



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

TEREZA INÊS LEITE E CASTRO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO
POSSIBILIDADES E LIMITES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

**Juiz de Fora - MG
2016**

TEREZA INÊS LEITE E CASTRO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO
POSSIBILIDADES E LIMITES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hermes Machado da Fonseca

JUIZ DE FORA – MG

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

TEREZA SNÈS LEITE E CASTRO

Aluno

DIREITO AO ESQUECIMENTO POSSIBILIDADES E LIMITES NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[assinatura]
Luciana Aparecida Braga
[assinatura]

Aprovada em 13 / 12 / 2016.

Aos que merecem ser esquecidos.

AGRADECIMENTOS

Nessa vida não se caminha sozinho. Tudo o que somos, tudo que fazemos, é uma parceria. É resultado de nossas experiências e relações. É também a presença do outro em nossas vidas, nos guiando, nos permitindo, nos transformando. Assim, a meu esposo, minha filha, minha mãe, meus professores e todos que caminham comigo, muito obrigada.

Ao meu orientador, Professor Hermes Machado da Fonseca, obrigada por partilhar o conhecimento de forma tão generosa e espontânea, sempre demonstrando prazer e alegria com o que faz.

O esquecimento, frequentemente, é uma graça. Muito mais difícil que lembrar é esquecer! Fala-se de “boa memória”. Não se fala de “bom esquecimento”, como se esquecimento fosse apenas memória fraca. Não é não. Esquecimento é perdão, o alisamento do passado, igual ao que as ondas do mar fazem com a areia da praia durante a noite.

Rubem Alves

RESUMO

O direito ao esquecimento permite proteger a memória individual, tutelando a privacidade de fatos pretéritos cuja veiculação não autorizada e sem interesse público possa trazer prejuízos de qualquer porte ao detentor do direito. É um direito da personalidade fundamentado constitucionalmente no direito à privacidade, honra e imagem e tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana. Sua aplicação alcança qualquer meio de comunicação, tanto os mais tradicionais (TV ou jornais, por exemplo) como as mais modernas plataformas (internet e aplicativos, por exemplo). Para seu reconhecimento é mister que se considere o caso concreto sob a luz da Constituição e com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-Chave: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Privacidade. Princípio da dignidade humana. Direitos da personalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 APONTAMENTOS INICIAIS E CONCEITUAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	11
3 FUNDAMENTAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA	16
4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS	23
4.1 O Caso Lebach	24
4.2 O Caso da Chacina da Candelária	26
4.3 O Caso Aída Curi	29
5 COLISÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS	32
6 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

Por toda sua história o homem busca se afirmar na sociedade, conquistando e garantindo direitos que são próprios de cada etapa de sua evolução. Refletindo o momento social e as necessidades que daí emergem, consequência mesmo da interação humana, esses direitos surgem nas sociedades cada qual a seu tempo. Porém, em uma visão macro, são típicos de uma era e, pouco a pouco, se consolidam nos ordenamentos quase que em escala mundial, ao menos nos estados democráticos de direito.

O direito ao esquecimento é um desses, por assim dizer, novos direitos que, embora ainda não positivado de forma explícita em nosso ordenamento, tem fundamento constitucional e é um direito fundamental da personalidade cingido à dignidade humana, já acolhido por nossos tribunais. Os escritos que aqui se apresentam dissertam sobre esse direito.

Importante ressaltar que se trata aqui do direito ao esquecimento *lato sensu*, ou seja, não se fará uma análise específica do direito ao esquecimento virtual, objeto da Lei n. 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet, por conta das especificidades inerentes a esse subtipo, embora se observe alguns apontamentos nessa direção.

A questão que norteará a pesquisa é a identificação desse direito no ordenamento brasileiro, buscando definir, fundamentar e contextualizar em casos específicos da jurisprudência pátria. Também se objetiva analisar os conflitos entre direitos fundamentais – liberdade de expressão/informação e intimidade, vida privada, honra e imagem – e a forma de solucioná-los.

Como um tema, por assim dizer, ainda em construção, as colocações aqui propostas sobre o direito ao esquecimento se justificam pela necessidade do conhecimento sobre o assunto em contraponto a uma ausência de fontes bibliográficas específicas. O atual trabalho se oferece, então, como uma discreta contribuição aos acadêmicos e profissionais da área jurídica para que melhor possam atuar na defesa de direitos e, ainda, à partir desses básicos apontamentos, vislumbrar pesquisas mais vastas e profícuas ao redor da matéria.

A dissertação tem caráter qualitativo, firmando-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial pátria, incluindo artigos veiculados na rede mundial de computadores para complementar a já citada esparsa oferta bibliográfica sobre o assunto.

Assim apoiado, trará em seu primeiro capítulo uma apresentação do tema, contextualizando-o dentro no macro cenário da evolução histórica e das dimensões dos direitos e garantias fundamentais. Ainda se trabalhará uma definição do direito ao

esquecimento bem como a nomenclatura utilizada para identificá-lo nos ordenamentos estrangeiros.

Na sequência, o segundo capítulo tratará de sua natureza jurídica, enquanto direito da personalidade, e da fundamentação constitucional e legal. Também mencionará brevemente o Marco Civil da Internet e a regulamentação do direito ao esquecimento na Rede Mundial de Computadores.

Em seguida, no capítulo terceiro, serão apresentados os precedentes jurisprudenciais, os clássicos Caso Lebach, jurisprudência alemã precursora do direito em questão e os casos Aída Curi e o da Chacina da Candelária, jurisprudência nacional.

Por fim, o quarto capítulo cuidará da colisão entre direitos constitucionais – privacidade e direito à informação - e os critérios adotados para sua solução legal.

2 APONTAMENTOS INICIAIS E CONCEITUAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O alvo desse trabalho é, como se disse, o direito ao esquecimento. Mas falar de esquecimento é falar também de memória.

A memória humana e seus mecanismos de funcionamento são um desafio para a ciência. Estudiosos da área desenvolvem diferentes frentes de pesquisa e defendem também diferentes tipos de sistemas mnemônicos, mas parece senso comum que não se pode reduzir a importância da memória à simples retenção de conhecimento, fatos ou sensações. Muito além disso, ela é responsável também pelos processos mentais de cognição e percepção, de criação e de interpretação, de problematização de situações e da preferência de uma entre as possíveis soluções aos conflitos que surgem. É através da memória e das experiências particulares que se compreende o mundo e que se atua nele, adaptando-se e recriando-se a cada dia. Para os filósofos, ela é a garantia da própria identidade, fundamenta a existência e as escolhas e constrói a própria percepção de si mesmo.

Sobre a memória, Santo Agostinho (2000, p. 268) dizia em suas Confissões:

É grande esta força da memória, imensamente grande, ó meu Deus. É um santuário infinitamente amplo. Quem o pode sondar até o profundo? Ora, esta potência é própria do meu espírito e pertence à minha natureza. Não chego, porém, a apreender todo o meu ser.

Na nossa memória está tudo, é o mais recôndito pavilhão de si mesmo. É a mais íntima e privada manifestação do ser e de sua natureza. Tão íntima que aí se guarda também o que se quer esquecer. O mesmo Bispo de Hipona¹, Santo Agostinho, (2000, p. 275) continua mais à frente:

Se nós retemos na memória aquilo de que nos lembramos, e se nos é impossível, ao ouvir a palavra 'esquecimento', compreender o que ela significa, a não ser que dele nos lembremos, conclui-se que a memória retém o esquecimento.

Assim, o esquecimento, de tal forma acastelado, é a memória de que se quer esquecer, talvez por reviver dor, sofrimento e angústia. Por isso, invocar o passado e essas memórias esquecidas, essenciais e íntimas à própria natureza do ser, é algo que só a ele cabe. Faz parte do ser e do seu passado e a ele pertence.

¹ Santo Agostinho foi ordenado bispo no ano de 395 na província romana de Hipona, no norte da África.

Entretanto, como outra peculiaridade humana, vive-se em sociedade. Por necessidade o homem se agrupa e nessa convivência compartilha experiências, conhecimento, alegrias... Mas também gera conflitos já que, ao exercer o que julga ser seu direito com frequência invade e viola direito alheio. Exatamente por isso necessita de um freio, de regras que ditem até onde ir. E já que o homem cria, recria e inova a todo tempo, cabe ao Direito – um dos braços desse regramento social - também adaptar-se inovando o freio legal.

Completando esse pensamento, cita-se Bobbio (2004, p. 6) quando diz:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

É o que se vê ao observar o processo histórico e as relações interpessoais típicas de cada período: as normas legais adaptando-se à realidade social e aos momentos históricos que revelam novos valores e necessidades manifestando-se nas consagradas dimensões dos direitos fundamentais.

