

Direito ao Esquecimento

Poliana Bozégia Moreira - pbmoreira20@gmail.com
Patrícia Mattos Amato Rodrigues - patyamato@yahoo.com.br

Curso de Direito
Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá – FUPAC
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá
Novembro/2014

Resumo

O presente artigo visa analisar o chamado “direito ao esquecimento”, expressão relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, mas que se refere a um conflito antigo entre os direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra e imagem), e os direitos relativos à informação e liberdade de expressão. Esse conflito tem sido cada vez mais frequente em razão da grande facilidade de circulação da informação através da internet, permitindo que fatos ocorridos no passado fiquem infinitamente disponíveis para consulta. Teve surgimento com a elaboração do Enunciado n.º. 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, com a finalidade de limitar a divulgação infinita de fatos pretéritos, que muitas vezes causam grandes transtornos aos envolvidos, ferindo o direito fundamental à privacidade e intimidade. Elenca o direito de ser esquecido entre os direitos da personalidade a partir de uma interpretação doutrinária do artigo 11 do Código Civil. Tal direito vem ganhando destaque especialmente no campo do Direito Digital, tendo em vista o crescente desenvolvimento da internet, afetando até mesmo as relações jurídicas. Trata-se de um conflito aparente entre os direitos fundamentais acima mencionados, de igual peso constitucional, que deverá ser solucionado pelo julgador, através de um juízo de ponderação, observando as particularidades de cada caso.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Privacidade. Informação. Conflito. Harmonização.

Abstract

The article aims to analyze the so-called "right to forgetfulness", a relatively new term in the Brazilian legal system, but that refers to an ancient conflict between the rights of personality (privacy, intimacy, honor and image) and the rights to information and freedom of expression. The conflict has become more frequent because of the internet that allows past facts to be indefinitely available for consult. It emerged with the elaboration of the Statement 531 of the VI Journey of Civil Law of the Federal Council of Justice, in order to limit the endless disclosure of past tense facts, which often cause great inconvenience to those involved, injuring the fundamental right to privacy and intimacy. Lists the right to be forgotten amongst the rights of personality because of a doctrinal interpretation of the article 11 of the Civil Code. This right has been gaining prominence especially in the field of the Digital Right, having in view the growing development of the internet, which even affects the legal relations. It is a conflict between the fundamental rights mentioned above, of equal constitutional weight, which must be resolved by the judge through a consideration judgment, observing the particularities of each case.

Key words: Right to forgetfulness. Privacy. Information. Conflict. Harmonization.

1. Introdução

O Enunciado n.º. 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal (CJF)¹, reconheceu o chamado “direito ao esquecimento”, segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Consistindo no direito que as pessoas têm de serem esquecidas pelos atos praticados no passado, impedindo que crimes ocorridos anteriormente, pelos quais já tenham cumprido pena ou tenham sido considerados inocentes sejam divulgados infinitamente.

Esse tema tem sido abordado hoje como uma forma de proteção ao indivíduo da invasão de privacidade pela mídia, especialmente em relação a fatos públicos referentes ao passado da pessoa; e atualmente, a comunidade jurídica brasileira tem visto chegar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) reflexos dos novos valores trazidos pela tecnologia, que abordam este novo direito.

Tal direito baseia-se em uma interpretação doutrinária do Código Civil, que enumera o direito de ser esquecido entre os direitos personalíssimos, referindo-se a um desdobramento do direito constitucional à intimidade e à proteção da imagem, que vem ganhando destaque em razão da facilidade de circulação e de manutenção de informação pela internet.

Conforme discutido pelos magistrados Federais, na VI Jornada de Direito Civil, o ordenamento jurídico brasileiro assegura até mesmo ao condenado criminal o direito ao esquecimento, já que o artigo 93 do Código Penal dispõe sobre o direito à reabilitação do condenado dois anos após o cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, quando preenchidas algumas condições, e no artigo 748 do mesmo diploma, prevê que após a reabilitação não será visível o registro da condenação, salvo quando solicitado por juízo criminal.

