática ocidental – memória e conhecimento de fatos constrangedores, declarações de opiniões já arrependidas ou crimes devidamente punidos e com suas penas já extintas podem ser identificados com um simples resgate de informações na rede mundial de computadores. Se se ocorre a descoberta de informação sobre fato de outrora que termina por constranger, atacar a dignidade do indivíduo, fato este já transcorrido há muito e que, quando trazido à tona provoca o recrudescimento de um pesar já cicatrizado, começa-se a delinear o

¹² COMPUTER HISTORY MUSEUM. Internet History. 2017. Disponível em: < <http://www.computerhistory.org/internethistory/>> Acesso em 08/10/2017.

conceito o direito do esquecimento, agindo ele como um remédio jurídico a uma situação fática, visando à proteção dos direitos da personalidade, da privacidade e da honra.

1.4 Primeiros contornos da concepção do direito ao esquecimento

A ideia de direito do esquecimento, na acepção aqui proposta, originariamente foi concebida na doutrina americana por meio do termo *right to be alone* ou *right to be forgotten*; acabou ele sendo amplamente tratado também pela doutrina nacional. A escolha do termo foi proposta pelos norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, podendo sofrer a tradução livre para direito de ser deixado só ou direito de ser deixado em paz, mas facilmente conhecido como direito ao esquecimento¹³. Assim, bem nota-se que o direito ao esquecimento é comportado pela proteção do direito da personalidade, que decorre do direito à intimidade, privacidade e à honra.

Tal direito é, em verdade, uma constituição doutrinária com uma natureza jurídica do direito da personalidade, estando ele lastreado em nossa Carta Magna, e ligado sobremaneira à realidade social. Mesmo sem se integrar expressamente entre nosso extenso rol de leis, certas normas nutrem sua essência, ao controlar temporalmente o acesso às informações. Há uma preocupação do legislador em sedimentar fatos ocorridos no mundo jurídico para que também se possa conferir previsibilidade para o futuro, não poderá alguém carregar consigo eternamente o peso de um erro que tenha sido cometido no passado, prejudicando as relações de convívio correntes.

Sobre ele, nos explica Márcio Cavalcante, ser o direito ao esquecimento aquele que alguém tem não permitir que algum fato, ainda que seja verídico, ocorrido em certo momento da vida, seja exposto ao público em geral, provocando-lhe sofrimento ou transtornos.¹⁴ Conforme bem nos explica Rogério Greco:

¹³ MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.36.

¹⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e do STJ comentados. Manaus: Dizer o Direito, 2014. p. 12.

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento.¹⁵

Assim, bem nota-se que o direito ao esquecimento é comportado pela proteção do direito da personalidade, que decorre do direito à intimidade, privacidade e à honra. O direito ao esquecimento constitui como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.

O início do desenvolvimento do instituto no Brasil de maneira mais notória se deu em março de 2013 advinda da aprovação do Enunciado n.º 531 da VI Jornada de Direito Civil que fora promovida pelo Conselho de Justiça Federal, sob a redação: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, tal entendimento decorre de exegese doutrinária do art. 11 do Código Civil, compreendendo que a perspectiva que cuida da vida privada e da imagem dos indivíduos pode também se aplicar às informações pretéritas de cada um. O referido enunciado vai ao encontro das demandas contemporâneas, que necessita de controlar a sua biografia no mundo digital. Não há a pretensão de se reescrever sua própria história, mas apenas proteger sua memória pessoal, um patrimônio individual do indivíduo.

¹⁵ GRECO, Rogério. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. in Temas Atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, 2013, p. 761.

2 Os entraves da aplicação do direito ao esquecimento

A concepção do direito ao esquecimento vem ao encontro de um interesse individual contemporâneo de autopreservação. Fatos pretéritos teriam a possibilidade de não mais serem rememorados a ponto de continuamente incitar o sentimento de sofrimento e pesar no indivíduo. Fatos a serem recordados, ainda que totalmente verídicos, poderiam vir a serem esquecidos. Fatos os quais tivessem o condão de provocar um sentimento de constrangimento ou sofrimento pessoal, sob o critério pessoal de seleção.

Uma série de questões exsurtem da problemática de aplicação fática do direito ao esquecimento. Advindo do desenrolar do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a ideia norteadora de todo o texto constitucional, permanece a dúvida se poderiam se impor obstáculos no momento de decisão de sua aplicação. O Judiciário é aquele capaz de analisar se fatos reais sobre a vida de alguém podem ou não se perder na vala do esquecimento, o julgamento de casos semelhantes poderiam encontrar resultados completamente opostos, dada a subjetividade do órgão julgador. Quanto tempo seria suficientemente distante do fato para que se pudesse esquecê-lo é mais um dos pontos ao qual devemos nos debruçar.

Em sendo cabível sempre o julgamento caso a caso, e a subjetividade que a tarefa permite, será incitada aqui entre nós essa mesma subjetividade nas discussões propostas. O fato em si pode perfeitamente causar o constrangimento natural de seu demérito intrínseco, mas transcorrido um certo tempo, perder-se-á a capacidade de ser sofrer aquele mesmo aborrecimento. Ora, a parcialidade natural do indivíduo não o faz compreender que o sofrimento sentido por ele é resultante de um fato inexorável, imutável. Nos resta saber se a conveniência pessoal será a determinante para julgar ainda se é ele hábil para reeditar a história, esquecendo-se de parte dela.

A liberdade de informação, de expressão colidem-se diretamente com o direito ao esquecimento, uma série de alternativas são apontadas a fim de resolver esta questão. Quando identificado o conflito de direitos fundamentais uma difícil tarefa será empenhada. As alternativas mais acertadas encontraremos em Robert Alexy.