Como se percebe, apesar de ainda se encontrar também o termo gerações na literatura jurídica, adota-se aqui o termo dimensões por reconhecer no vocábulo melhor condição de expressar o caráter essencialmente complementar dos direitos fundamentais que não se superaram ou se substituem a cada geração, mas associam-se e complementam-se formando uma totalidade indivisível de direitos. Assim também, Sarlet (2011, p. 46):

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, aos direitos de primeira dimensão somam-se e combinam-se os de segunda, a eles os de terceira e, novamente, juntam-se os de quarta dimensão formando um conjunto único de direitos fundamentais do homem.

E aqui, não fosse a delimitação do tema, caberia uma discussão sobre a quarta e quinta dimensões e os direitos a que abarcam. Não é essa a intenção, defender uma classificação e seus critérios. Até porque nem mesmo os grandes juristas e estudiosos do assunto fecharam

opinião a respeito. Embora pareçam concordar com a existência da quarta dimensão, divergem sobre o grupo de direitos que aí se alojam. Para uns, esses direitos decorrem das novas relações surgidas com a clonagem, a manipulação genética ou a produção e consumo de transgênicos, pra citar alguns poucos exemplos da evolução científica que marca nossos tempos. Uma outra corrente aponta que os direitos de quarta dimensão estariam ligados às minorias e à efetivação da democracia em seu aspecto material, para além da vontade da maioria (seu aspecto formal) e ao pluralismo decorrente da própria democracia. Na verdade, essa última parece predominar. Quanto à quinta dimensão, sequer é reconhecida por todos, mas traria direitos transnacionais como a paz, resultado de uma atuação conjunta entre nações superando-se as fronteiras soberanas na construção de um transconstitucionalismo, fenômeno resultante da globalização. Embora não haja espaço para tal discussão, vale salientar que, qualquer que seja a classificação ou o critério que a embasa, o que realmente importa é o ajuste do ordenamento jurídico às realidades histórico-sociais que surgem como manifestação da atuação humana, a cada época, a fim de proteger e garantir esse mesmo homem. Ou seja, o que se mostra premente, ao final, é o acolhimento legal desses direitos e, acima de tudo, sua efetivação. É uma questão política mais do que filosófica sobre a qual o Direito deve apresentar solução jurídica sob pena de mostrar-se ineficaz.

E esse ajuste retro citado não se faz instantaneamente. Muito ao contrário, é processual e segue o particular ritmo das sociedades. Assim é que, a respeito do direito ao esquecimento, em alguns ordenamentos há um maior avanço jurisprudencial nesse sentido, que em outros. Além do mais, quando se vive um processo de formação de novos valores e conceitos, quando se faz parte desse processo, fica contaminada a percepção. É essencial dele se afastar para que se alargue a visão e assim se obtenha melhor compreensão da realidade fática. O novo, a transição, traz um impulso necessário para a mudança mas a compreensão dessa mudança, de seu alcance e efeitos, só se atinge com afastamento temporal e dogmático.

Assim considerando, vive-se um novo contexto da realidade global marcado por grandes avanços tecnológicos, da TV ao *cyber* espaço. E é dessa realidade que surge o direito sobre o qual se debruça aqui. Toda essa tecnologia, tal como a genial invenção de Gutemberg no século XV, democratiza o saber e sua importância não está em foco, por indiscutível. Mas, é também indiscutível que essa realidade contempla também uma existência virtual paralela ao nosso mundo concreto, sem fronteiras. É nesse raciocínio que surge nos sistemas legais esse “novo” direito, o direito ao esquecimento, seja qual for a plataforma.

Tratado no ordenamento americano como *The right to be forgotten* (direito de ser deixado em paz), no francês como *le droit a l'oubli* (direito ao esquecimento), *diritto aoo'oblio* (direito a ser esquecido), na Itália, e *derecho ao olvido* (direito a ser esquecido), na Espanha, esse novo direito corresponde às novas necessidades geradas pelos conflitos interpessoais da contemporânea sociedade.

Defini-lo ainda é tarefa delicada e sujeita a críticas e remodelações por estar ainda em construção e por ser escassa a bibliografia a respeito. Mas, embora de forma pueril, o direito ao esquecimento pode ser dito como um direito que o indivíduo tem de ver esquecido atos ou fatos passados que o envolvam cuja lembrança, sem qualquer utilidade à sociedade, lhe traga danos de qualquer espécie.

Para validar tal conceito, busca-se apoio em Martinez (apud Rego) para quem o direito ao esquecimento

[...] é a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento e transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intertemporal.

Para Pere Simón Castelhana² (2011, p. 395), embora seu trabalho seja direcionado mais especialmente à rede mundial de computadores e aqui se fala no direito ao esquecimento com um alcance menos abrangente,

[...] el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de “derecho al olvido” hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene.

Ainda em busca de embasamento teórico é possível encontrar na Web mais algumas definições com as quais se encerra o capítulo. Entre elas cita-se a de Balmeier para quem: “O direito ao esquecimento define-se pelo direito de que ninguém pode ser eternamente lembrado ou cobrado por atos praticados no passado”.

² Pere Simón Castelhana é advogado, Doutor em Direito, professor de Direito Constitucional na Universidade de Girona (Catalunha, Espanha), professor colaborador na Universidade de Múrcia (também na Espanha), especialista em direito ao esquecimento e proteção de dados, neste tema premiado pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), palestrante e autor de várias obras de cunho jurídico.

Ou a de Guedes: “[...] a capacidade jurídica que um sujeito possui de postular a retirada de informações pessoais constrangedoras ou comprometedoras do ambiente virtual”.

E ainda, para Rulli Júnior (2012, p. 419) que diz que “[...] é aquele em que se garante que os dados sobre uma pessoa somente serão conservados de maneira a permitir a identificação do sujeito a eles ligado, além de somente poder ser mantido durante o tempo necessário para suas finalidades.”

E, finalmente, para Cavalcante (2013) tem-se que “O direito ao esquecimento é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.”

Como se vê, há diferentes conceituações sobre o instituto além do que não parece clara a delimitação entre o virtual e o concreto, embora ambos reais. Tal observação só reforça a idéia de que muito ainda há que se discutir sobre o assunto.

3 FUNDAMENTAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

A sociedade humana é marcada por mudanças constantes, reflexo mesmo do caráter inquieto e criativo do ser humano sempre buscando a afirmação de sua liberdade e igualdade, em uma realidade que melhor satisfaça suas necessidades e desejos. Nem sempre tão saudáveis e justas, essas mudanças ao mesmo tempo decorrem e originam novos princípios e valores. É nesse sentido que o contexto de atrocidades do totalitarismo e as mudanças sociais, políticas e econômicas do pós guerra repercutiram no direito e nos ordenamentos que, em simetria com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elevaram o homem a uma nova posição antropocêntrica em relação à sociedade e ao próprio Direito. Já não mais havia lugar para o positivismo jurídico e a não eficácia das leis. Nos Estados Democráticos de Direito, surgidos dessa realidade, a constituição deixou de ser apenas um documento político, alçada que foi ao patamar de documento jurídico com força normativa superior e vinculante. A dignidade e os direitos humanos passaram a ser o ponto central dessas constituições, positivados nos direitos e garantias fundamentais.

Dignidade da pessoa humana, conforme Sarlet (2009, p. 37) é:

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

Mas, ainda seguindo as lições do mesmo nobre jurista, a idéia de dignidade deve sempre ser revisitada em função de sua dimensão cultural, ou seja, dignidade define-se não só pelo direito que o ser possui de se autodeterminar (sua dimensão natural, que é inerente ao ser) mas também por ter seu sentido forjado pelas diversas gerações. A dignidade, então, se constrói historicamente. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 28) pondera que a dignidade é

[...] fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade.

Ou seja, em sua dimensão natural a dignidade é inerente ao homem, um valor natural de autodeterminação existencial. Na dimensão cultural, é fruto das conquistas nos diversos

contextos histórico-sociais em função das práticas, princípios e valores típicos de cada época. Ela se constrói e se consagra no reconhecimento enquanto valor, pelo próprio corpo social. Mas é também o que concretamente o Estado positiva objetivando garantir e tutelar.

No mesmo plano, a já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos é colocada por Bobbio (2004, p. 32-33) como

[...] um ponto de partida para uma meta progressiva [...] num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda guerra Mundial [...].