Diante desta situação, o presente artigo pretende confrontar duas vertentes principiológicas: de um lado, os princípios da intimidade e privacidade e do outro, os princípios da informação e liberdade de expressão, à luz do “direito ao esquecimento”, utilizando o método indutivo, pois através da análise de casos específicos envolvendo os direitos em confronto, buscou-se chegar à elaboração de uma regra geral e a técnica da pesquisa bibliográfica, analisando doutrina, legislação e jurisprudências, com a finalidade de

¹A elaboração do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, trata-se de uma interpretação do artigo 11 do Código Civil, em razão do acúmulo de danos nos dias atuais em razão das novas tecnologias. O surgimento do direito ao esquecimento se dá com o importante direito à ressocialização do preso, na esfera penal. Assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos passados, especificamente como o modo e a finalidade com que são lembrados. No entanto, não garante a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>. Acesso em 18 de setembro de 2014.

entrar em contato com tudo que já foi escrito sobre o tema, constatando-se as regras aplicadas nessa situação para tentar-se chegar à solução do problema levantado.

2. Direito ao Esquecimento na Internet

A origem do direito ao esquecimento, como um direito personalíssimo a merecer proteção, está na defesa do indivíduo em razão das invasões de privacidade pelas mídias sociais e sites de relacionamento.

Com as evoluções tecnológicas - uma constante ao longo dos tempos - a internet, trouxe uma capacidade de armazenamento ilimitada, fazendo com que as informações fiquem disponíveis infinitamente. Fator até certo ponto positivo, haja vista que a internet é uma fonte inesgotável de conhecimento, mas que, no entanto, quando colide com os direitos fundamentais à privacidade e intimidade, pode se tornar um grande problema para os indivíduos envolvidos.

Para se divulgar um conteúdo na internet não é preciso nenhuma identificação, há uma grande facilidade de circulação e de manutenção de informações; a qualquer tempo estão disponíveis, mesmo depois de decorrido um grande lapso temporal. Fato é que qualquer coisa pode ser postada sem nenhuma triagem sobre sua veracidade.

Em razão disso, o instituto do direito ao esquecimento, já abrangido no âmbito da proteção constitucional da privacidade, vem ganhando forte importância, ressurgindo como uma das principais discussões no campo do Direito Digital².

Essa discussão ganhou destaque com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em meados de maio de 2014, imputando à empresa Google³ o dever de analisar e avaliar individualmente os pedidos de usuários, que buscam remover do seu site os resultados vinculados à pesquisa. Conforme este julgado caberá ao próprio site Google avaliar em cada

² O termo “Direito Digital” vem se tornando relativamente popular no Brasil para indicar questões jurídicas relativas à internet. É um campo do Direito que se dispõe a estudar os aspectos jurídicos relativos ao uso de computadores e da tecnologia da informação em geral, pautado no crescente desenvolvimento da internet e na sua importância nas relações jurídicas. É uma nova área de estudo do Direito, visando regulamentar as interações sociais ocorridas no campo da tecnologia da informação. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2901>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

³ Google trata-se de uma empresa multinacional americana, surgida no ano de 1998, que fornece serviços online e produz software. Desenvolve e hospeda serviços e produtos baseados na internet, com a finalidade de organizar a informação mundial, tornando-a útil e universalmente acessível. Disponível em: <www.significados.com.br/google/>. Acesso em 09 de outubro de 2014.

pedido se o conteúdo contestado ofende o direito à privacidade do usuário, ou se há um interesse público na manutenção da informação.

Quando se tratar de remoção de conteúdos postados ilicitamente por terceiros, o recente Marco Civil da Internet⁴, seguindo esta mesma linha de entendimento, contemplou que a retirada de conteúdos postados ilicitamente por terceiros, deverá ser julgada por juízes de direito, afastando dos provedores de internet a discricionariedade pela retirada da informação de seu site.

Neste cenário, os magistrados deverão analisar se irá prevalecer o direito de informação e liberdade de expressão ou os direitos da personalidade.