2.1 Conflito de direitos fundamentais

Pode-se falar em conflito de direitos fundamentais quando se nota o conflito desinente do exercício dos direitos individuais por diferentes titulares. Esta colisão pode advir, outrossim, do conflito entre os direitos individuais do titular em relação aos bens jurídicos da comunidade.¹⁶ Ressalta-se que esse embate comporta temperanças, nem tudo em que se pratica em suposto exercício de determinado direito encontra guarida no seu campo de proteção.¹⁷

Dessarte, muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram conflitos aparentes, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo [RÜFNER, Wolfgang, Grundrechteskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, v. II, p. 452 (455-456)]. Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual[RÜFNER, Grundrechteskonflikte, cit., p. 461]. Um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais é assinalado por Edison Farias: a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); ou a liberdade interna de imprensa (art. 38º, 2º, da Constituição portuguesa), que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação pode entrar em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas [Cf., sobre o assunto, FARIAS, Edison Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996, p. 94 e s.]¹⁸

Assim, compreende-se que ocorre a colisão autêntica quando um direito individual interfere diretamente no âmbito de proteção de um outro direito fundamental. Quando da aplicação do direito ao esquecimento, sempre haverá ele de buscar resguardar a circulação de determinada informação que causa um pesar individual em detrimento da capacidade do público de ser lembrado da informação, ainda que totalmente verdadeira. Temos assim uma aplicação de um direito que não conseguirá se distanciar da colisão sempre perene entre direito à intimidade, privacidade contrapondo-se ao direito de informação e à liberdade de expressão.

¹⁶ CANOTILHO, Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 643.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Relatório de Jurisprudência IOB – 1ª quinzena de março de 2003. n.º 5/2003, p. 185.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 896, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 15/07/2008, DJe-144, 05/08/2008)

Para solucionar esse conflito de direitos fundamentais, é possível que uma das fórmulas aventadas perpassa pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais. Ainda que o direito constitucional não rechace a designação de normas com diferentes pesos em uma dada ordem constitucional, há de se frisar que uma rigorosa fixação terminaria por desfigurar os direitos fundamentais e, em análise última, a própria Constituição¹⁹. Não se sobrepõe o direito de expressão, de informação totalmente sobre a inviolabilidade da privacidade e da honra ou vice-versa. Não há como estabelecer uma regra de fixação que seja um critério completamente objetivo, o qual seria suficiente para nos aclarar como devemos aplicar o direito ao esquecimento.

A solução para a questão passa por uma ponderação que leve em consideração de todas as circunstâncias e peculiaridades do caso sob o qual se deleita. Trata-se de uma “ponderação de bens tendo em vista o caso concreto”.²⁰ Para Alexy, essa ponderação perfaz-se em três planos. É necessário se definir a intensidade de intervenção, no primeiro plano. Ao plano seguinte, tratar-se-á de conhecer a relevância dos fundamentos que justificam a intervenção. Um terceiro plano será necessário para que se realize a ponderação em sentido estrito e específico. Diz-nos o autor que o premissa da proporcionalidade em sentido estrito se impõe no sentido em que quanto maior for a intensidade de intervenção em certo direito fundamental, maior terá de ser os fundamentos que justificam essa mesma intervenção.

2.2 Dignidade da pessoa humana

Embora o texto constitucional não tenha especificamente privilegiado determinado direito em relação aos demais, quando da fixação das cláusulas pétreas, não resta dúvida que os valores ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem papel de destaque. A compreensão de direito do esquecimento é concebida como um desenrolar do direito à privacidade, que por sua vez é um desdobramento da dignidade da pessoa humana. Por meio da Constituição Federal de 1988, o constituinte elencou os princípios fundamentais, dentre

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 186.

²⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 64 e 131. Cf., também, tradução da conferência de Alexy: *Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998.

eles em seu artigo 1º, inciso III sobre a dignidade da pessoa humana. No plano jurídico, figura ela como sendo a inviolabilidade de sua dignidade, buscando-se a proteção da pessoa humana, visando a impedir condutas que sejam lesivas a tal.

Quando do momento da solução dos conflitos entre direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana admite um relevo sem igual na decisão do processo de ponderação entre os polos de conflito, é assim que tem se guiado o Supremo Tribunal Federal – STF em seus julgamentos. Há, no entanto, jurisprudência no STF que reconhece a possibilidade de diferenciações a serem realizadas frente à tensão entre liberdade de expressão e de crítica e o direito à intimidade e à honra, haja vista que há situações diferentes desempenhadas por eventuais envolvidos. Assim sendo, é possível por exemplo, estabelecer um critério diverso de aferição de cabível lesão à honra em relação à exposição pública das pessoas em questão:

Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilità, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município 'com dívidas causadas por suas falcatruas' ²¹

Notemos que exsurge um critério para o balizamento na tradição do STF na tarefa de ponderação, estabelecendo que os homens públicos não de se submeter a uma maior exposição de sua personalidade na arena pública, devendo eles portanto tolerar críticas que para um homem comum poderiam ser compreendidos como uma lesão à honra.²²

Ora, já tendo o STF estabelecido um entendimento que aqui nos parece plenamente razoável, as problemáticas começarão a se impor quando da observação das decisões obtidas em casos concretos. Não tem sido raros os casos em que pessoas públicas são vítimas de críticas ou de opiniões que de algum modo criar uma contrariedade ou aborrecimento na figura pública em questão. Igualmente não raras tem sido as tratativas de se recorrer ao judiciário sob a pretensão de reparação por lesão à honra, em função dessas opiniões. Apesar

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 78.426-6-SP, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Julgamento: 06/03/1999, 1ª Turma, DJ, 07/05/1999.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 193.

de cada caso comportar uma série de peculiaridades em relação às ofensas sofridas e não caber aqui uma generalização absoluta, uma série de decisões favoráveis se dão no sentido de declarar procedente a reparação por violação à honra de uma determinada figura pública.