Esse posicionamento também corrobora a ideia de que o conjunto de direitos positivados não é um conjunto fechado e pronto. Nem mesmo pode ter uma única forma interpretativa. É um grupo passível de ser elástico conforme visão de mundo, conforme a base ideológica e as novas demandas surgidas na sociedade. O sentido do vocábulo degradante, por exemplo, inserido no corpo do art. 5º da citada declaração, ou o termo família, no artigo 12, pode não ser o mesmo nos diversos contextos espaço temporais e culturais. Daí a necessidade de um sistema baseado não simplesmente em leis mas em uma lei maior, acima das outras, que traga de forma orgânica os princípios fundamentais que regem as relações e determinam a forma de aplicação dessas mesmas leis, trazendo eficácia e sentido à sua aplicação.

Nessa nova realidade do pós guerra, que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, o papel do Judiciário tornou-se mais expressivo na medida em que passou a atuar de forma mais efetiva na solução dos casos. Ultrapassou-se a simples aplicação da lei posta para interpretá-la de forma sistêmica, dentro dos limites constitucionais e considerando os valores e princípios fundantes, criando, assim, precedentes e soluções mais justas às lides levadas ao Judiciário³. O ativismo judicial visa, então, a concretização dos direitos fundamentais⁴.

Nossa Constituição, acompanhando a mesma esteira de evolução e conquista de novos direitos no contexto internacional mas também doméstico, em seu artigo 1º, III, consagrou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e como um dos objetivos a

³ O caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, consagrou-se como o precedente na atuação do Judiciário em controle de constitucionalidade difuso, repelindo, assim, a aplicação de leis contrárias à Constituição.

⁴ Há posicionamentos diversos e contrários sobre o ativismo judicial principalmente no que tange à incursão sobre as competências do Legislativo e Executivo. Porém, a esse respeito não se tratará aqui.

construção de uma sociedade justa e a promoção do bem estar de todos (art. 3º, I e IV). E declarou no artigo 5º a igualdade entre as pessoas bem como, nos 78 incisos seguintes, direitos e deveres individuais e coletivos fundamentais à dignidade humana, dentre os quais se destaca a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurando o direito à indenização no caso de dano material ou moral. Esses direitos, elevados a um reconhecimento e proteção constitucional, são direitos da pessoa, não são uma criação legal. São atributos da personalidade, característica natural, essenciais ao ser humano e anterior às leis. Como já se disse, são intrínsecos e distinguem o ser humano. São direitos relacionados às potencialidades, aos valores, às crenças, ao segredo... São direitos que se ligam a uma dada época no sentido de que são determinados pela consciência moral de cada sociedade/tempo. Negá-los ou violá-los é negar e violar a própria condição humana. Nesse novo paradigma, cabe ao Estado, promover as condições para uma existência digna e tutelar as relações entre os indivíduos quando dos conflitos de interesses.

Assim é que, esses direitos da personalidade são regulados hoje por onze artigos do nosso Código Civil em seu Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade – do título II. E devem sempre ser interpretados e aplicados sob a ótica ideológico-jurídica da nossa Constituição, lei suprema na hierarquia das fontes.

É nesse ponto que se insere o direito ao esquecimento cuja natureza jurídica é de direito da personalidade, subjetivo, que encontra seu fundamento na Constituição, regulado pelas normas do Código Civil. Trata-se de um direito típico de nossa era, a era da informação. Como disse o professor Miguel Reale (2004):

[...] a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas.

Como um direito da personalidade, o direito ao esquecimento apresenta um grupo de características próprias. Primeiro, é oponível a todos. Assim, seu titular pode exigir que qualquer um se abstenha de violá-lo, incluindo o Estado que tem também o dever de promovê-lo enquanto direito advindo da dignidade da pessoa.

Ao mesmo tempo em que é *erga omnes*, é também inato e permanente. Quer dizer, é inerente à pessoa e concedido a todos de forma vitalícia, do nascimento até a morte, incluindo o nascituro.

Os direitos da personalidade, de modo geral, são de relativa disponibilidade, como ocorre com o direito à imagem, por exemplo, que pode ser eventual e temporariamente cedido, nunca de forma permanente ou total. Tal relatividade não tem cabimento em relação ao direito ao esquecimento. Este é indisponível no sentido de que não pode ser transferido a terceiros, nem mesmo pela vontade própria do titular. É intransmissível, impenhorável e irrenunciável.

Não prescreve em tempo algum, ainda que dele não se utilize.

Por fim, não possui caráter patrimonial. Quer dizer, não há como se mensurar um valor econômico do direito ao esquecimento. Por outro lado, sua violação acarreta o dever de indenizar o dano causado, ainda que unicamente moral.

A respeito da responsabilidade civil no que tange ao direito ao esquecimento há que haver uma análise caso a caso. Por determinação dos artigos 20 e 21 do Código Civil (CC), havendo ameaça ou exposição da vida privada com ofensa à honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se observar fins comerciais, o interessado poderá requerer a tutela de seu direito ao Judiciário que, caso entenda procedente o pedido, determinará que cesse a ameaça ou violação ao direito e ainda que se indenize pelos danos causados. Porém, o legislador ressalvou os casos autorizados, os necessários à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. É o caso de pessoas públicas, de ocupantes de cargos públicos ou pessoas com notório destaque na sociedade. E também quando houver interesse público.

Entretanto, enquanto ato ilícito, para o dever de indenizar haverá que se comprovar os clássicos pressupostos da responsabilidade: dano, culpa e relação de causalidade. Portanto, o simples reconhecimento do direito ao esquecimento não gera a obrigação de indenizar.

Cabe observar ainda que se tratando de pessoa morta ou ausente que tenha sua vida privada violada, serão competentes para buscar a tutela jurisdicional o seu cônjuge, seus ascendentes ou descendentes, entendendo ainda que também cabe aqui o companheiro, incluídas as uniões homoafetivas.

Por sua importância e contemporaneidade, o direito ao esquecimento foi reconhecido pela VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF) do STJ, em março de 2013, pelo enunciado 531:

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

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

E mais recentemente aprovou-se no Brasil a lei n.12.965/2014, o Marco Civil da Internet (LMCI). Essa lei estabelece os princípios, garantias e deveres para o uso da Internet e consagra o direito ao esquecimento em seu artigo 7º, I e X, que preconizam:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; [...]

A LMCI é posterior aos julgados do STJ que embasam estes apontamentos e tem uma aplicação específica à Internet, razão pela qual não será aqui detalhada já que ultrapassa a delimitação proposta inicialmente. Mas, é interessante destacar que o inciso X retro citado caracteriza o direito ao esquecimento digital no âmbito contratual como potestativo, ainda que de forma excepcional. Ou seja, confere ao usuário - nas relações contratuais, destaca-se - o direito de retirar da rede seus dados bastando para tanto apenas sua vontade, independente de ilícito, o que o difere do direito ao esquecimento *lato sensu*, onde há necessidade de comprovação do ato ilícito, culpa do agente infrator e nexo de causalidade, além do dano propriamente dito.

Por outro lado, a lei estabelece prazos de manutenção dos dados na rede a exemplo dos que devem ser observados pelo administrador e provedor, de forma sigilosa e em ambiente controlado e de segurança (arts. 13⁵ e 15⁶ da r. Lei). Nesse sentido, o artigo 22⁷ trata da possibilidade de utilização desses dados e registros como conjunto probatório em processo

⁵ Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

⁶ Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

⁷ Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

judicial cabendo ao juiz garantir o sigilo e a intimidade da vida privada, honra e imagem inclusive com o segredo de justiça (art. 23)⁸.

Em relação à responsabilização civil, a lei traz uma diferenciação entre os provedores de conexão e o de serviços aplicativos. Os provedores de conexão, como o UOL, Oi ou Yahoo, por força do artigo 18⁹, ficam isentos de responsabilidade por danos causados por terceiros com a divulgação de material ofensivo (imagens, textos ou outro).

E os provedores de serviços aplicativos, a exemplo do WhatsApp, Google e Twitter, terão sua responsabilidade condicionada ao não atendimento a prévia determinação judicial para retirada do material, dentro do prazo, respeitado os limites técnicos comprovados (art. 19)¹⁰. Neste caso, a responsabilidade tem caráter solidário com o terceiro que causou o dano material e/ou moral. A escolha do legislador pela responsabilidade condicionada deve-se à proibição da censura, ou seja, o provedor, por própria conta não pode interferir na liberdade de expressão.

Porém, o artigo 21¹¹ traz a possibilidade de uma notificação extra judicial feita pelo interessado ao provedor de serviços, no caso de divulgação de material de natureza sexual, privado e não autorizado. Caso não atenda a esta notificação, o provedor será também responsabilizado, mas de forma subsidiária, à partir do não atendimento, excetuando a condição de prévia ordem judicial estabelecida no art. 19. Mas tal notificação extrajudicial não é condição para se buscar a tutela jurisdicional.