Como todo choque entre princípios constitucionais, neste caso também há que se fazer uma harmonização, adotando-se cada princípio em sua medida, possibilitando o direito à informação, desde que estejam preservados os direitos individuais do cidadão, haja vista que a Constituição Federal preocupou-se em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção. Trata-se de um juízo de ponderação objetivando identificar, na prática, quais dos princípios em confronto deve prevalecer. Nesse sentido, jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (grifo meu):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SUPOSTAMENTE OFENSIVA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, DE PRIVACIDADE E DE INTIMIDADE DOS AUTORES. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO DE INFORMAÇÃO E DE LIBERDADE DE IMPRENSA. FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. VERACIDADE DA NOTÍCIA. DEVER DE REPARAR INEXISTENTE. No caso em tela, a notícia veiculada pelo jornal demandado não ofendeu a intimidade ou a honra dos demandantes, que sequer foram citados na matéria. Com efeito, a publicação questionada informou, de maneira imparcial, a ocorrência de operação da Polícia Federal no combate ao tráfico de drogas, não tendo as imagens reproduzidas o condão de induzir os leitores em erro, pois estampam apenas os fatos. **Ademais, no caso concreto, o juízo de ponderação do princípio da proporcionalidade indica que o interesse público existente no caso deve preponderar sobre o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade.** Por fim, não comprovaram os autores a ocorrência de repercussão negativa que conferisse supedâneo ao alegado abalo moral sofrido. Dessa forma, foram obedecidos os limites constitucionais do direito de informação e de liberdade de imprensa, previstos no artigo 5º, inciso IX e no artigo 220, § 1º da Carta

⁴ Marco Civil da Internet, trata-se da Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014, que regula o uso da internet no Brasil, tratando de temas como a privacidade, neutralidade da rede, retenção de dados, a função social a ser cumprida pela rede, principalmente para garantir a liberdade de expressão e a transmissão de conhecimento, além de atribuir responsabilidade civil aos usuários e provedores. Prevê princípio, garantias, direitos e deveres para quem utiliza a rede, bem como estabelece diretrizes para a atuação estatal. Disponível em: < www.conjur.com.br/2014-abr-23/direito-comparado-primeiras-consideracoes-marco-civil-internet>. Acesso em 19 de setembro de 2014.

Magna, inexistindo conduta ilícita capaz de gerar o dever de indenizar. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70029002441, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 10/06/2009).

Desse modo, aquele que se sentir lesado em razão de publicações na internet, deverá recorrer ao Poder Judiciário. E então, caberá ao magistrado responsável reconhecer se é necessária a remoção do conteúdo, priorizando assim o “direito ao esquecimento” do requerente, ou se tendo em vista o interesse público envolvido, será mais importante a manutenção da informação no universo digital

3. Princípios Constitucionais

3.1. Direito à Intimidade, a Privacidade, a Honra e a Imagem

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X expressamente erigiu os direitos à intimidade, à vida privada, a honra e a imagem das pessoas como um direito individual fundamental.

Tem-se a privacidade como o conjunto de dados sobre a pessoa, que ela pode definir se quer manter somente em seu conhecimento, ou se quer compartilhar, decidindo com quem, onde e em que condições, não podendo ser obrigada a isso.

A intimidade quase sempre é considerada sinônima da privacidade, porém a Constituição trouxe uma distinção, já que no inciso X do artigo 5º, há uma expressa diferenciação entre a intimidade e as demais manifestações da privacidade: vida privada, a honra e imagem das pessoas.

Segundo Dotti (apud SILVA, 2010, p. 207), a intimidade constitui: “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Neste sentido, abarca a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, o sigredo profissional.

Ao instituir a casa como asilo inviolável do indivíduo (artigo 5º, XI), a Constituição reconhece o direito do homem ter um local em que viva só ou com sua família, em que usufruirá de uma esfera jurídica privada e íntima, que deverá ser respeitada como intocável manifestação da pessoa humana. Comportando o direito a uma vida familiar livre de qualquer intromissão alheia.

No sigilo à correspondência encontra-se a proteção dos segredos pessoais, que pertencem apenas aos correspondentes, abarcando o direito à expressão e à comunicação.

O segredo profissional é um dever de quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual toma conhecimento de segredos de outra pessoa e deve guardá-lo com zelo. O titular desse segredo é protegido pelo direito a intimidade, não podendo ser divulgado pelo profissional, pois devassaria a esfera íntima do indivíduo, sob pena de incidir em sanções cíveis e penais.

Segundo o texto constitucional, a vida privada compreende dois aspectos, um voltado para a vida exterior, que envolve o indivíduo nas interações sociais e nas atividades públicas, podendo ser objeto de pesquisa e divulgação de terceiros, haja vista que é pública; e outro aspecto voltado para a vida interior, que refere à própria pessoa, sobre sua família e amigos. É a essa vida interior a que a Constituição se refere como inviolável no artigo 5º, X.

