

A DOCTRINA DO “RIGHT TO BE FORGOTTEN” PELA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

THE DOCTRINE OF THE “RIGHT TO BE FORGOTTEN” FROM THE PERSPECTIVE OF RELATIONSHIP BETWEEN CITIZENS

Clarissa Carello¹

Professora da Graduação em Direito da UniRitter

Maria Cláudia Cachapuz²

Professora da Graduação em Direito da UFRGS

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos fundamentais; direito civil; ilicitude e responsabilidade civil; reflexos dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

RESUMO: O direito ao esquecimento vem sendo difundido no Brasil, especialmente após dois recentes julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que um deles possui conteúdo de repercussão geral e aguarda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, a matéria em questão ainda não conta com legislação

específica, mesmo tendo origens da década de 1930. Por meio do presente artigo pretende-se fazer um breve histórico sobre o direito ao esquecimento e os seus precedentes nos Estados Unidos e na Europa, para, logo após, adentrar-se nos julgados nacionais e no conflito de princípios constitucionais invocados pelas partes e pelos julgadores. Na parte final, o objetivo é trazer ensinamentos de doutrinadores como Jürgen Habermas e Robert Alexy sobre o tema, em especial sobre a autonomia e o princípio da igualdade.

¹ Advogada. Mestranda do Curso de Direito e Sociedade do Unilasalle. *E-mail:* clarissacarello@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0184515340775668>.

² Magistrada com atuação no TJRS. Doutora em Direito Civil pela UFRGS. Professora do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. *E-mail:* mcmcachapuz@tj.rs.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3260788695302203>.

PALAVRAS-CHAVE: direito ao esquecimento; liberdade de imprensa; colisão de princípios constitucionais; responsabilidade civil; autonomia.

ABSTRACT: *The right to be forgotten has been widespread in Brazil, especially after two recent judgments by the Superior Court of Justice (STJ), one of which has general repercussions content and is awaiting pronouncement of the Supreme Court (STF). However, this subject does not have a specific legislation, even though the origins in the 1930s. Through this article is intended to make a brief background on the right to be forgotten and their precedents in the United States and Europe, as soon after, enters on national and judged the conflict of constitutional principles invoked and judges. In the final part, the goal is to bring scholars of Jürgen Habermas and Robert Alexy on the subject, in particular the autonomy and the principle of equality.*

KEYWORDS: *right to be forgotten; freedom of the press; collision constitutional principles; civil responsibility; autonomy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito ao esquecimento: origem e precedentes internacionais; 2 Direito ao esquecimento sob a perspectiva do Direito brasileiro; 3 A proteção à pessoa na perspectiva de responsabilidade civil: o conflito das normas aplicáveis na espécie; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Right to be forgotten: source and international precedents; 2 The right to be forgotten in the Brazilian system; 3 The right to privacy and liability: the conflict of the rules applicable in concrete; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Tratar da doutrina do “*right to be forgotten*”, traduzida academicamente pelo direito brasileiro na expressão do “direito ao esquecimento” – ainda que possibilitada a compreensão na modalidade passiva, como um “direito a ser esquecido” –, permite, na sociedade contemporânea, diversos enfoques em relação ao tema do acesso e da divulgação de informações. Isto assim se configura em razão da associação que o assunto proporciona em relação ao conceito de *autodeterminação informativa*, quando discutidas situações corriqueiramente levadas à apreciação dos Tribunais: seja pela ideia de exercício de um direito à manifestação livre do pensamento, seja pelo enfrentamento da tutela da privacidade quando em discussão o registro, o armazenamento e a transmissão de dados pessoais. A questão de fundo é, na

essência, o problema do “impulso à autoexposição”³, não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, compartilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, “por feitos e palavras”⁴, pelos demais⁵.

A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício científico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio menciona o exemplo de uma pessoa que, “para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la”⁶, instala câmeras de vídeo na residência, possibilitando que os visitantes de seu espaço de divulgação na rede virtual possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, em um exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Questiona-se, portanto, em que medida a esfera pública – ou aquilo que a representa no mundo das aparências – traduz-se em um espaço de reflexão ao indivíduo – na essência, resguardado ao privado –, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em sentença de 15 de dezembro de 1983⁷, ao analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de reconhecimento de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada. Isso significa compreender que

³ Nesse sentido, conferir o posicionamento de Hannah Arendt pelo exame que apresenta em relação às esferas do público e do privado (ARENDR, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 28).