Mas observe-se que, em ambos os casos, os provedores poderão responder por danos causados não pelo terceiro mas por eles próprios quando do não atendimento das disposições legais como a observância dos prazos de armazenamento dos registros e o fornecimento de informações, a pedido judicial, que possibilitem o esclarecimento e a solução do conflito.

⁸ Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

⁹ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

Feitas estas rápidas observações, definitivamente, a LMCI confirma o direito ao esquecimento, ainda que digital, em nosso ordenamento jurídico, embora já acolhido por nossos tribunais como a seguir se verá.

4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Já se ponderou nesse trabalho a respeito das transformações a que passam as sociedades e da conseqüente inovação a que se sujeita a ordem jurídica frente a essas mudanças. Para mais, nosso ordenamento proíbe o *non liquet*, consagrado no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) e no artigo 140 do Novo Código de Processo Civil¹² conforme os quais não se pode negar a tutela jurisdicional sob alegação de lacuna na lei e, se for esse o caso, deverá se decidir com base na analogia, costume e princípios.

Embora exista considerável discussão sobre a conceituação e existência real de lacuna na lei, com relevantes nomes de um lado e outro, e críticas consideráveis ao exagero principiológico, aqui essa discussão não será apreciada por imposição própria da delimitação proposta, embora bastante interessante. O que não se nega, porém, é o caráter sistêmico do ordenamento com base em princípios sólidos que orientam todo o organismo legal.

Assim é que, embora não exista nas leis nacionais o direito ao esquecimento propriamente positivado, verbalmente expresso na letra da lei, o dito direito já foi aplicado nos tribunais brasileiros em clara demonstração de que o sistema é aberto e adaptável às novas demandas jurisdicionais. Se há lacunas, não as são no sentido de incapacidade do sistema de tutelar os direitos e garantias fundamentais. Outrossim, revelam o caráter elástico das normas capazes de acompanhar mudanças paradigmáticas sem contudo ferir a Constituição ou legislação infra constitucional. Não se trata também de atribuir caráter legislativo ao Poder Judiciário pois que, a esse respeito, não se observou criação de norma mas interpretação e aplicação dogmática dos princípios. Bem disse o Ministro Luís Felipe Salomão (2013, p. 13) no relatório do Recurso Especial (REsp) n. 1.334.097-RJ sobre o caso da Candelária:

a controvérsia ora instalada nos presentes autos diz respeito a conhecido conflito de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, mas que as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram-se de lhe atribuir também uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado.

Embora hoje mais evidente esse direito não é novo, como apontou a justificativa do enunciado 531, e já foi reconhecido em vários ordenamentos dentre os quais o americano,

¹² Artigo 126 no antigo Código de Processo Civil.

espanhol, francês e alemão, a exemplo da Lei SB-56821 de 2013 do Estado da Califórnia. O Ministro Luís Felipe Salomão (2013, p. 29-30), no relatório sobre caso Aída Curi, REsp 1.335.153-RJ, mencionou diversas decisões a esse respeito. Entre elas, a decisão do Tribunal de Apelação da Califórnia em 1931, no caso *Melvin vs. Reid* que reconheceu o direito ao esquecimento e deu procedência ao pedido de indenização por violação à vida privada. Citou também o caso *Marlene Dietrich*, julgado em Paris no ano de 1952, onde se reconheceu o dito direito tendo sido o respectivo julgado apontado como fundamental para o reconhecimento desse mesmo direito. E ainda citou François Ost que comentou uma decisão francesa de 1983:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela. (OST, François. Op cit. p. 160-161).

Mas há *leading cases* que poderiam ser classificados, por assim dizer, como clássicos, presentes na maioria dos textos consultados. É o que ocorre com o Caso *Lebach* alemão e os nacionais da Chacina da Candelária e Aída Curi, os três a seguir expostos.

4.1 O Caso Lebach

O caso leva o nome da cidade alemã onde aconteceu o fato criminoso e remonta a um latrocínio ocorrido em 1969 quando quatro soldados foram mortos e um quinto ficou seriamente ferido num episódio de roubo de munição. O caso chocou a população da pequena Lebach por sua brutalidade e foi destaque nos meios de comunicação em especial na televisão. Como resposta, o tribunal alemão condenou dois dos criminosos à prisão perpétua e o terceiro, partícipe no crime, à reclusão por seis anos.

Anos depois, o canal de TV *Zweites Deutsches Fernsehen* (ZDF), uma das maiores emissoras do país, elaborou o documentário “O assassinato dos soldados de *LeBach*” reproduzindo todo o acontecido, a ser levado ao ar horas antes da soltura do partícipe, após o cumprimento de boa parte da pena. Na produção os envolvidos eram representados por atores, mas tinham revelados seus nomes, fotos e detalhes de suas vidas, incluindo suposta relação homossexual entre eles. Embora se tratasse de fatos verídicos, em relação ao crime, a

produção ultrapassava esses limites para além do ato delituoso. Ademais, pelo decurso do tempo e a projeção que se alcançou na época, recuperar esse acontecido através do documentário justamente no momento da soltura do condenado faziam supor a prevalência de interesses puramente midiáticos de audiência.

O interessado, buscando resguardar sua privacidade, ajuizou um pedido liminar na tentativa de impedir que o documentário fosse ao ar. Fracassado nas instâncias ordinárias - Tribunal Estadual de *Mainz* e Superior Tribunal Estadual de *Koblenz* -, impugnou as decisões e conseguiu que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) desse provimento à sua Reclamação Constitucional¹³ por entender que houve violação dos direitos da personalidade e que, nesse caso, se justificaria a restrição na liberdade de rádio fusão¹⁴ da emissora. Assim, foi proibido a transmissão do episódio televisivo fundamentado no artigo 2 I da *Grundgesetz* alemã (1949, p. 18):

Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

A decisão considerou a necessidade da ponderação entre os direitos fundamentais e, no caso analisado, já não mais haveria interesse público de informação que justificasse a transmissão. Decorrido anos do acontecido e tendo o envolvido cumprido sua pena, ao menos em parte, tinha ele o direito de preservar sua privacidade a fim de que lograsse sua ressocialização.

Eis parte da decisão do Primeiro Senado de 5 de junho de 1973, conforme Martins (2005, p. 488):

[...] 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

¹³ Instituto jurídico que tutela os direitos fundamentais individuais na Alemanha.

¹⁴ A liberdade de rádio fusão alemã está estabelecida no “Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (...) A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.”

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 (re-socialização).

Sarlet (2015), comentando o caso em artigo virtual, destacou que o tribunal alemão entendeu que à época do ocorrido caberiam as intervenções no direito da personalidade em função da supremacia do interesse público na persecução penal. Porém, decorrido o tempo e já tendo sido veiculadas, por ocasião do acontecido, as respectivas informações à sociedade, não mais caberiam novas intervenções na esfera dos direitos individuais do interessado já que significariam também uma nova sanção a ele imposta.

Mais de duas décadas depois (1996), informa ainda Sarlet, o caso Lebach voltou à cena em novo processo judicial onde um dos condenados pleiteava a proibição da exibição de um segundo documentário com o mesmo tema, embora não identificasse os envolvidos. Contudo, dessa vez, foi a própria emissora que buscou na reclamação constitucional garantir seu direito de veiculação do programa. O TCF, nessa oportunidade, deu provimento ao pedido entendendo que não existe direito subjetivo dos criminosos no sentido de impedir a informação à opinião pública. Necessário se faz avaliar, em cada caso, a extensão da agressão aos direitos de personalidade. Agressão essa ausente, no caso Lebach II, já que não havia identificação dos reais sujeitos envolvidos.

Em ambas as situações os mesmos dois direitos confrontados, um individual (proteção à personalidade) e outro coletivo (liberdade de imprensa), envolvendo o mesmo ato criminoso mas agora em outra realidade, obtiveram diferentes soluções jurídicas em clara demonstração do caráter relativo dos direitos fundamentais. Como diz Sarlet (2011, p. 387),

considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a idéia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo (...).

4.2 O Caso da Chacina da Candelária

É impossível não sentir angústia ao lembrar, por leituras e vídeos, esse episódio triste e trágico que marcou nossa história recente, seja qual for o ângulo pelo qual se analise a

questão. Nele, sete crianças e um jovem adulto foram mortos e tantos outros ficaram feridos. Eram crianças de rua, viciadas e desamparadas de suas famílias, do Estado e da sociedade. O caso tem detalhes que beiram a ficção, mas que atraiu a atenção por sua realidade de total desrespeito à dignidade humana.