Tal dispositivo, também declara como invioláveis a honra e a imagem das pessoas, que constituem um direito à privacidade ou da intimidade, mas é objeto do direito da personalidade.

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito aos outros cidadãos, a reputação, o bom nome, sendo direito fundamental de o indivíduo resguardar essas qualidades, até mesmo contra ataques da verdade, pois se contrário à dignidade da pessoa, deverá ser mantido em segredo.

Trata-se da tutela do aspecto físico, como se é perceptível visivelmente à imagem das pessoas, que também é inviolável para a Constituição Federal, refletindo na esfera moral do indivíduo.

3.2. Direito à informação e à Liberdade de Expressão

A comunicação teve um crescimento exponencial nas últimas décadas e passou a ser uma necessidade fundamental das sociedades, configurando-se como um novo direito social.

A liberdade de informação assegurada pelos incisos IV, V, IX, XII e XIV combinados com os artigos 220 a 224 da Carta Magna, compreende as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação. Nas palavras de Silva (2010, p. 243), “a liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19º assegurou que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o

direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por quaisquer meio de expressão”.

O direito à informação trata-se de um direito coletivo, ou seja, refere-se do direito que a coletividade tem de ter acesso à informação. Até mesmo o direito de informar - direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento - como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, que na sua essência trata-se de um direito individual, já foi contaminado de sentido coletivo “em virtude das transformações dos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva”, segundo Silva (2010, p. 260).

Tal distinção foi reconhecida pela Constituição que em seus artigos 220 a 224 trata da liberdade de informar no sentido de liberdade de manifestação de pensamento e no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, e do direito à informação como um direito coletivo. Assegura a todos o acesso à informação contrapondo-se ao interesse individual de livre manifestação do pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Assim, a liberdade de informação deixa de ser mera função individual, para adquirir função social quando passa ser um instrumento de formação de opinião pública.

A liberdade de expressão tem cunho intelectual em que o homem tenta participar os demais indivíduos de seus conhecimentos, suas crenças, suas opiniões políticas e religiosas, entre outros, caracterizando-se como uma exteriorização dos pensamentos.

A Carta Magna de 1988 não só reconheceu o direito à informação como também proibiu a censura – submissão à deliberação de outro indivíduo o conteúdo da manifestação de pensamento, como condição para sua veiculação - que vinha sendo praticada em regime anterior⁵.

Desta forma a veiculação das manifestações de pensamento passou a não depender de controle prévio, propiciando a liberdade de expressão. A norma constitucional vedou expressamente a censura, garantindo a liberdade de informação e comunicação, destacando Mendes e Branco:

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas

⁵ A Ditadura Militar foi um período da política brasileira, entre 1964 e 1985, em que os militares governaram o Brasil. Consagrou normas que suprimiram a democracia, limitando os direitos constitucionais do indivíduo, promovendo a censura, a perseguição política dos opositores do governo e reprimindo todos que eram contra o regime militar. Disponível em: <www.suapesquisa.com/ditadura/>. Acesso em 09 de outubro de 2014.

manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo. (2014, p. 265).

No entanto, não significa que a liberdade de expressão não deve ter compromisso com os demais direitos consagrados no Texto Constitucional. Deste modo, se até mesmo a liberdade de ir e vir pode sofrer restrições para preservar outros direitos fundamentais, o mesmo poderá ocorrer com a liberdade de expressão.

Apesar do papel de promoção da cidadania e de ser um importante instrumento da democracia, a liberdade de expressão está inserida no contexto das liberdades públicas, logo, não é o único interesse ou direito protegido constitucionalmente. Portanto, não se trata de um valor isolado no ordenamento jurídico, e por isso não possui primazia sobre os demais direitos fundamentais.

4. Direito ao Esquecimento: uma Harmonização de Direitos Fundamentais

É incontestável na sociedade atual, que a imprensa é um veículo formador de opinião pública mais até que informativa. Também é inquestionável que a Constituição Federal de 1988 consagrou a liberdade de expressão como um direito fundamental, assumindo um importante papel na consolidação da democracia como uma defesa contra a censura experimentada nos regimes anteriores, revelando-se como uma liberdade pública fundamental – uma prerrogativa do indivíduo frente ao Estado.