Um caso recente que bem expressa a concessão de reparação diz respeito às ofensas que uma apresentadora de televisão em uma rede social proferiu em desfavor de Ministro do STF, ambas figuras públicas. No caso em tela, julgou-se favorável a condenação da ré em direitos morais, tal como prolata a sentença:

[...] Assim, a sua liberdade de expressão deve ser utilizada de forma consciente e responsável, pois as consequências de uma publicação ofensiva podem causar danos à esfera jurídica de terceiros, como na hipótese dos autos. Diante disso, há elementos suficientes para reconhecer que a requerida extrapolou os limites de seu direito de expressão, pois não se limitou a expor o seu ponto de vista a respeito de uma decisão proferida pelo requerente, mas lhe imputou cumplicidade ao crime de estupro, tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador, fato suficiente para atingir a sua honra e imagem. Portanto, reconheço, nos termos do art. 187 do Código Civil, que a ré cometeu ato ilícito, por ser titular de um direito que, ao exercê-lo, excedeu manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, ou seja, extrapolou o tolerável, conforme acima descrito.²³

Tortuosa é a tarefa do órgão julgador em analisar se há conflito de direitos fundamentais ou se algum deles deve prevalecer para um específico contexto. Não cabe aqui juízo de valoração acerca da tomada de decisão na sentença supramencionada, mas o campo de subjetivismo ainda lançará sua sombra de dúvida sobre qual decisão possível será a mais acertada.

Na tradição brasileira, diferentemente da tradição jurídica americana, o princípio norteador é a dignidade da pessoa humana. A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos preconiza que o Congresso passa a ser impedido de limitar a liberdade de expressão e limitar a liberdade de imprensa.²⁴ Aos poucos, a realidade jurisprudencial americana passou a incorporar esses princípios e dar um largo campo espacial desses direitos, tornando-os como pouquíssimo insusceptíveis de restrição. De acordo com essa visão, não tem o Estado o condão de impedir publicações de quaisquer natureza, sejam elas racistas, incitadoras do

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Vara Cível de Brasília. Procedimento Comum: 2016.01.1.062108-0. Autor: Gilmar Ferreira Mendes. Réu: Mônica Iozzi Castro. 06/06/2016.

²⁴ BERNS, Walter. “A Constituição ‘Assegura Estes Direitos?’” in GOLDWIN, Robert A. e SCHAMBRA, William A. (ORG) A Constituição Norte-Americana. Capitalismo/Democracia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

discurso de ódio ou de mal gosto. Não se comporta, sobremaneira, o Estado americano como um censor, dado ser reconhecidamente elevado o grau de consolidação daquela democracia.

2.3 Liberdade de expressão e direito à informação versus direito à privacidade

Nasceu, em sua essência, o direito de informação em resposta a uma necessidade de se satisfazer o interesse da coletividade na comunicação, na convivência regular, assim como para se intermediar a construção de uma sociedade com visão crítica, dentro de um contexto democrático. Dentro da categoria de direitos e garantias fundamentais, no que toca ao direito de informação e liberdade de expressão, temos que:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;²⁵

Ainda que a veiculação e circulação de informação sejam tuteladas pela Carta Magna, acontecem casos em que a divulgação de uma notícia pode vir a violar de fato direitos protegidos pela Constituição Federal. Assim sendo, pode se operar um conflito na consecução do direito de liberdade de imprensa, que tem o dever dúbio de informar e de respeitar a inviolabilidade da vida alheia. Rui Barbosa nos expõe a importância do papel da imprensa:

A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de idéias falsas e sentimentos pervertidos, um país que,

²⁵ BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.²⁶

O remédio jurídico previsto na Constituição Federal em resposta à violação aos direitos da personalidade é a garantia do direito de resposta, que serve como mecanismo de defesa àqueles que tiveram seus direitos aviltados. O presente texto constitucional nos garante um amplo acesso à informação por meio de diferentes meios; é-nos, no entanto, importante salientar que o direito à informação não possui caráter absoluto, não podendo ser invocado a qualquer custo. Deverá ela sofrer limitações dos direitos à vida privada, à imagem, à intimidade e à honra, estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal. Vê-se assim que o direito de informação é, em verdade, a possibilidade de o indivíduo conhecer fatos do seu interesse próprio ou de interesse coletivo.

A respeito do conflito entre princípios de liberdade de expressão e informação em oposição à dignidade da pessoa humana, aqui não se pretende tecer entendimentos que sejam favoráveis a uma censura autoritária, nefasta e tendente à destruição de uma democracia ainda insipiente e tão recente. As experiências antidemocráticas do final do século passado já foram suficientemente devastadoras na história brasileira. Quando encontramos algum sentido no direito ao esquecimento, trata-se de dar ao indivíduo a possibilidade de se reescrever a própria história, buscando-se rechaçar a produção e a manutenção de notícias de maneira inconsequente, que motivem a dor e constrangimento ao indivíduo.

Tal qual a memória coletiva de uma sociedade, a memória individual merece ser tutelada. Da mesma maneira qual o historiador seleciona as fontes a serem utilizadas no transcorrer da operação historiográfica, o indivíduo seleciona quais fatos irão compor a sua memória individual. Assim, a evolução e desenvolvimento demanda esquecer e escolher o passado para se formar a realidade. No entanto, essa tarefa tem de ser exercida de maneira mais intuitiva, natural e inconsciente do que intencional e ideológica, sob pena dessa história se assentar sob fundamentos equivocados de tendências errôneas. Deve ser a aplicação do direito ao esquecimento uma excepcionalidade, voltada a mitigar um sofrimento específico do indivíduo. Por meio do juiz de ponderação, ao se considerar o ordenamento jurídico como

²⁶ BARBOSA, Rui. A imprensa e o dever da verdade. São Paulo: Editora Papagaio, 2004. p. 32.

uma unidade sistemática²⁷, ocorrerá a conjugação das normas aparentemente excludentes com a convivência harmônica na realidade fática.

2.4 A prática da liberdade de informação

Já tratado como motor essencial ao desenvolvimento do homem, o acesso à informação é uma necessidade de cada indivíduo para que ele se informe, se cientifique dos fatos correntes e interaja com os demais seres humanos. A fim que o direito a informação seja completo em seu objeto normativo, hão de ser contempladas três variáveis: o direito de se informar, o direito de informar e o direito de ser informado.