Em resumo, policiais militares do Rio de Janeiro atacaram a tiros o grupo de crianças e adolescentes que dormiam nos arredores da Igreja de Nossa Senhora da Candelária, no centro da cidade. O motivo teria sido o apedrejamento da viatura de um dos policiais, no dia anterior, como reação por ter detido um dos meninos. O policial voltou na madrugada e à surdina para se vingar, acompanhado de outros, e a chacina aconteceu. O caso ganhou repercussão no estrangeiro e a Anistia Internacional e a UNICEF, além da sociedade brasileira, exigiam respostas e punição. Com a investigação que se seguiu e o depoimento dos sobreviventes¹⁵, dos seis suspeitos envolvidos três foram condenados. Os outros três provaram sua inocência depois de anos na prisão, embora tenham sido apontados pelas testemunhas como participantes do crime. Para o jornalista Octávio Guedes que fez a cobertura do caso à época, a prisão desses inocentes resultou de depoimentos confusos e apressados, no calor dos acontecimentos e sob a pressão da mídia, da sociedade brasileira e da comunidade internacional. No documentário *Linha Direta Justiça*¹⁶ (2006) produzido pela Rede Globo de Televisão e levado ao ar em junho de 2006, ele comentou: “nós fomos dormir como o país da impunidade e na segunda-feira [dois dias depois do acontecido] acordamos como o país da eficiência policial. Como num passe de mágica tava tudo resolvido.”

O documentário, um misto de reconstituição e de cenas reais, citava todos os envolvidos, inclusive os inocentados. Um deles, o Senhor Jurandir Gomes de França, absolvido por unanimidade, tinha sido procurado pela equipe do programa mas preferiu não se manifestar como também não autorizou a veiculação de suas imagens e nome. Ainda assim, o programa foi ao ar expondo-o, embora esclarecesse sobre sua inocência. Sentindo-se lesado em seus direitos acionou o Judiciário alegando ilicitude por parte da emissora pleiteando indenização por danos morais baseado em seu direito ao esquecimento. Relatou em sua inicial que, em consequência de ter sido apontado como coautor da chacina, mesmo

¹⁵ Wagner dos Santos foi a principal testemunha no caso e seu depoimento permitiu a prisão dos policiais envolvidos. Hoje, com várias seqüelas, ele vive na Suíça, desde 1995, quando lhe foi concedida proteção pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. Um ano depois de sobreviver à chacina, Wagner dos Santos sofreu um novo atentado no Rio de Janeiro.

¹⁶ O programa, no ar entre 2003 e 2007 às noites de quinta-feira, apresentava casos de grande repercussão no Brasil já julgados por nossos tribunais.

provando sua inocência, passou a ser visto e tratado como um criminoso, perdeu o emprego e precisou vender tudo o que tinha e se mudar para outro lugar, em busca de proteção para si e sua família, ameaçados que estavam por “justiceiros” e traficantes. Reviver todo o acontecido por meio do programa, em cadeia nacional, trouxe novos dissabores a ele e seus familiares, reascendendo o ódio social, novamente violando seus direito à paz, anonimato e privacidade.

A emissora alegou não ter violado direitos. Disse ter agido amparada pelo direito constitucional à informação e ter apenas narrado fatos verídicos pertencentes à memória nacional, já públicos, tal como aconteceram, e que não poderia deixar de mencioná-lo por ser peça chave no acontecido e no confuso processo que se seguiu. No conflito entre o direito à informação e o direito à intimidade, imagem e vida privada, o pedido do autor foi julgado improcedente. Por apelação a sentença foi reformada mas o caso chegou aos tribunais superiores. A Globo Comunicações e Participações S/A recorreu com base em seu direito de informar, negando a ilicitude e, por consequência, o dever de indenizar. Pleiteou também, de forma sucessiva, a redução da indenização por danos morais¹⁷. Para a recorrente, incluir o autor no documentário era essencial à lógica do programa e imprescindível ao entendimento de todo o ocorrido, incluindo a malfadada investigação policial da qual fora o alvo principal.

A Corte Especial negou provimento ao recurso reconhecendo o direito ao esquecimento baseado nos princípios que alicerçam os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, mas também existente nas normas infraconstitucionais. Lembrou, por exemplo, que o direito ao esquecimento está presente na esfera penal quando se garante o sigilo dos dados relativos ao condenado objetivando a promoção de sua reabilitação, conforme artigo 93 do Código Penal, artigo 748 do Código de Processo Penal e artigo 202 da Lei de Execuções Penais. Assim, se aqueles que cumpriram suas penas respondendo por seus crimes perante o corpo social têm direito ao sigilo, à privacidade ou ao esquecimento, com mais razão têm os que nada devem à sociedade. Considerou ainda os efeitos jurídicos da passagem do tempo lembrando que nosso ordenamento, na órbita civil, traz vários institutos, a exemplo da prescrição ou da decadência, que consagram a ideia da não perenidade em prol da segurança jurídica e da preservação da própria pessoa. Analisando o caso, reconheceu a existência do interesse público em rever fatos marcantes da história brasileira, considerados patrimônio imaterial da nossa sociedade, como medida indispensável à formação da identidade nacional e à análise da evolução social e seus valores. Salientou a importância de

¹⁷ Em sua petição inicial o autor pleiteava 300 (trezentos) salários mínimos como indenização mas, reformada a sentença, o novo valor passou a ser de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

se revisitar o passado para que as gerações presentes possam aprender com as gerações passadas, inspirando-se em seus acertos e erros, inclusive no que respeita ao processo de investigação. Mas salientou também o caráter relativo do direito à informação. No caso analisado, entendeu que a omissão do nome e da imagem do embargado não prejudicaria a informação nem os objetivos a que se propunha o documentário. E que, embora os fatos fossem verídicos, o programa era apto a “reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim de indiciado”, conforme relatou o ministro Luís Felipe Salomão no REsp n. 1.334.097-RJ (2013, p. 39).

Além disso, permitir tal ataque à esfera dos direitos e da dignidade do ofendido seria a concretização de uma nova ofensa além da provocada pelo inquérito policial que o relator chamou de “vergonha nacional”. Assim, reconhecendo ao autor o direito ao esquecimento como proteção à sua personalidade, o acórdão foi mantido fundamentado inclusive no Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil que diz: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

No STF o recurso ainda está em andamento.

4.3 O Caso Aída Curi

Quando se lê sobre o Caso Aída Curi fica clara a idéia de que esse deve ter sido um dos mais marcantes da história do Tribunal do Júri no país. Com grande comoção a população brasileira e em especial a carioca acompanhou as idas e vindas do caso, marcadas por três julgamentos, depoimentos contraditórios e duvidosa substituição de peritos.

Apenas para contextualizar, o caso ocorreu no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro a 14 de julho de 1958 envolvendo 3 homens e uma jovem mulher de 18 anos. Há diversas versões mas o fato é que a moça foi agredida e molestada na cobertura de um prédio na Av. Atlântica e depois jogada do alto dos doze andares, vindo a óbito em consequência.

Mais de cinquenta anos depois a Rede Globo de Televisão produziu e veiculou em seu programa Linha Direta o episódio que reconstruiu o Caso Aída Curi, inclusive com utilização de foto real da vítima, embora tenha sido desautorizada pela família. Insatisfeitos e se sentindo violados em seus direitos, os irmãos de Aída Curi pleitearam na justiça indenização por danos materiais, morais e à imagem. Para eles, o episódio expunha a irmã e a própria

família, reavivando sofrimentos antigos já amainados após anos de convivência com o peso com que ficou gravado o sobrenome Curi. Consideraram ainda que o fato configurou enriquecimento ilícito por parte da emissora por conta da publicidade gerada. Vencidos, apelaram da sentença que, no entanto, foi mantida. Assim, interpuseram recursos às instâncias superiores. No Recurso Especial alegaram lesão ao direito ao esquecimento fundamentado no princípio da dignidade humana, base de todo Estado Democrático de Direito sem, contudo, alcançar sucesso. A parte contrária defendia que o programa tinha formatação de documentário com interesse unicamente jornalístico, ou seja, de informação à sociedade, baseado no direito constitucional de liberdade de expressão.

No entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, embora reconhecesse o direito ao esquecimento em nosso ordenamento inclusive citando o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil de março de 2013, não houve ofensa ao direito ao esquecimento neste caso e, reconhecê-lo seria admitir discrepante ofensa à liberdade de imprensa.