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ Ver estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da “autodeterminação informacional”, em Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

⁶ VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. p. 61.

⁷ BVerfGE 65,1.

informações compartilhadas só podem permanecer públicas porque existente o conhecimento do titular acerca de sua extensão e a justificação por um interesse público específico. Ainda assim, a liberdade de autorização individual ao que se faz divulgado permite restrições, considerando o Tribunal Constitucional que

a autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de agir conjuntamente de seus cidadãos. [...] A informação, ainda quando relacionada a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado.⁸

Ao afirmar a liberdade de conduta, embora esta não se encontre insuscetível de restrição, o Tribunal Constitucional permite, abstratamente, uma reciprocidade de conduta na esfera pública (confiança externa) para conhecer e tornar conhecido o que é íntimo e privado. Possibilita o Tribunal Constitucional que se compatibilizem princípios de liberdade e de dignidade humana, reconhecendo tanto o livre arbítrio ao indivíduo – e, assim, a possibilidade de discutir uma vontade no âmbito público – como a proteção ao que é de sua essência (a dignidade). Daí a possibilidade de se “*garantizar la esfera personal estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas*”⁹, sem que se afaste de uma concepção igualmente ampla de liberdade ao indivíduo e, mais especificamente, de livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo Tribunal alemão – e, aqui, proposta para aplicação ao sistema jurídico brasileiro –, autoriza, então, que se identifique um critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que pertence, com exclusividade e reserva, ao indivíduo. Segue, de forma muito próxima, a condição de universalização da conduta, como critério de igualdade em um plano ideal, a fim de justificar, por uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Ou seja, persegue a ideia de que, para agir de forma livre, é necessário que o indivíduo possa determinar a sua ação em uma esfera pública – o que só se torna possível na medida em que exista também uma autolimitação¹⁰.

⁸ BVerfGE 65,1, em tradução livre da versão alemã.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2001. p. 356.

¹⁰ Seguindo o pensamento de Galuppo, “isso reconduz, inevitavelmente, à questão do imperativo categórico: devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos

A possibilidade de restrição à liberdade assegurada em abstrato – ainda que exigida uma ponderação por razões sérias a toda a restrição que seja efetuada –, em outras palavras, é o que assegura a efetiva possibilidade de exercício de um direito de liberdade, potencializando a autonomia do indivíduo¹¹. Em um espectro mais amplo, é o que garante a não violação de direitos humanos, na medida em que permite, a todo o momento, o exame de uma gênese crítica pela reserva do espaço próprio ao pensar.

Como a concepção de uma autodeterminação informativa reforça a estrutura das esferas para o exame do que é privado também em relação às informações referentes à personalidade, o destaque conferido à situação de um direito mais concreto – acesso, armazenamento, cruzamento e transmissão de dados informativos –, entre os demais direitos de personalidade, contribui para a precisão de conceitos indeterminados e cláusulas gerais hoje presentes nas codificações civis (Consumidor e Civil) e permite analisar, de forma específica, a situação empírica que corriqueiramente se dispõe, cada vez mais, à análise dos Tribunais. No exame específico da doutrina do “direito ao esquecimento”, a matéria possibilita que tanto se aborde a questão do acesso à informação disposta em bancos de dados públicos e a extensão de manipulação de dados possível quanto, inclusive, que se discuta quanto à possibilidade de permitir que fatos do passado deixem de ter um caráter público, a fim de que sejam esquecidos frente a um direito de acesso geral.

Para a denominação que ora é pretendida ao estudo, tem-se que os primeiros dados históricos referentes ao denominado “direito ao esquecimento” datam do princípio dos anos 30, quando, nos Estados Unidos, foi requerido por uma cidadã o direito à ressociação, de forma que terceiros não tivessem o acesso às informações referentes à sua vida pretérita. Outro precedente, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, já na década de 70. No

para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, como já disse, *autolimitação*, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis” (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 95).