Ainda que se pugne aqui pela relevância da liberdade de expressão - ao lado da liberdade de imprensa e da liberdade de informação - não é ela um direito insuscetível à restrições. Deve-se ponderar acerca de uma informação dentro dos contornos da própria Constituição Federal de forma a que apenas as informações que possuam uma relevância para a coletividade, assim como o cometimento de crimes cometidos por figuras públicas devem ser expostos integralmente. Sigamos o que nos diz a Constituição mais uma vez, e seu artigo 5º, inciso XXXIII:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado²⁸

Nossa Constituição ampliou o exercício de direitos, com vistas a proporcionar a efetiva consagração do processo democrático de cidadania. O direito à informação tornou-se assim uma conquista essencial em direção à democracia que se busca no Brasil, uma vez que a censura poderia demonstrar a afronta à dignidade do Estado Democrático de Direito, tal como ocorreu no período antidemocrático do regime militar. O interesse pela liberdade de informação também vai ao encontro do crescimento e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação.

²⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, UNB, 1996, p. 73.

²⁸ BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

Em uma sociedade marcada pela catalogação tamanha de informações por meios eletrônicos, o direito de se informar passa a se caracterizar em grande parte pela capacidade de alguém poder ter acesso por meio da busca da informação, principalmente em relação à busca eletrônica dos grandes sítios de internet especializados.

2.5 Propostas legislativas de regulamentação do direito ao esquecimento

Não existe uma sistematização legal clara do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. As tratativas legislativas, no entanto, até aqui tem se demonstrado como tropeços no caminhar democrático. A fim de se regulamentar o direito ao esquecimento no Brasil, quatro propostas legislativas cuidaram do tema na atual legislatura, no Congresso Nacional, a saber o PL 7881/2014, de autoria do então deputado Eduardo Cunha PMDB/RJ); o PL 1676/2015, proposto pelo deputado Veneziano Vital do Rêgo (PMDB/PB); o PL 2712/2015, de autoria do deputado Jefferson Campos (PSD/SP); e o PL 215/2015, de autoria do deputado Hildo Rocha (PMDB/MA). A arregimentação do direito ao esquecimento nesses Projetos de Lei cuida tão somente dos mecanismos eletrônicos de busca de informações a fim de promover à desindexação do resultado das pesquisas. Não se buscou até agora, nessas quatro proposições, o impedimento direto de divulgação ou veiculação de informações de caráter jornalístico-informativo, mas ocorre a intenção de dificultar o acesso às informações pretéritas que julgue o interessado serem desimportantes.

O PL 7881/2014, que tinha por escopo a obrigatoriedade de remoção de links nos mecanismos de busca da internet que fizessem referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o indivíduo não previa qualquer crivo do Poder Judiciário para que a desindexação ocorresse, o mero pedido pela pessoa interessada obrigaria a remoção de links em mecanismos de busca na internet. Apesar da proposta aparentemente tratar de direito ao esquecimento, talvez se caracterize ela mais como um tropeço legislativo casuístico. Na prática, a apreciação do Poder Judiciário sobre o conflito estabelecido entre o direito fundamental de informação e o direito fundamental à privacidade é transferida ao interessado, cabendo-lhe ser verdadeiro órgão jurisdicional sobre o caso que diz respeito ao seu próprio interesse, criando uma aberração fática que terminaria por editar a verdade de maneira que o

direito fundamental à informação fosse destruído. O direito ao esquecimento não detém um caráter absoluto, devendo ser analisada pelo Poder Judiciário em cada caso concreto, a partir da ponderação dos valores ali envolvidos. Outrossim, apesar desta proposta já ter sido rejeitada e arquivada, e de ela nos revelar uma aparente tentativa de regulamentação do direito ao esquecimento, sendo em verdade apenas um simulacro com vistas à eliminação do direito à informação. Mais uma vez notamos que as tentativas de desvirtuação do direito ao esquecimento de forma a orientar ao enfraquecimento do direito à informação.

Não cabe a cada indivíduo a análise pessoal de quais informações podem ou não podem ser eliminadas dos registros existentes, conforme a pretensão legislativa. É imprescindível ressaltar que a separação dos poderes de Montesquieu²⁹ quando fala da não interferência das funções típicas de cada poder não transfere usualmente competências legiferantes ao Poder Judiciário e nem a capacidade de supressão do Judiciário a critério do Poder Legislativo, sob pena de se desconstituir uma característica fundamental do Estado de Direito.

2.5 Cabimento do direito ao esquecimento

A aplicação pura e simples do direito ao esquecimento a qualquer caso de descontentamento em relação à publicização de uma informação pessoal não pode encontrar guarida em nossa realidade. Frise-se que a liberdade de expressão tem de ser uma orientação permanente na vivência democrática brasileira. É ela que nos garante o acesso às informações relevantes. Como dito, na análise do cabimento do direito ao esquecimento ter-se-á que operar o juízo de ponderação. Este juízo será exercido não sob o crivo pessoal de quem padece com a veiculação da informação ou de quem se constrange; é tarefa do judiciário se debruçar sobre a questão. É também tarefa do judiciário verificar se a informação em questão se levada à arena

²⁹ A síntese dos professores Bolívar Lamounier e José Américo M. Pessanha elucida a doutrina de Montesquieu que: "...opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares. (...)" in PESSANHA, José Américo Motta e LAMOUNIER, Bolívar: **Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. Montesquieu: Do Espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979. (Coleção "Os Pensadores").

pública realmente é capaz de provocar um sofrimento tal que impeça a regular continuidade da vida do indivíduo.

A escusa da pretensão de o direito ao esquecimento agir como corolário da dignidade da pessoa humana e portanto dever-se sobrepor sempre ao direito da liberdade de expressão e de informação é, na verdade um perigo. Notemos que não há dispositivo constitucional que peça ao juiz um juízo de conveniência a respeito de informações lícitas e verdadeiras que foram obtidas por meios lícitos.