Segundo a Turma, se tratava de um crime de grande repercussão na sociedade e, por isso, de valor histórico e marcado pelo interesse público¹⁸. Uma sociedade deve relembrar seus grandes fatos, como os são também os crimes, buscando analisá-los e à evolução da sociedade e seus valores. Foi essa a justificativa adotada no voto condutor. Ainda pelo entendimento da Turma, pelo passar mesmo do tempo a família já não sentiria tão intensamente os efeitos do crime, tornando assim inadequada a intervenção na liberdade de imprensa. Da mesma forma, não seria possível relembrar os fatos atinentes ao caso sem falar da grande protagonista cujo nome sempre esteve atrelado ao crime de forma indissociável, ao contrário do que se observou no caso da Chacina da Candelária. No olhar dos Ministros, Aída Curi e seus familiares não foram alvo de desrespeito ou exploração comercial. Tampouco o objeto direto da programação da emissora seria a própria vítima ou sua imagem, mas o crime propriamente dito. No REsp. nº 1.335.153 - RJ (2013, p. 38-39) o Ministro Luís Felipe Salomão pontuou:

[...] o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

¹⁸ Também foram citados no relatório, a exemplos de outros casos de valor histórico, os nomes do índio Galdino, Chico Mendes, Zuzu Angel e as chacinas da Candelária e Carandiru.

Neste norte, a c. Turma não vislumbrou ato ilícito passível de indenização. O relator ressaltou a relevância da passagem do tempo não apenas como simples sequência cronológica, mas como uma forma de se permitir a reflexão sobre o passado e uma certa previsibilidade ao futuro promovendo segurança jurídica. Observou que, a esse respeito, a falta de contemporaneidade entre o fato e a exibição do programa jornalístico, retirou aos autores o abalo moral alegado. Explicou, no mesmo REsp. nº 1.335.153 - RJ (2013, p.39) :

[...] na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, 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. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral.

Quanto à alegação de uso indevido da imagem, enriquecimento ilícito e ofensa à honra, citando a súmula n. 403, o STJ assim não reconheceu. Consoante a súmula, para o dever de indenizar não há necessidade de se provar prejuízo quando o uso não autorizado da imagem objetivar lucro. O Superior Tribunal constatou que fora utilizada uma única imagem real, sendo a vítima representada, no mais, por atores contratados, o que demonstrou ser o crime, e não sua vida privada, o alvo do programa. Não se observou, portanto, pela utilização dessa única imagem, uso comercial de imagem, promovendo aumento potencial de audiência que configurasse enriquecimento ilícito. Ou seja, tal imagem não fora utilizada como gancho para alavancar a audiência do programa. Explicou ainda não ter havido ataques à honra da vítima por ter sido sempre retratada de forma respeitosa e verídica, como antecipado no primeiro grau de jurisdição.

Dessa forma, não se observou ataques nem ao valor moral, nem ao valor patrimonial da imagem de Aída Curi.

Embora vencidos os ministros Marco Buzzi e Isabel Galloti, negou-se provimento ao Recurso Especial em comento.

Quanto ao Recurso Extraordinário, foi reconhecida a repercussão geral por agravo e, assim, admitido para apreciação. No entanto, ainda pende solução ao litígio.

5 COLISÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

As constituições dos estados democráticos de direito consagram princípios e normas que podem parecer, à primeira vista, de diferentes cunhos ideológicos. Muitas vezes opostos entre si, em verdade, manifestam o respeito às diferenças e as liberdades garantidas aos cidadãos. Exemplo disso são os direitos que se vinculam ao esquecimento: direito de expressão e informação e direitos da personalidade.

O direito à informação existe tanto para quem quer informar quanto para aquele que busca a informação. Sua idéia remete à transparência, à socialização de informações, à liberdade de expressão. Revelam-se como base para o exercício de outras liberdades e, dessa maneira, preferem aos direitos individuais, em tese. Por outro lado, o direito à vida privada e à intimidade, de forma diferente, ligam-se ao sigilo, recato e a não exposição. Ou seja, o primeiro vincula-se à memória e o segundo, ao contrário, ao esquecimento. Ambos, porém são valores democráticos já há muito reconhecidos. A Constituição de 1824, conquanto em outro contexto jurídico político, já trazia a liberdade de expressão em seu artigo 179, IV¹⁹ e as que a seguiram assim mantiveram. Já a intimidade e vida privada foram direitos incluídos na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, X, embora já existissem de forma implícita nas constituições anteriores. Ambos os direitos, mercedores de especial proteção, foram enquadrados no artigo 60, §4º, IV da CF como cláusulas pétreas e, portanto, não se submetem ao poder de reforma.

A matéria mostra-se ainda mais delicada quando se atenta para a questão da censura, sobretudo considerando-se o passado nacional de abusos contra a liberdade de expressão e o direito à informação. Não se trata do restabelecimento ou institucionalização da censura. Tampouco da possibilidade de ser reescrever a própria história apagando fatos – inclusive delituosos – e construindo um novo passado. Trata-se, em verdade, de impedir a veiculação irresponsável capaz de produzir abalo moral pela violação ao direito à privacidade e de garantir a dignidade da pessoa humana. O reconhecimento da liberdade de expressão e de acesso à informação como pilar da Democracia não é autorizativo para atuação livre de regras, princípios e observância à lei e direitos postos. O *caput* do art. 220 da CR/88

¹⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

determina que nenhuma forma de manifestação do pensamento sofrerá restrição e veda a censura no parágrafo 2º. Por outro lado, no parágrafo 1º, consagra a liberdade jornalística mas ordena a observação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Nas palavras de Martinez (apud REGO, 2016):

Pode-se verificar que o tema é extremamente complexo e denso, com aplicação prática e de repercussões drásticas na sociedade e em sua maneira de lidar com seu passado, seus dados históricos, seus costumes e a sua forma de construir o presente, buscando uma sociedade livre e plural, que detenha acesso à informação, mas não se transforme em mecanismo de opressão às individualidades, em especial à memória individual.

Oportuno lembrar ainda que não existe hierarquia ou caráter absoluto entre os princípios e direitos fundamentais e, portanto, pode haver restrição de um, nunca supressão, desde que em função da preservação de outro com mesmo valor constitucional.

Nessa lógica, lides que envolvem o direito ao esquecimento revelam um conflito aparente entre normas, basicamente entre informação e vida privada, liberdade de expressão e atributos da personalidade como intimidade, privacidade, imagem e honra que não se resolvem pela regra da subsunção, incompatível com normas de mesmo valor constitucional. No mesmo sentido, não cabem os critérios cronológico, hierárquico e de especialização. Não é uma questão de antinomia, de contradição entre as regras. É uma questão de colisão de direitos e, portanto, haverá que se fazer um juízo de ponderação com base na razoabilidade e proporcionalidade. Apenas a análise em concreto do caso pelo hermeneuta poderá levar à precedência de um sobre o outro. Como diz Barroso (2007, p. 99)

Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

Com o princípio da razoabilidade busca-se uma interpretação ou uma medida em consonância com o senso médio de justiça. E pelo princípio da proporcionalidade faz-se uma análise buscando observar se a medida ou decisão adotada é adequada, necessária e proporcional ao objetivo que se almeja alcançar com sua adoção. Portanto, deve ser a medida certa para o caso, suficiente para se alcançar a solução sem ultrapassar o estritamente necessário e, ainda, trazer mais benefícios que prejuízos promovendo a preservação de valores mais importantes que os sacrificados. Aqui o intérprete deve ponderar utilizando-se, para tanto, de critérios específicos.

Hoje se vive a era da hiperinformação onde, por diferentes meios e plataformas (TV, impressos, redes sociais etc.), parece estar havendo um “processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade”, expressão usada pelo Ministro Luís Felipe Salomão (2013, p. 22) no REsp. nº 1.334.097 – RJ, em referência à superexposição de pessoas e fatos. Em verdade, a ideia de privacidade parece mesmo estar em transformação, confundem-se o público e o privado em uma vida cada vez mais virtual. Privacidade agora parece ser a possibilidade de controlar o que se divulga e quem pode ter acesso a essa divulgação. Se antes direito à privacidade se ligava à idéia de se manter afastado, agora se vincula à exposição e compartilhamento. A vida privada, hoje, já não é tão privada. Nessa realidade, avolumam-se lides levadas ao Judiciário para muito além das que foram aqui apresentadas.

Para a solução de casos desse porte, independente da plataforma, é necessário considerar os critérios de ponderação, avaliados em conjunto e no interior do caso a fim de se verificar a procedência ou não do direito ao esquecimento. Nossa Constituição, como já se comentou, eleva o homem e sua dignidade a patamar superior, colocando-o no centro de todo o fundamento e objetivos das normas constitucionais. Assim, todos os outros direitos devem ser interpretados tendo como norte a dignidade da pessoa humana e o valor ponderado de todos os outros elementos envolvidos. Logo, os elementos terão maior ou menor peso, prevalecerão ou não, conforme o caso.