¹¹ É o que acentua Gadamer, referindo-se à tarefa assumida pelo Direito na realização de uma ideia de justiça: “*El ‘derecho’ es, en el fondo, el gran ordenamiento creado por los hombres que nos pone límites, pero también nos permite superar la discórdia y, cuando no nos entendemos, nos malinterpretamos o incluso maltratamos, nos permite reordenar todo de nuevo e insertarlo numa realidade común. Nosotros no ‘hacemos’ todo esto, sino que todo esto nos sucede*” (GADAMER, Hans-Georg. *Histórica y lenguaje: una respuesta*. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Geor. *Historia y hemenética*. Barcelona: Ediciones Piados, 1997. p. 102).

Brasil, a evocação a um direito ao esquecimento é bastante recente, quando discutida a veiculação, em programa de televisão, de informações referentes a envolvimento de pessoas em delitos ocorridos no passado, sem que houvesse a autorização prévia dos envolvidos a tanto. O aspecto central da discussão, nos dois casos levados a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, partia de uma ausência de contemporaneidade dos fatos então noticiados, que serviram, sob a ótica dos envolvidos, apenas para revolver informações passadas sem qualquer interesse público relevante para o momento atual. Em decorrência de uma exposição desautorizada, os diretamente envolvidos nos fatos pediram, judicialmente, indenização pelos danos experimentados em razão dessa divulgação. O ponto comum entre os precedentes internacionais e os casos brasileiros está na ausência de norma específica que possa estabelecer, *a priori*, limites de aplicação à concepção de um direito ao esquecimento como freio à liberdade de imprensa ou de ampla manifestação do pensamento.

A preocupação, portanto, centra-se em estudar o que hoje se compreende como um direito ao esquecimento e que reflexos, inclusive em perspectiva comparada, podem ser estendidos da experiência do Direito Comparado aos casos levados à discussão nas Cortes brasileiras. Feita essa contextualização, inclusive com o confronto das razões de decidir das decisões do STJ, passa-se ao exame do que segue disposto no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, inclusive para compreender a extensão de exame do problema sob a ótica de aplicação de um princípio de dignidade da pessoa humana. De resto, oferece-se ainda um teste dos argumentos apresentados nas decisões do STJ para que, de forma crítica, seja possível verificar-se a correção do decidido à luz do ordenamento jurídico posto.

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO: ORIGEM E PRECEDENTES INTERNACIONAIS

A ideia de um direito ao esquecimento aparece, pela primeira vez, em um caso em que defendido o direito à ressocialização por uma cidadã norte-americana em plena década de 1930. A ação foi ajuizada por Gabrielle Darley Melvin, que trabalhava como prostituta, após ter sido absolvida da acusação de prática de um delito – no caso, um homicídio – associado ao seu meio de sustento econômico. Quando busca retomar a vida, casando-se e formando uma família, é surpreendida pelo lançamento de um filme que retrata a sua vida pregressa, no qual seu nome e sua imagem reais são veiculados ao longo da trama. Somado a este fato, foram incluídas no filme cenas reais do seu julgamento.

Discutido judicialmente o caso, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia reconheceu que a autora tinha o direito a buscar um ideal de felicidade – não chegando, expressamente, a ser referido o direito ao esquecimento –, o qual estaria proclamado na declaração de independência dos Estados Unidos da América. Este entendimento foi extraído da constatação de que ocorrera a utilização indevida de seu nome e de sua imagem, ausente uma autorização específica a tanto. A restrição observada a um direito de divulgação de informações pretéritas não alcançou integralmente a pretensão da autora da demanda. Relativamente ao filme ter retratado fatos ligados à acusação que sofrera de assassinato, compreendeu a Corte norte-americana que, por tratar-se de dados que estavam inseridos em registros públicos – acessível a todos os interessados, portanto –, não caberia qualquer limitação à divulgação específica.

O próprio fato dos incidentes constarem em um registro público basta para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade. Quando os incidentes de uma vida são tão públicos a ponto de serem postos em público, passam ao conhecimento e posse de todos, deixando de ser privados.¹²

Outro precedente histórico relacionado ao direito ao esquecimento, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, em 1973. O julgado do Tribunal Constitucional alemão trata de hipótese em que um réu, envolvido no assassinato de quatro soldados alemães, opõe-se à pretensão de divulgação, por uma rede de televisão local, de informações vinculadas sobre a sua pessoa em relação ao crime cometido. Como estava às vésperas de deixar a prisão após cumprir pena de seis anos de reclusão, ajuizou ação inibitória contra o canal de televisão, para que o programa não fosse ao ar, impedindo, assim, que a sua imagem fosse exposta por meio de fotos e demais registros feitos na época do

¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia, Apelação, Apelante: Gabrielle Darley Melvin, Apelada: Dorothy Davenport Reid, Relator John Bernard Marks, 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 28 jun. 2015. Originalmente: “From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are *291291 so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of “The Red Kimono”, stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued”.

assassinato. No julgamento, a Corte alemã entendeu não haver mais interesse dos espectadores na notícia sobre o caso, ausente uma atualidade da notícia, ponderando, *a contrario sensu*, um prejuízo, de maior peso ao autor da ação, com a divulgação dos fatos na oportunidade.

Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização).¹³

Neste caso, a precedência de uma proteção à personalidade foi observada em relação à liberdade de informação, observada uma proporcionalidade em concreto, quando conferido maior peso de argumentação à necessidade de fazer prevalecer um direito mais amplo de ressocialização ao preso. Sobre o mesmo caso, em 1996, outra tentativa de trazer à tona os fatos que culminaram no assassinato dos soldados foi intentada, desta vez, cuidando os documentaristas em alterar o nome das pessoas envolvidas, evitando, ainda, a veiculação de suas imagens. Neste que é conhecido como “Caso Lebach II”, a “liberdade comunicativa” da empresa foi contestada pelos réus originais, que utilizaram argumentação semelhante à trabalhada no caso pretérito. Os argumentos, pelas peculiaridades da forma como pretendida a divulgação das informações, desta vez não foram considerados tão relevantes pela Corte Constitucional alemã para afastar a possibilidade de divulgação.

¹³ SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hening et al. Montevidéu: Konrad Adenauer - Stiftung, 2005. p. 486-488.

A intensidade da violação ao direito fundamental dos criminosos, no Caso Lebach-1, era sensível porquanto o programa de televisão da ZDF conferira um caráter sensacionalista ao fato, com a exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. A veiculação do documentário, à época, prejudicaria e muito a ressocialização dos condenados. No programa da SAT 1, no entanto, é inadequado encontrar tal nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional. Passaram-se 30 anos da ocorrência do crime (de 1969; o acórdão é de 1999) e os riscos para a ressocialização foram bastante minorados.¹⁴

Mais recentemente, o direito ao esquecimento ressurgiu no debate da comunidade europeia, agora sob o prisma de uma sociedade preocupada com o problema da virtualização das informações. Novamente na Alemanha e também sob os argumentos trazidos no julgamento do primeiro “Caso Lebach”, no ano de 2009, um jogador de futebol, envolvido com uma denúncia de estupro e condenado por tal delito, postulou a exclusão da rede Web de informações que o vinculassem ao fato. O Tribunal Constitucional alemão, defendendo a aplicação de um princípio de veracidade em relação às informações trabalhadas, efetuou a ponderação para o caso e mitigou a proteção à vida privada do jogador, compreendendo como possível a divulgação.

Uma adequada ponderação entre os interesses constitucionalmente protegidos, posto que em colisão direta. Segundo os juízes constitucionais, a proteção das expressões da sexualidade humana ocupa uma zona central na proteção à vida privada, não interessando a terceiros o que o indivíduo faz ou deixa de fazer nesse âmbito. No entanto, a cobertura jornalística de um fato verídico e criminoso, ainda que no âmbito das relações sexuais, mesmo que sem uma sentença definitiva, não pode ser obstada sob o fundamento da preservação da vida privada. Ressaltou-se, ainda, que a cobertura

¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-pro-tecao-direito-esquecimento#author>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