Com a liberdade de expressão começaram a ocorrer abusos pelos meios de comunicação, ocasionando graves lesões ao direito de intimidade do cidadão e violando-se outros direitos constitucionais como o da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna. Questão que suscitou um questionamento: pode a liberdade de expressão e a informação causarem lesões à honra e imagem do indivíduo?

Diante desta situação surgiu um conflito entre a liberdade de expressão e informação, de um lado, e os direitos da personalidade (intimidade, honra e imagem), de outro, ambos direitos fundamentais igualmente protegidos, ocasionando a chamada colisão de direitos fundamentais, sendo necessário salientar que a Constituição de 1988 expressamente proíbe a censura.

Nesse sentido jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (grifo meu):

EMENTA: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA. LIMITES. REPRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES COLHIDAS EM BOLETIM DE OCORRÊNCIA. POSTERIOR TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA EM SENTIDO CONTRÁRIO. VERACIDADE. PREVALÊNCIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA. 1. Na colisão de direitos fundamentais à liberdade de expressão e direitos da personalidade relativos à honra, imagem e privacidade, adota-se, inclusive no direito pátrio, modelo desenvolvido pela Supreme Court norte-americana para a solução de conflitos entre a liberdade de expressão e a privacidade. Procura-se compatibilizar, na espécie, a proteção dos direitos da personalidade com o interesse público no acesso à informação característico dos regimes democráticos. 2. **O direito à liberdade de imprensa não é absoluto, havendo de ser exercido em harmonia com outros previstos na Constituição.** O exercício da liberdade de expressão e informação está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. **A colisão dos princípios deve ser solucionada pela ponderação balizada na análise do caráter público da informação, bem como do limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação.** (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.220829-1/001, Relator (a): Des.(a) Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 03/12/2013, publicação da súmula em 19/12/2013).

Todavia a censura ter sido ter sido efetivamente proibida, o constituinte brasileiro estabeleceu alguns limites para o exercício das liberdades de expressão e de imprensa. Esses limites surgem diante do choque com outros direitos fundamentais, com base no princípio da unidade da Constituição, e acabam restringindo esses direitos, diante da obrigação de harmonização dos direitos em conflito.

O princípio da unidade da Constituição conduz ao entendimento de que se devem evitar contradições entre as normas constitucionais, principalmente quando se tratar de princípios jurídicos constitucionalmente estruturantes, compelindo o intérprete a considerar a Carta Magna em sua totalidade, não apenas como normas isoladas e dispersas, mas sim como regras integradas num sistema interno unitário de normas e princípios.

No conflito entre direitos fundamentais, um não anula o outro; eles impõem ao intérprete a composição dos conflitos de interesses para determinar os limites concretos aos princípios em choque. Nos dizeres de Mendes e Branco:

[...] No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância do caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro. (2014, p. 183).

Segundo Dworkin, (apud MENDES; BRANCO, 2014, p. 73/74), os princípios, em razão de sua dimensão de peso, podem interferir uns nos outros, e para resolver o conflito deve ser levado em consideração o peso de cada um. Admite-se que isto não se faz por meio

de critérios de mensuração exatos, mas através de questionamentos sobre quão um princípio é mais importante, ou seja, qual o seu peso numa dada situação. Não se chega à solução de conflitos entre princípios tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto entre normas que estão em paralelo. Para Dworkin, os princípios demonstram os valores morais da sociedade e tornam-se elementos próprios do discurso jurídico.

Tendo em vista a proteção ao direito à intimidade e à dignidade da pessoa humana, o titular da liberdade de expressão ou de imprensa, deve observar os demais direitos fundamentais, e dosar sua liberdade com responsabilidade.

Essa limitação está baseada no conceito clássico de que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos por outros direitos de mesma hierarquia. Neste caso, estes tem que ser limitados entre si e harmonizados através da aplicação do princípio da proporcionalidade, que estabelece um juízo de ponderação, explicado por Mendes e Branco da seguinte forma:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial. [...] (2014, p. 184).