Nesse raciocínio, por exemplo, a veracidade do fato que, à primeira vista, deveria ensejar a legalidade da divulgação, nem sempre tem esse condão. Obviamente, nossas leis protegem a divulgação de fatos verdadeiros, inclusive quanto ao local, data e contexto. Ao contrário, a divulgação deliberada de fatos inverídicos, assim como calúnia, difamação e injúria (inclusive contra os mortos) não possuem tal proteção e são passíveis de penalidade. Todavia, a liberdade de expressão não é apenas um privilégio ou direito, é um dever e um serviço que se presta à sociedade. Cabe ao veículo de comunicação agir de boa-fé, com prudência e responsabilidade, buscando a veracidade dos fatos, ainda que dentro de um critério subjetivo. Porém, sempre observando as normas estabelecidas no ordenamento nacional que resguardam os direitos dos cidadãos, como o direito à privacidade, por exemplo. Nas palavras do Relator Luís Felipe Salomão no REsp n. 1.334.097 (2013, p. 39) “a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.”

No caso do direito ao esquecimento, especialmente os aqui apresentados, a jurisprudência tem demonstrado especial atenção aos critérios do interesse público, da

atualidade da informação, da historicidade do fato e do domínio público, lembrando que a tônica é a preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O critério de ponderação que parece nortear todos os outros é o interesse público que se mostra presente quando há uma utilidade na divulgação atual de um fato pretérito. Ou seja, há que haver utilidade prática à coletividade, um benefício comum superando a esfera particular. Ao contrário, estará desprovido de interesse público o fato pretérito, ainda que verídico, que traga prejuízo a um indivíduo, violando sua dignidade, honra, imagem, privacidade e intimidade, sem que a sociedade disso se aproveite. Ou seja, havendo interesse público na divulgação de uma informação, em tese, a regra será a prevalência da liberdade de expressão e a exceção, o direito ao esquecimento.

Aqui vale algumas observações. O caráter público e notório de uma pessoa, como uma artista ou político, embora sujeitos a limitações, não lhe retira seu direito à privacidade, analisado o caso concreto. Da mesma forma, fatos ocorridos em espaço público não autorizam, apenas por isso, a sua divulgação nos meios de comunicação.

Em relação aos crimes, observa-se também, há um interesse público subjacente já que é dever do Estado a persecução penal e a aplicação da pena e sobre isso a sociedade aguarda uma resposta. Entretanto, tal interesse perde sentido - e mesmo existência - quando da absolvição ou extinção da pena, excetuando-se os casos de crimes históricos.

Em relação ao critério da atualidade da informação, à medida que transcorre o tempo os fatos se tornam passíveis de perder importância e mesmo relevância jurídica para a sociedade. Isso porque o cidadão tem o direito de não ficar à mercê de lembranças que possam vir à tona a qualquer momento, em constante ameaça à sua tranquilidade e estabilidade. O ordenamento assim o reconhece e por isso privilegia o esquecimento quando institui, por exemplo, a prescrição, a anistia ou a coisa julgada a fim de promover a tranquilidade e segurança jurídica.

Quanto à historicidade dos fatos cabe comentar que certos acontecimentos pertencem apenas à memória individual conferindo unidade e identidade ao ser, fazendo parte de sua história em particular. São memórias privadas do homem comum e seu esquecimento é uma decisão pessoal, de forma consciente ou não. Outras, ultrapassando esse limite, possuem um aspecto público e compõem a memória coletiva contribuindo para a construção e manutenção de uma identidade nacional e por isso devem ser preservadas e protegidas do esquecimento. Essa memória coletiva é um somatório de memórias individuais de valores religiosos, políticos, culturais etc., e dizem respeito a fatos corriqueiros que retratam uma época, como a moda ou o lazer. Mas há também sujeitos e fatos e históricos que, por sua relevância,

complexidade e consequências, são de repercussão nacional transformando a realidade e os rumos sociais a exemplo do período ditatorial e da abertura democrática no Brasil²⁰. Ou, como a comentada Chacina da Candelária que demonstra a inabilidade de um povo e seus líderes ao lidar com suas diferenças e precariedades afirmando a urgente necessidade de providências e mudanças. Um episódio marcado pelo interesse público que, por revelar flagrante desrespeito aos direitos humanos tem sua divulgação legitimada. Portanto, a história de um povo é seu patrimônio imaterial devendo ser preservada e revisitada a fim de permitir a observação da evolução social (ética, moral, tecnológica etc.) com fins de se determinar as escolhas e decisões que melhor alcancem os objetivos nacionais. Contudo, a historicidade de um fato por si só não tem o condão de perpetuar a informação ou desmerecer o direito ao esquecimento sob pena de perpetuar também a violação da dignidade humana e os direitos da personalidade.

Cabe observar ainda que há acontecimentos que apenas aparentemente possuem relevância histórico/social sendo resultado de uma versão atual da política de pão e circo ou uma construção midiática para satisfazer a curiosidade, às vezes maldosa, às vezes ingênua, e manter a audiência dentro de uma perspectiva empresarial. São, na realidade, de interesse do público e não de interesse público. De qualquer forma, cabe ao intérprete analisar e separar o joio do trigo.

Por fim, os eventos que, quando da sua ocorrência, não foram de conhecimento público ou de relevância social, não devem agora ser lembrados. É razoável que permaneçam privados e que se prevaleça o direito ao esquecimento. Por outro lado, os que foram de importante divulgação e de domínio público, podem, em tese, ultrapassar tal direito.

Nos casos da jurisprudência nacional aqui apresentados, aplicados os critérios de ponderação, a 4ª Turma do STJ reconheceu o direito ao esquecimento em relação à Chacina da Candelária, porque - embora admitisse o caráter histórico do acontecimento e sua relevância para a sociedade, portanto seu interesse público - o caso poderia ter sido retratado sem que se revelasse nome e foto do autor, o que evitaria a ofensa à honra e garantiria a liberdade de expressão. Nas palavras do Ministro Salomão no REsp n. 1.334.097 RJ (2013, p. 41):

²⁰ Nesse caso em particular, a Lei n.12.528/11 criou a Comissão Nacional da Verdade e regulamentou o direito à memória e verdade histórica com a finalidade de examinar e esclarecer as violações de direitos humanos ocorridas durante o período da ditadura militar.

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.

Já no caso Aída Cury, ao contrário, não se reconheceu o direito ao esquecimento. O Relator, na página 39 do REsp. n. 1.335.153 – RJ, já citada anteriormente, asseverou:

[...] o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

[...] fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

No entendimento do STJ, havia interesse público e caráter histórico no acontecido além do que a não contemporaneidade (já haviam se passado quase seis décadas) teria retirado aos familiares a ofensa à honra e à dignidade. E a menção ao nome e foto da senhora Aída seriam imprescindíveis para a narração do crime histórico, retirando, também, a ofensa à imagem.

Embora com respaldo constitucional, é fácil notar que, como outros, o direito ao esquecimento não possui caráter absoluto e nem sempre será reconhecido. Ocorrendo colisão de direitos fundamentais não será possível a solução de forma abstrata e apenas a análise do caso concreto, utilizando-se da técnica de ponderação, permitirá uma decisão satisfatória.

6 CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento é definido como a possibilidade jurídica de proteção a dados e informações relativos à vida pretérita privada, expostos ao público de forma a causar angústia e sofrimento. É um direito presente em nosso ordenamento uma vez que busca preservar a identidade, a integridade e a dignidade da pessoa humana. Seu reconhecimento decorre da análise sistêmica do conjunto legal pátrio, em consonância com a Carta Política de 88 e seus princípios fundantes. É particularmente ancorado no Princípio da Dignidade Humana.

Não é um novo direito já que, além de Fundamental, tanto a esfera civil como a penal já o consagram. Os institutos da prescrição e da reabilitação, por exemplo, bem o demonstram. É, por assim dizer, um direito já existente em uma nova roupagem, ou em uma nova aplicação, conforme as características sociais contemporâneas e os fenômenos do Neoconstitucionalismo e da Constitucionalização do Direito Civil. É uma nítida demonstração da capacidade de adaptação do Direito às mutações das relações sociais. Nesse caso, trata-se da adaptação à era da hiperinformação caracterizada pela transparência das relações e da relativização da privacidade, ainda que, pela delimitação inicialmente proposta, este estudo tenha se restringido aos meios de comunicação mais comuns.

Como direito da personalidade – sua natureza jurídica - visa propiciar o livre desenvolvimento dos indivíduos conforme suas capacidades e escolhas. É evocado quando ocorrem abusos contra a existência digna com a divulgação de fatos pretéritos. E aqui se diferencia do direito à privacidade já que este cuida de tutelar fatos pessoais atuais e aquele, diferentemente, de fatos passados.

Assim é que tem se mostrado bastante evidente em lides processuais cada vez mais comuns entre o cidadão e os meios de comunicação, a exemplo dos casos aqui analisados que bem demonstram o acolhimento desse direito por nossos tribunais. Essa constância também levou o Conselho de Justiça Federal a enunciar que o direito ao esquecimento tutela a dignidade da pessoa humana na sociedade da informação.