A banalidade da repetida invocação ao direito ao esquecimento pode fazer com que o juiz, visto como agente do Estado, se torne um editor do debate público. É natural que todas as pessoas tenham assuntos os quais se prefira evitar, porém a exclusão de conteúdo não tende a ser um caminho ideal, uma vez que riscos são identificados: à democracia e também ao livre trânsito de informação. Ao se defender a existência de um irrestrito direito ao esquecimento, dar-se-ia aos juízes o poder do sim e do não na arena pública.

O direito ao esquecimento não é apenas o recorrente conflito entre direito à informação e liberdade de expressão face aos direitos da personalidade. É, na verdade, uma prerrogativa do indivíduo para exigir que determinada publicação seja removida ou ocultada ainda que o conteúdo da informação em questão não ser originalmente ilícito, mas que por algum motivo perdeu sua importância para o interesse público. Este tem de ser o critério cabível para análise da retirada de uma determinada informação de circulação.

Os fatos que possam em alguma medida se conectar a fatos genuinamente históricos não deverão de modo algum sofrer qualquer tipo de restrição por parte do direito ao esquecimento, fatos em que o interesse público permaneça mesmo com o transcorrer do tempo quando a narrativa histórica não consiga se desvencilhar da firma dos indivíduos envolvidos. No momento de verificação do cabimento do direito ao esquecimento, terá de ser observado o princípio do *in dubio pro societate* a fim de sempre privilegiar o direito à informação a que tem a sociedade, inclusive para a constituição de memórias coletivas fidedignas.

3 Jurisprudência do direito ao esquecimento

Já tecidas diversas considerações acerca do direito ao esquecimento e imbuídos da fórmula de ponderação em relação ao caso concreto, aludida por Alexy, devemos agora nos debruçarmos aos casos concretos com a finalidade de compreender na prática os contornos possíveis ao direito ao esquecimento, bem como entender sua aplicação.

Abarcado na seara do direito francês, René Ariel Dotti afirma que o caso Marlene Dietrich foi uma espécie de pedra fundamental que fora utilizada como alicerce do direito ao esquecimento, uma vez que a corte parisiense reconheceu expressamente que:

as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida. O direito ao esquecimento, como uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após um lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: ‘O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!’³⁰

Ainda na jurisprudência do direito comparado, noticia-se um importante caso de aplicação de direito ao esquecimento, que ocorre nos Estados Unidos da América, o caso *Melvin versus Reid*. Datado de 1931, o Tribunal da Califórnia recebeu em sede de apelação um recurso em que tinha como parte Gabrielle Darley, que havia se prostituído e sido acusada de homicídio no ano de 1918, acusação esta da qual foi inocentada posteriormente. Tendo abandonado o modo de vida qual levava, constituiu família com Bernard Melvin, conseguindo assim readquirir seu prestígio social. Acontece que vários anos depois, Doroty Reid produziu um filme em que retratava com precisão a vida de Gabrielle. Seu nome e sua imagem eram veiculadas amplamente na obra da Reid. Inconformado com a exposição de sua mulher pelo filme, o Marido Melvin foi atrás de reparação pela violação à vida privada de sua esposa e de sua família. Reconheceu, outrossim, a corte californiana a procedência do pedido, amparado na compreensão de que uma pessoa correta que vive a vida de maneira igualmente correta tem direito à felicidade. Este direito, por meio desta compreensão, isenta o indivíduo de desnecessários ataques à sua honra, posição social ou reputação.³¹

³⁰ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 92.

³¹ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 90-91.

Na Alemanha, em um lugarejo chamado Lebach havia ocorrido uma chacina em que quatro soldados, que guardavam um depósito de armas e de munições. Dois acusados pelo cometimento do crime foram condenados à prisão perpétua e um terceiro partícipe fora condenado a 6 anos de reclusão. Posteriormente um TV alemã produziu um documentário em que atores contratados dramatizavam cenicamente seu conteúdo. Não apenas havia a reencenação dos fatos mas a veiculação, as fotos reais dos condenados bem como os nomes de todos os condenados, inclusive aludindo possíveis ligações homossexuais existentes entre eles. O documentário seria apresentado dias antes de o terceiro condenado deixar o cárcere após o cumprimento da pena. Desse modo, esse último pleiteou, em sede de tutela liminar para que o programa não fosse exibido, com fulcro no argumento de que se imperaria a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na constituição alemã. A corte decidiu acertadamente que a fotografia ou o nome do reclamante não poderiam ser expostos, o acórdão referido recebeu a emente que segue:

1. 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. 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).³²

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.334.097-RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/05/2013. DJe de 10/09/2013.

Nesses três casos oriundos do direito comparado, nota-se que as imagens e os nomes, depois de transcorrido um tempo significativo não eram relevantes à narrativa da história veiculada ao público. Em nada em termos de conteúdo seria necessária modificação ou qualquer identificação de censura, uma vez que a história poderia ser contada livremente, sem ter de atribuir nome ou imagem dos que tiveram seu direito à intimidade violados. Tragamos agora os casos no ordenamento pátrio em que observamos a aplicação do direito ao esquecimento.

3.1 Direito ao esquecimento na seara penal, para o STJ

É no direito penal que o direito ao esquecimento se torna mais vixacente. O art. 93 do Código Penal prevê a reabilitação que “alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação”.³³ Na mesma esteira, o Código de Processo Civil nos diz que concedida a reabilitação as condenações anteriores não hão de ser mencionadas em folha de antecedentes do reabilitado, nem sequer em certidão extraída de livros do juízo, salvo apenas quando forem estas requisitadas por um juiz criminal.³⁴

Diz-nos o art. 202 da Lei de Execuções Penais:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.³⁵

Assim, aqui nos atemos ao entendimento que os condenados que cumpriram a pena tem pleno direito ao sigilo da folha de antecedentes, bem como a exclusão de registros da

³³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

³⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal : Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, 13 set. 1984.

condenação que constam no instituto de identificação. Os que foram absolvidos, ademais, estes por óbvio não podem permanecer com este estigma, conferindo a eles a lei o direito de serem esquecidos.