Assim, tem-se que não é possível criar uma fórmula genérica para solucionar o conflito entre esses princípios, a solução dependerá de uma análise das particularidades do caso concreto. Pensamento este, também verificado na obra de Mendes e Branco, que dispõem que para “solucionar o conflito, não se deve considerar as *circunstâncias do caso concreto*, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática” (2014, p. 183, grifo do autor).

Nesse sentido a elaboração do Enunciado n°. 531, reconhecendo o surgimento do chamado “direito ao esquecimento”, demonstra uma tentativa de pautar o exercício da liberdade de comunicação no interesse público sobre o fato divulgado e na necessária preservação da dignidade da pessoa humana, resguardando a aplicação de ambos princípios em maior e menor medida, diante da análise de cada caso concreto.

5. Aplicação do Direito ao Esquecimento

5.1. Caso Chacina da Candelária

Na madrugada de 23 de julho do ano de 1993, oito meninos de rua que dormiam em frente à igreja da Candelária, no Centro do Rio de Janeiro, foram mortos a tiros disparados por policiais. O motivo seria a vingança contra o apedrejamento de uma viatura pelos menores no dia anterior. Um dos menores que tomou quatro tiros sobreviveu e se tornou a única testemunha da tragédia, que ficou conhecida como “a Chacina da Candelária” e ganhou repercussão internacional.

Um dos acusados à época e posteriormente inocentado pelo Tribunal do Júri por unanimidade, o Sr. Jurandir Gomes de França, foi procurado pela equipe do programa televisivo Linha Direta⁶, que desejava retratar o ocorrido em um de seus episódios e colher seu depoimento sobre o seu indiciamento no caso. No entanto, o mesmo manifestou não querer ver seu nome envolvido mais uma vez na tragédia ocorrida, buscando evitar reviver os dramas sofridos no curso do processo penal.

Posteriormente houve a veiculação do episódio no referido programa, mencionando seu nome verdadeiro, mesmo contra sua vontade expressa, ressurgindo no meio em que vivia o interesse e a desconfiança de todos, em que muitos voltaram a vê-lo como culpado pelo crime.

Em razão da violação de sua imagem e invasão de sua esfera privada sem prévia autorização, o Sr. Jurandir ingressou com uma ação de indenização contra a emissora buscando uma reparação pelos danos morais sofridos. Em primeira instância seus pedidos foram julgados improcedentes ao argumento de que as publicações da imprensa só poderiam ensejar reparação quando existir dolo, o que não existe e nem pode existir se os fatos levados a público eram verdadeiros e foram noticiados exatamente da forma como ocorreram.

Entendimento este que não foi mantido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos da Apelação Cível de n°. 2008.001.48862 (Processo originário de n°. 0029569-97.2007.8.19.0001), que reformou a sentença, condenando o apelado, Globo Comunicações e Participações S/A ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ao apelante, o Sr. Jurandir.

Entendeu-se que neste caso a Rede Globo invadiu o anonimato de um homem esquecido, e esquecido principalmente por ter sido absolvido, contrariando sua vontade

⁶ Programa televisivo, especializado em recontar crimes ocorridos no passado, veiculado pela emissora Rede Globo (Globo Comunicações e Participações S/A). Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta/curiosidades.htm>>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

expressa de assim o permanecer, com a intenção de lucrar com um episódio histórico, que simplesmente poderia ter sido contado sem a revelação de seu nome verdadeiro.

Em seu voto, o Relator, Desembargador Eduardo Gusmão Aves de Brito Neto, ressaltou que:

[...] Não há como negar, com efeito, que certos episódios históricos são, ao final, bem como seus participantes, insuscetíveis de serem esquecidos. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou marcaram de forma indelével a história, que a seu turno há de ser recontada para a formação da identidade cultural do país. Não há, por exemplo, como falar da história americana sem mencionar o assassinato de Kennedy em novembro de 1963 por um homem chamado Lee Oswald. Tampouco é razoável supor a impossibilidade de lançar no esquecimento as circunstâncias que levaram à morte de Euclides da Cunha e mais tarde seu próprio filho. Como Capitu e Bentinho, são todas estas pessoas reféns de um momento em que saíram do anonimato e entraram na história.