A grande polêmica se abre quando entra em jogo também a liberdade de expressão e informação, direitos com mesmo valor constitucional. É um caso claro de colisão de direitos constitucionais, passíveis de solução pela ponderação de valores e a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, considerando os critérios do interesse público, historicidade, atualidade da informação e domínio público.

Nesse sentido, entre direito ao esquecimento e liberdade de expressão e informação nem sempre haverá o reconhecimento do primeiro. O delimitador cardeal é, a nosso ver, o interesse público. Ou seja, afirmando a relevância da liberdade de expressão para informar e formar opinião, o direito ao esquecimento cederá quando a divulgação da informação pretérita trazer benefício útil e atual à sociedade. Do contrário, quando a informação pretérita, ainda que verídica e eivada de importância social à época de seu acontecimento, for veiculada desprovida de qualquer utilidade atual ao organismo social, restará violado o direito à privacidade e surgirá o dever de indenizar. Inclusive quanto a crimes e criminosos. Mesmo o condenado, depois de cumprida sua pena, só se sujeitará à exposição se a finalidade for de relevância social. Do contrário, caracterizaria a aplicação de dupla pena – uma imputada pela Justiça e outra, pela sociedade -, vedada em nosso ordenamento. O que se agrava substancialmente quando se considera a forma instantânea e mundial com que as informações circulam pelo planeta. Corre-se o risco, neste particular, de uma eternização da pena como no fictício episódio Urso Branco da série *Black Mirror*²¹, possibilidade absolutamente incompatível com os valores sociais, éticos e morais e os direitos positivados em nosso conjunto legal.

Para muitos o reconhecimento desse direito significa censura e, assim, ataque à democracia e suas liberdades. Mas informar e divulgar, via TV, jornais, imagens, blogs ou aplicativos, por exemplo, não significa poder dizer tudo e qualquer coisa, sem nenhum critério ou responsabilização. Repudiar constitucionalmente a censura não é permitir ilegalidades e, mais uma vez, toda análise deve ser feita de acordo com as determinações constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana e seus valores éticos e sociais. Liberdade de expressão sim, mas não a qualquer preço.

Os críticos também aventam que esquecer, juridicamente falando, é permitir a reescrita do passado. Assim não nos parece. O direito ao esquecimento não é uma novafala aos moldes da distopia de Orwell em 1984²². Não autoriza apagar dados, informações ou acontecimentos ao bel prazer, por simples escolha, substituindo-os por outros que permitam uma reconstrução da realidade de forma mais conveniente. Os critérios são outros. O direito ao esquecimento apenas protege o indivíduo da divulgação inescrupulosa, ilícita, não autorizada e sem

²¹ Nesse episódio da série exibida atualmente na plataforma Netflix, a personagem Victória Skillane, condenada por assassinato, tem sua pena revivida diariamente. Em um cenário construído meticulosamente, ela vive situações desesperadoras e, ao final do dia, por meio de drogas que lhe são administradas, esquece tudo que passou. Enquanto dorme, o cenário é novamente preparado para, mais uma vez, reviver os horrores do dia anterior. Assim, todos os dias, em um grande *reality show*.

²² 1984 é uma ficção criada por George Orwell, pseudônimo do britânico Eric Arthur Blair, publicado em 1949, e que conta como Winston, o protagonista, lutava contra o regime totalitário em que vivia.

utilidade para a sociedade, de informações pessoais referentes ao passado pessoal. Tampouco busca apagar o passado coletivo. Não tem o condão de sobrepujar os fatos históricos já que são permeados de interesse público e fazem parte da identidade nacional.

Relativamente à Rede Mundial de Computadores e todos os aplicativos relacionados, o direito ao esquecimento possui suas peculiaridades, não exploradas aqui. Apenas cabe salientar que hoje é corriqueiro a postagem e compartilhamento de fotos e mensagens em uma ânsia de se expor, muitas vezes em uma realidade mais fantasiosa que verdadeira. Uma realidade onde informações são transmitidas e recebidas em tempo real, a um só clique, em velocidade jamais imaginada. E, muito além dessa velocidade, tantas vezes fugaz, os dados, imagens e informações que circulam em nuvens e IP's²³ percorrem uma linha de interatividade de construção e desconstrução da verdade daquilo que muitas vezes se quer esquecer. Com essa superexposição da vida pessoal, por iniciativa dos próprios indivíduos, facilmente se prevê um grande afluxo de casos levados ao Judiciário já que, embora já editada a Lei n. 12.965/14, a Internet não esquece.

Por tudo que se analisou, ao fim, o direito ao esquecimento é justo, necessário e presente em nosso ordenamento jurídico, ainda que não positivado com tal denominação. Entretanto, seu reconhecimento não leva a esvaziar o direito também fundamental da liberdade de expressão e informação. Será procedente quando se verificar a divulgação não autorizada de informações, dados ou imagens privadas que não possuam interesse público atual, fazendo, então, surgir o direito de proteção da memória individual. Seu reconhecimento, avaliado cada caso em particular sob a técnica da ponderação, é resultado de uma análise sistêmica e lógica do conjunto legal pátrio sob o manto normativo da Constituição Federal e seus princípios orientadores coroados, dessa forma, a dignidade da pessoa humana, objetivo maior do Estado Democrático de Direito.

²³ A sigla IP (Internet Protocol) é um endereço, um protocolo de comunicação representado por um número que identifica e localiza um computador pessoal ou qualquer outro dispositivo de rede.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. - Confissões. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Tradução de J. Oliveira Santos, S. J. e A. Ambrósio de Pina, SJ. p. 266-277.
- ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn, Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- BAUMEIER, Dayse de Souza Kubis. Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial. Proteção da personalidade jurídica e proteção de dados sensíveis. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://daysekubis.jusbrasil.com.br/artigos/357011653/protacao-da-personalidade-juridica-e-protacao-de-dados-sensiveis?ref=topic_feed>. Acesso em: 12 jul 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: Algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Cap. 4. p. 63-100.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 ago 2016.
- _____. STJ. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 531. Brasília, DF. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: maio 2016.
- _____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1334097, Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 19 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun. 2016.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1335153. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Brasília, 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 04 jun 2016.

CARVALHO, Ivan Lira e DANTAS, Raphael Levino. Direito ao Esquecimento: delineamentos a partir de um estudo comparativo de leading cases das Jurisprudências Alemã e Brasileira. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815>>. Acesso em: 20 ago 2016.

CASTELLANO, Pere Simón. El régimen constitucional del derecho al olvido en internet. In: VII CONGRESO INTERNACIONAL INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA, 2011, Barcelona. **Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet**. Barcelona: Huygens, 2011. p. 391 - 406. Disponível em: <http://www.huygens.es/ebooks/Neutralidad_de_la_red.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. El derecho al olvido en el universo 2.0. **BiD textos universitaris de biblioteconomia i documentació**. Barcelona, n. 28, jun. 2012. Disponível em: <<http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>>. Acesso em: 14 maio 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito ao esquecimento. **Dizer o Direito**, Manaus, 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 12 jul 2016.

GUEDES, Alessandro Marinho. Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível. **Jusbrasil**. Disponível em: <http://alessandromg.jusbrasil.com.br/artigos/346959764/aplicabilidade-do-direito-ao-esquecimento-na-esfera-civel?ref=topic_feed>. Acesso em: 12 jun 2016.

LINHA Direta Justiça - Chacina da Candelária (1993). Direção de Milton Abirached. Produção de Camila Avancini, Camila Machado de Assis, Danielle Ferreira, Didier Dutra. Roteiro: Charles Peixoto, Ivan Sant'anna, Gustavo Cascon, Teresa Frota. Rio de Janeiro: Globo Comunicação e Participações S.A., 2006. (27 min.), son., color. Disponível em: <<http://globo.com/rede-globo/memoria-globo/v/linha-direta-justica-chacina-da-candelaria-1993/4109566/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Henning e outros. Berlin: Konrad-adenauer-stiftung, 2005. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6544428/constitucional---50-anos-de-jurisprudencia-do-tribunal-constitucional-alemao/14>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do Marco Civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.45-61, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. **Professor Miguel Reale**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

REGO, Giancarlo Coutinho do. Direito ao esquecimento. Resguardando a memória individual na era da informação. **Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48468/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 06 jun 2016.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Direito ao Esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto da sociedade da informação. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro** | ISSN: 2182-7567. Lisboa, n. 1, p. 419-434, 2012. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0419_0434.pdf>. Acesso em: 12 jul 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36-57.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Cap. 1. p. 15-43.

_____. Direitos fundamentais. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 05 jun 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 21 ago 2016.