Resta pacífica a doutrina dentro do STJ em reconhecer a possibilidade de direito ao esquecimento dos condenados que já cumpriram suas penas ou que delas foram absolvidos. Colacionemos aqui alguns julgados por este tribunal para que possamos corroborar esse entendimento:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO. ABSOLVIÇÃO. PROCESSO PENAL. CANCELAMENTO DE REGISTRO NA FOLHA DE ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O cancelamento dos dados nos terminais de identificação, relativos a inquérito arquivado e a processo penal em que o réu foi absolvido, é pura e legítima consequência da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade. 2. Recurso provido.³⁶

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FOLHA DE ANTECEDENTES. CANCELAMENTO DE REGISTRO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, por analogia aos termos do art. 748 do Código de Processo Penal, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, a ações penais trancadas, a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado e a absolvições por sentença penal transitada em julgado ou, ainda, que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado decorrente da prescrição da pretensão punitiva do Estado. 2. Recurso provido para que sejam canceladas as anotações realizadas pelo Instituto de Identificação Ricardo Glumbenton-IIRGD relativas ao Processo-Crime 240/92, em que ocorreu o trancamento da Ação Penal nº 240/05.³⁷

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ANTECEDENTES CRIMINAIS - INQUÉRITOS ARQUIVADOS - EXCLUSÃO DE DADOS DO REGISTRO DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. 1. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, de molde a preservar a intimidade do mesmo. 2. "A lei confere ao condenado reabilitado

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.634/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 379.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24099/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 08/05/2008, DJe 23/06/2008.

direito ao sigilo de seus registros criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do registro pertinente, em sua folha de antecedentes."³⁸

O STJ, bem como a doutrina, não vacila em conferir a prevalência ao direito ao esquecimento dos condenados e absolvidos, pois se entende que não se pode eternizar uma informação. O interesse público que circunscreve o evento criminal tende a desaparecer na medida em que se esgota a resposta penal que fora conferida ao fato delituoso. É nesse interregno temporal que se desvela a vida útil da informação, esse é o critério que aqui utilizaremos. Ressalte-se mais uma vez que a informação é relevante se há corresponde importância para o interesse público, transcorrido o tempo, se por acaso se opera a perda da característica de relevância para o interesse público, conseguirá o direito ao esquecimento atingí-la, portanto.

3.2 Caso Chacina da Candelária

O caso em tela refere-se a uma ação que fora enfrentada pelo STJ no Resp 1.334.097/RJ. A parte autora, cujo nome fora protegido por segredo de justiça ajuizou ação em desfavor da Globo Comunicação e Participações S/A. O autor havia sido indiciado como partícipe do caso que ficou conhecido como Chacina da Candelária, no Rio de Janeiro em 1993. Tendo sido levado a júri popular, este terminou por ser absolvido em razão da ausência de provas.

Entre 2003 e 2007 foi veiculado às quintas-feiras em horário nobre na televisão aberta o programa Linha Direta Justiça na Rede Globo de Televisão. Tratava-se de um programa em que ocorria a dramatização de crimes que tiveram um grande destaque no país. Com a reconstituição dos crimes, causava-se a lembrança e a empatia do público com as vítimas, e conseqüentemente, o repúdio aos responsáveis pelo cometimento dos crimes. Foi o autor dessa ação procurado pela produção do programa Linha Direta Justiça, da referida emissora de televisão, para a realização de entrevista a fim de tratar do caso. Houve negativa

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17774/SP. Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 1.7.2004, p. 278.

de pronto por parte dele, revelando o desinteresse em se vincular ao episódio o qual já tinha sido absolvido pela instância judiciária.

O programa então passou a exibir um episódio que retratava o caso da Chacina da Candelária, e nele era o autor citado como um dos supostos executores dos crimes, que já haviam ocorrido há duas décadas. O programa fez as ressalvas de que aquele havia sido absolvido por falta de provas. No entanto, optou a edição do episódio em veicular imagem dele ao massacre, recrudescendo ao autor o constrangimento e desconforto de ter de reviver todo o pesar enfrentado anteriormente.

Assim, tomando por base todo o desconforto e o abalo sofrido em seu ciclo de convivência social, pleiteou o autor pela indenização moral, invocando para o caso a aplicação do direito ao esquecimento. A fim de se fundamentar a pretensão exercida na ação, argumentou o autor pela ausência de contemporaneidade da informação e o contexto de que não se tratava de uma informação de alçada jornalística, uma vez que tais crimes já haviam sido analisados pela justiça, tendo ocorrido trânsito em julgado há décadas. Operando a favor de si o desinteresse que eventualmente a coletividade tivesse na rememoração específica de seu nome e sua imagem.

O Juízo de primeiro grau, da 3ª Vara Cível do Rio de Janeiro, havia já julgado a pretensão do autor formulada no pedido como improcedente, não reconhecendo o direito ao esquecimento, ao anonimato. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reverteu a decisão, condenando a emissora ao pagamento de R\$50.000,00 sob título de danos morais. A parte vencida na apelação irressignou-se por meio de Recurso Especial, amparado pelo argumento de que não houve violação alguma ao direito à intimidade ou privacidade, uma vez que a narrativa contada se tratava de fatos fartamente conhecidos pela sociedade.

O relator do caso no STJ, Ministro Luis Felipe Salomão da 4ª Turma do STJ, entendeu consonantemente à decisão do TJRJ, reconhecendo o direito ao esquecimento do autor, analogamente ao caso do direito comparado alemão tratado aqui anteriormente. A Turma acompanhou o relator por unanimidade. O interesse público da notícia foi sopesado, em desfavor do anonimato, resguardando-se a dignidade do indivíduo. No acordão do referido REsp, é ressaltado que a mesma informação poderia ter sido veiculada sem a necessidade de

expor o nome, a imagem do interessado em âmbito nacional, trazendo verdadeiras lições aos objetivos que aqui serão perfeitos:

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.³⁹

Observa-se que neste caso que o julgador indicou que não houve afronta ao direito à informação. O caso se encaixaria à aplicação do direito ao esquecimento, por não ter ocorrido mínima cautela por parte da emissora de televisão ao expor a narrativa pretendida. O sofrimento ao qual a parte autora fora exposta justifica os motivos que embasaram a procedência de seus pedidos, na visão do relator.