Todavia, contra esta regra devem ser erguidas necessárias barreiras de proteção ao cidadão. Assim, por exemplo, não se justifica o retorno ao passado com a divulgação de nomes dos envolvidos se o réu foi absolvido e o episódio, embora marcante e hediondo, possa ser contado sem a revelação de sua presente identidade. Porque ao lado do direito coletivo de conhecer os fatos do passado, há também aquele inerente à dignidade da pessoa humana, de não ter a existência sacrificada por um erro judiciário ou pela notoriedade que o episódio involuntariamente conquistou.

Penso que esta seja a hipótese dos autos. O crime da Candelária teve os seus culpados e estes foram condenados. Quem queira recontar a estória, que o faça preservando o anonimato daqueles que foram absolvidos. Estes tem o direito de serem esquecidos, nada justificando o sacrifício de sua própria vida, além da tomada daqueles anos durante os quais tramitou o processo. [...] (BRASIL, 2008).

Ficou evidenciado no voto do Ilustre Desembargador que apesar do direito à informação ter papel de destaque no atual ordenamento jurídico, este não é amplo e irrestrito, encontrado limitações no também fundamental princípio da dignidade da pessoa humana.

Certamente alguns episódios se tornaram marcantes e constituem a própria identidade cultural do país, devendo ser recontados a fim de que se entenda a história daquela nação. No entanto, há que se preservar a identidade daqueles que foram considerados inocentes. Nota-se hoje, que a informação deixou de ser só um direito e passou a ser utilizada como uma atividade lucrativa, em que menospreza o direito à privacidade da pessoa objeto da informação em busca do dinheiro que a aquela notícia renderá para quem a veicula.

Desse modo, há que se estabelecerem limites ao direito de informação, proporcionando uma harmonização com os direitos decorrentes da privacidade do indivíduo, levando-se em consideração as especificidades do caso concreto para se verificar qual direito prevalecerá naquela situação.

5.2. Caso Aída Curi

O caso Aída Curi ocorreu no bairro de Copacabana na cidade do Rio de Janeiro, no dia 14 de julho de 1958, em que a mesma, na época com 18 anos de idade, foi arrastada até o topo do Edifício Rio Nobre por dois rapazes, que foram ajudados pelo porteiro a abusar sexualmente da mesma. Segundo a perícia, Aída foi submetida a pelo menos trinta minutos de tortura e luta corporal com os três agressores, até vir a desmaiar. Para encobrir o crime, os mesmos atiraram a jovem do terraço do prédio tentando simular um suicídio.

Este crime foi um dos mais famosos nos jornais policiais da época devido a forte comoção gerada na população. E em razão dessa notoriedade, foi um dos crimes também apresentados no programa televisivo Linha Direta.

Em razão disso, os irmãos da vítima ingressaram com uma ação de indenização por danos morais, materiais e à imagem contra a emissora, alegando que o crime teria sido esquecido no decorrer do tempo e que a exibição do programa trouxe à tona todo o sofrimento que sentiram na época do fato, reabrindo as antigas feridas da família. Sustentaram também que notificaram previamente a emissora de que não autorizavam a exposição do crime novamente, e em razão disso, houvera enriquecimento ilícito da emissora, com a exploração da tragédia familiar, obtendo lucros com audiência e publicidade.

O juiz de Primeira Instância julgou o pedido dos autores improcedentes sob o fundamento de que o fato era de conhecimento público e que havia sido amplamente divulgado à época em que ocorreu, tendo a emissora apenas executado o seu papel de informar, alertando e abrindo debates sobre o controvertido caso.

A sentença foi mantida em Segunda Instância ensejando a interposição de Recurso Especial para o STJ. O recurso foi julgado pela Quarta Turma que entendeu que a liberdade de imprensa encontra algumas limitações, como por exemplo:

[...] (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direito à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) [...]. (Recurso Especial 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012).

O julgamento deste recurso evidenciou a necessidade de que o conflito entre direitos da personalidade e a liberdade de informação devem analisados a partir da nova realidade

social, de informações massificadas, chocando-se diariamente com o surgimento de novos direitos resultantes da proteção da dignidade da pessoa humana.

Em seu voto, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, ressaltou que o conflito entre os bens jurídicos aqui discutidos, via de regra, é solucionado com certa inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas do indivíduo, embora a solução mais eficaz devesse ser a observação das particularidades do caso concreto.