3.3 Caso Aida Curi

Em condição diversa do primeiro caso, coube ao STJ mais uma vez analisar um caso que pleiteara o direito ao esquecimento: o REsp 1.335.153/RJ. O mesmo programa aludido anteriormente, Linha Direta Justiça, num outro episódio cuidou de tratar de um crime ocorrido há mais de cinquenta anos cometido contra a vida da jovem Aida Curi. A veiculação do programa teve o condão de reavivar sabores e tristezas sofridos pela família da jovem, uma vez que foram utilizadas também imagens da vítima bem como de seus familiares,

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.334.097-RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/05/2013. DJe de 10/09/2013.

mesmo já tendo sido notificada a emissora com a expressa oposição à veiculação do programa.

Os irmãos de Aida Curi então ajuizaram ação em desfavor da Globo Comunicação e Participações S/A, com a alegação de que o programa objetivava tão somente à exploração de uma tragédia familiar, com o intuito precípua de alcançar resposta de crescimento de audiência. Disse a família da jovem que ocorreu no episódio uma verdadeira obra cinematográfica frente ao uso de impactantes cenas de violência extrema. Nesse sentido, buscou-se invocar o direito ao esquecimento para se contrapor à violação à dignidade da pessoa humana ali pretendida. Tratava-se da intenção de não ver um drama pessoal explorado em rede nacional.

O juízo de primeiro grau negou a pretensão desvelada na peça vestibular, julgando improcedente os pedidos da parte autora. Manteve em seguida o TJRJ a decisão fundada na compreensão de que a exibição do episódio não resultou em ofensa a direitos fundamentais, mas era tão somente decorrência do direito à liberdade de imprensa. Por isso, persistindo a irresignação dos autores, protocolizou-se Recurso Especial pedindo a indenização oriunda do lucro obtido pela emissora de televisão por meio da exploração da imagem da jovem falecida, bem como indenização por dano moral.

O relator do caso, novamente o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto diz-nos que o conflito entre a liberdade de informação - ao lado da liberdade de expressão - e os direitos da personalidade comporta as nuances da modernidade, a partir de uma realidade social nova, que está ancorada na informação de massa. O conflito estabelecido resume-se ao interesse de querer ocultar-se e de outro interesse, o de se fazer revelar.

Ainda que o relator admitir em teu voto tomar-se por inclinado à predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, votou pela improcedência do pedido de reconhecimento de danos morais, uma vez considerado que no caso em tela não haveria como incidir o direito ao esquecimento, por motivo de o crime ser considerado um fato social importante, integrando os arquivos da história. Por maioria de votos, o Recurso Especial foi negado.

Aqui nos será importante colocar lado a lado os dois casos analisados pelo STJ, em cada uma existindo peculiaridades, porém tais diferenças não extirparão a possibilidade de comparação entre elas. Parece-nos haver uma certa contrariedade em relação ao cerne da

aplicação do direito ao esquecimento, uma vez que no primeiro caso se reconhece que o indivíduo tem o direito de não ver seu sofrimento renascer na arena pública. Já no caso Aida Curi diz ele que com o transcorrer o tempo “a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”.⁴⁰ Ao caso da jovem, pugna o relator por um aspecto de historicidade e relevância do interesse público do fato, que não consegue se desvencilhar da identidade de Aida Curi, ao passo que no caso da Chacina da Candelária o autor não fora compreendido pelo julgador como um personagem da história que fosse indissociável da narrativa estabelecida na chacina, ainda que possua ela também um valor histórico.

O sofrer psicológico é algo de foro íntimo, estritamente pessoal, não podendo ser graduado numa escala objetiva. A argumentação assenta-se, deste modo, sob critérios não jurídicos, ao lançar a afirmação de que a passagem de meio século conseguiu estabilizar os sentimentos de pesar dos familiares de Aida Curi. Aparenta o subjetivismo guiar as noções de aplicabilidade do direito ao esquecimento.

3.4 As Biografias não autorizadas, segundo o STF

Um caso que não lida de maneira expressa com o direito ao esquecimento, mas que tangencia em uma infinidade de aspectos relevantes aos objetivos que pretendemos aqui perfaz-se no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF. A Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL propôs a referida ação com pleito de medida cautelar com a pretensão de se declarar inconstitucional parcialmente dos artigos 20 e 21 da Lei n.º 10.406/2002 - Código Civil. Houve alegação de que com a interpretação dada aos dispositivos legais pelo Poder Judiciário a publicação e a veiculação de quaisquer obras biográficas, audiovisuais ou literárias estavam sendo proibidas em razão da ausência de autorização prévia dos biografados ou de pessoas conexas à narrativa.

Entre os argumentos elencados na exordial da ADI referida, o argumento literário nos será o mais importante, a saber: haveria uma posição preferencial da proteção da liberdade de expressão e de informação sobre a privacidade e a intimidade. Essa preferência

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1335153/RJ. (...), p. 455

se faz presente também em razão de que a história de vida da pessoa biografada se confundiria com as memórias coletivas, na medida da inserção dessas pessoas em eventos de interesse público. A exigência de autorização prévia do biografado poderia se configurar como uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores.

Decidiu a Suprema corte como procedente o pedido formulado na ação para, em consonância aos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e expressão para declarar como inexigível o consentimento da pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. A fundamentação do acórdão expõe o que fora decidido:

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias⁴¹ (grifo nosso)

O caso em tela nos traz uma valiosa lição, o STF afirma que a liberdade de expressão não se pode anular por outra norma constitucional, qual seja o do direito à intimidade, privacidade, honra ou imagem. Daqui extraímos uma das mais valiosas lições perfeitas pelo presente trabalho. O direito ao esquecimento, tal como o pleito em questão, tem como questão conflituosa direitos fundamentais que se colidem, exigindo uma solução. O norte que o STF nos explicita por meio dessa decisão nos clareia a visão no sentido de

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815/DF. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 10/06/2015. DJ de 1º/02/2016.

privilegiar a liberdade de expressão, ainda que se comportem limites em relação a eventuais abusos do direito de expressão.

Entendemos que não se pode anular o direito de expressão, mas há fatores que poderão mitigá-lo, tal como o direito ao esquecimento. Não deve ser o direito ao esquecimento traduzido como uma norma de edição que seja benéfica à memória pessoal, conforme as conveniências. Trata-se de uma regra excepcional invocada quando o aviltamento aos direitos da personalidade se mostrar presente. A tarefa de análise do cabimento será permeada por um forte aspecto de subjetivismo, o julgador não se lastreia por critérios legais objetivos, mas busca a solução justa, por meio do critério de ponderação para interpretação de normas e solução do casos concretos.

Conclusão

Tendo em vista as considerações já feitas aqui, o direito ao esquecimento é sim uma ferramenta importante e tem seu lugar na contemporaneidade. Surgido como um direito que preza pela preservação das memórias, é ele um escudo para a proteção do indivíduo frente aos eventuais arbítrios em relação aos aviltamentos ao direito da privacidade, ao direito à intimidade, à honra, à imagem. O direito de ser deixado em paz é uma resposta a uma demanda social de proteção a fim de se evitar que uma memória capaz de provocar um constrangimento o qual impeça o indivíduo de prosseguir com o transcurso regular de sua vida se faça presente.

Não é ele regulamentado no âmbito infraconstitucional no Brasil, no entanto a doutrina trata de ser o direito ao esquecimento comportado pelo ordenamento jurídico pátrio. Não há como criar regras de mensuração do nível de sofrimento do indivíduo para analisar o cabimento do direito ao esquecimento. Deve o julgador, outrossim, lançar mão do recurso de ponderação dos valores fundamentais a se confrontarem no caso concreto, de Robert Alexy, para que assim se possa proceder a uma análise adequada.

No entanto, não será trivial a tarefa de ponderar acerca dos direitos fundamentais conflitantes. Ressalte-se novamente aqui que o direito ao esquecimento não deva ser compreendido como uma regra em sentido abstrato, tratando de editar memórias de modo a forjá-las às suas conveniências. Será ele uma regra excepcional invocada quando violados os direitos da intimidade, privacidade. A análise do cabimento do direito ao esquecimento comportará uma margem relevante de subjetivismo, mas buscar no direito a solução correta. Na dúvida por parte do julgador entre a aplicação do direito ao esquecimento em detrimento da liberdade de imprensa ou de expressão, o princípio do *in dubio pro societate* deverá acontecer para que a circulação de informações, direito da sociedade, impere.

Referências

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo, p. 64 e 131. Cf., também, tradução da conferência de Alexy: Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998.

BARBOSA, Rui. A imprensa e o dever da verdade. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BERNS, Walter. “A Constituição ‘Assegura Estes Direitos?’” in GOLDWIN, Robert A. e SCHAMBRA, William A. (ORG) A Constituição NorteAmericana. Capitalismo/Democracia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

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

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

_____. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1988.

_____. Lei de Execução Penal : Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, 13 set. 1984.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815/DF. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 10/06/2015. DJ de 1º/02/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 78.426-6-SP, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Julgamento: 06/03/1999, 1ª Turma, DJ, 07/05/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 896, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 15/07/2008, DJe-144, 05/08/2008)

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.ª 1.334.097-RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/05/2013. DJe de 10/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.634/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17.774/SP. Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 1.7.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.099/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 08/05/2008, DJe 23/06/2008.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Vara Cível de Brasília. Procedimento Comum: 2016.01.1.062108-0. Autor: Gilmar Ferreira Mendes. Réu: Mônica Iozzi Castro. 06/06/2016.

CANOTILHO, Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

CATROGA, Fernando. Memória, história e historiografia. Coimbra: Quarteto, 2001.

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

CHAFF, Adam. A sociedade informática: as consequências sociais da segunda revolução industrial. Trad. Carlos Eduardo Jordão Machado; Luiz Arturo Obojes. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

COMPUTER HISTORY MUSEUM. Internet History. 2017. Disponível em: <<http://www.computerhistory.org/internethistory>> Acesso em 08/10/2017.

DICIONÁRIO Oxford Living Dictionaries. Oxford University. Oxford. 2017. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>> Acesso em 11/10/2017.

DOSSE, F. História e ciências sociais. Tradução Fernanda Abreu. Bauru: Edusc, 2004.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GINZBURG, Carlo. The Judge and the Historian: marginal notes on a late-twentieth-century miscarriage of justice. New York: Verso, 2002.

GRECO, Rogério. Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade. in Temas Atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

HALBWACHS, M. 2006. A memória coletiva. São Paulo: Centauro.

HOBBSAWN, E. J. Sobre História, Tradução C. K Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. Futuro Passado. Contribuição à Semântica dos tempos históricos. São Paulo: Contraponto. Ed. PUC Rio, 2006.

LE GOFF, J. 1984. “Memória”. In: Enciclopédia Einaudi. v. I. Porto: Imprensa Nacional.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório de Jurisprudência IOB – 1ª quinzena de março de 2003. n.º 5/2003, p. 185-193.

POLLAK, M. "Memória, esquecimento, silêncio". Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3. 1989.

ROSSI, P. O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das ideias. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed. Unesp, 2010.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Reflexões sobre a memória, a história e o esquecimento. In: _____. História, memória e literatura. O testemunho na era das catástrofes. Campinas: Unicamp, 2003.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Forense, 15 ed, 2016.

TODOROV, T. 2000. Los abusos de la memoria. Barcelona: Paidós Ibérica. _____. 2002. Memória do mal, tentação do bem: indagações sobre o século XX. São Paulo: Arx.