Isto ocorre, pois a despeito da informação livre de censura integrar o rol de direitos fundamentais (artigo 5º, inciso IX), a Constituição Federal atribuiu importante proteção ao homem, ao prever em seu primeiro artigo (artigo 1º, inciso III) a proteção da dignidade da pessoa humana, demonstrando que mais que um direito fundamental, trata-se de um dos fundamentos da República, pelo qual devem ser interpretados os demais direitos.

No entanto, deve ser levado em consideração o comprometimento com a história da sociedade, considerada patrimônio imaterial, em que se inserem os acontecimentos e personagens capazes de evidenciar para o futuro os traços culturais, sociais e políticos de uma determinada época, pois a adoção do direito ao esquecimento faria com que crimes e criminosos que entraram para a história simplesmente desaparecessem.

A análise de crimes passados pode servir para verificar como o ser humano e, por consequência, a própria sociedade evoluiu ou regrediu em determinados momentos, no concernente a valores éticos e humanitários, e qual foi a resposta dado pelos aparelhos estatais aos fatos, demonstrando, por exemplo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.

É certo que não só o ofensor tem direito ao esquecimento quanto também a vítima e seus familiares, não sendo permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a exploração comercial das adversidades pelas quais passaram. Porém, nos crimes com grande repercussão nacional, o ofendido, pela situação ocorrida, torna-se elemento indissociável da infração, o que em geral inviabiliza a narrativa do fato caso se omita a figura da vítima. Seria, por exemplo, recontar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, entre outros que estiveram na história passada e recente do quadro criminal brasileiro.

Nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

[...] Com efeito, 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 Ainda Curi, sem Ainda Curi. É evidente e possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime se tornou

histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. [...] (BRASIL, 2103).

O não provimento deste Recurso Especial deixa claro que como todo direito, nem mesmo o direito ao esquecimento é absoluto, encontrando algumas limitações nos casos concretos. Dessa forma, apesar de se reconhecer tal direito, muitas vezes determinados fatos e pessoas ficam tão marcadas na história, que dificilmente serão esquecidos.

Mais uma vez resta claro que o reconhecimento do chamado “direito ao esquecimento” depende de uma análise caso a caso para se chegar a uma solução mais próxima do ideal, tendo em vista tratar-se de um conflito entre direitos de igual valor no ordenamento jurídico brasileiro – direitos da personalidade X direito de informação/liberdade de expressão.

6. Considerações Finais

Como se tratam de direitos fundamentais e possuem igual valor perante a Constituição Federal, a solução mais efetiva é fazer uma análise do caso concreto, com suas particularidades e ponderar qual direito irá prevalecer, pois não obstante o fato de os envolvidos possuírem o direito de serem esquecidos, pela historicidade do fato, isso nem sempre será possível.

O direito ao esquecimento é um avanço na proteção da dignidade da pessoa humana, mas como os demais direitos fundamentais não é absoluto, podendo ser restringido em casos de grande repercussão social que acabam por construir a história do país, de modo que é impossível relembrá-los sem mencionar o nome dos envolvidos.

Assim não há uma única solução para o choque entre os direitos da informação e da privacidade, pois esta dependerá de cada caso, prevalecendo o direito de informar ou o direito de ser esquecido a depender das particularidades dos fatos analisados.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível N°. 1.0024.12.22 0829-1/001. Relator: Desembargador Cabral da Silva. Belo Horizonte, MG, 03 de dezembro de 2013. Disponível em:

<

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n°. 2008.001.48862. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Aves de Brito Neto. Rio de Janeiro, RJ, 13 de novembro de 2008. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F>>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N°. 70029002441. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, RS, 10 de junho de 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029002441%26num_processo%3D70029002441%26codEmenta%3D2964636+privacidade+informa%C3%A7%C3%A3o+pondera%C3%A7%C3%A3o+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70029002441&comarca=Comarca%20de%20Erechim&dtJulg=10/06/2009&relator=Odone%20Sanguin%C3%A9&aba=juris>. Acesso em 04 de novembro de 2014.

_____. VADE MECUM (2014).17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

FILARETO, Juliana. No Brasil, direito ao esquecimento na internet depende do Judiciário. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/juliana-filareto-direito-esquecimento-depende-judiciario>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.