foi permanente e não tópica ou após a conclusão do processo.¹⁵

Em um precedente ainda mais recente, apreciando matéria bastante próxima, um cidadão espanhol ajuizou ação contra a empresa norte-americana “Google”, requerendo que determinados indicadores de consulta não fossem apresentados na rede mundial de computadores por aqueles que buscassem informações a seu respeito, em especial às informações relacionadas à venda de um imóvel de sua propriedade, por meio de um leilão, em decorrência de dívidas. O Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁶, em 13 de maio de 2014, proferiu decisão em que o direito ao esquecimento na Internet foi tutelado, considerando inadequados os dados “não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido”. Por meio da decisão, os sítios eletrônicos que propiciam buscas na Internet, como o próprio Google, devem disponibilizar a seus usuários ferramentas que possibilitem que as suas informações pessoais, processadas e armazenadas pelos seus respectivos servidores, sejam apagadas¹⁷.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, dois casos recentemente julgados pelo STJ enfrentaram, de forma direta, o tema do direito ao esquecimento. O primeiro processo, ajuizado originariamente por Jurandir Gomes de França, invocou o direito ao esquecimento em face da veiculação de seu nome e de sua imagem em programa jornalístico da Rede Globo de Televisão, denominado “Linha Direta”. Na discussão judicial proposta, o autor referiu ter sido acusado de participação no episódio denominado “chacina da Candelária”, ocorrida no Rio de Janeiro, em meados da década de 1990, quando, após a instrução do processo criminal, restou sumariamente absolvido. Aduz, em síntese, que, em virtude de ter sua imagem e seu nome mostrados ao longo do programa, trouxe à memória de inúmeras pessoas, que já tinha esquecido o ocorrido, fatos do passado, renovando os sentimentos de repúdio à sua pessoa. No julgamento do caso, restou reconhecida a possibilidade de manutenção de uma proteção à intimidade e à vida privada,

¹⁵ Idem.

¹⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁷ UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>>. Acesso em: 21 maio 2015.

na medida em que necessária a tutela específica a um direito de ser esquecido ou de ser relacionado com os fatos desabonadores do passado. No voto, o direito ao esquecimento restou traduzido como o “direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”¹⁸. Na ponderação formulada, compreendeu ainda o voto condutor do julgamento que um princípio à liberdade de imprensa não pode ser considerado absoluto, compreendendo-se que esteja igualmente sujeito a restrições.

Na mesma sessão de julgamento, outro caso¹⁹, em que também restou invocado um direito ao esquecimento, foi apreciado pelo STJ, resultando em compreensão diversa acerca da extensão de uma proteção específica ao caso. Na hipótese, os irmãos de vítima de violência no final dos anos 50 postularam indenização em decorrência do uso do nome e da imagem da irmã no documentário “Linha Direta Justiça” sem que houvesse a autorização deles para tanto. Apreciado o caso, os fundamentos para o afastamento, em concreto, da pretensão indenizatória foram os seguintes: a) a ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados não pode ser invocada, pois inviável recontar um crime histórico, como o que vitimou a irmã dos autores, sem mencionar a própria; b) o significado que pode alcançar a recordação de crimes passados, inclusive para permitir que se conheça a evolução social, “revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia”; c) o caso em comento está inserido nas exceções decorrentes de crimes com ampla publicidade e a veiculação do caso, passados cinquenta anos depois da morte da irmã dos autores, não poderia gerar abalo moral que ensejasse o dever de indenizar; e d) a imagem da vítima não foi utilizada de forma indevida, pois sua imagem real foi veiculada no programa em apenas uma cena, sendo as demais dramatizadas por atores contratados. Ao longo da decisão há análise da legislação pátria aplicável ao feito, bem como doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

Entre os votos vencidos²⁰, chamaram a atenção os argumentos referentes a uma expressa violação da norma contida no art. 20 do Código Civil, especialmente pelo fato de os irmãos da vítima terem notificado extrajudicialmente a empresa em oposição à veiculação da reconstituição dos fatos que vitimaram sua irmã na década de cinquenta. A divergência de posicionamento, em um e em outro caso apreciados pelo STJ, de certa forma, é explicada pela ausência de uma disposição normativa expressa acerca do direito de esquecimento no Direito brasileiro, permitindo, no conflito de liberdades, a ponderação em concreto. Nem por isso a matéria deixou de ser apreciada por enunciado proposto e aprovado junto às Jornadas de Direito Civil, permitindo que se reconheça uma linha interpretativa bastante segura quanto à possibilidade de aplicação, pelo teste de racionalidade a cada novo caso de análise, da ponderação²¹.

3 A PROTEÇÃO À PESSOA NA PERSPECTIVA DE RESPONSABILIDADE CIVIL: O CONFLITO DAS NORMAS APLICÁVEIS NA ESPÉCIE

O problema verificado nos casos referidos repousa na ausência de norma específica que resolva especificamente o conflito entre a proteção à intimidade e à vida privada da pessoa e a tutela da liberdade conferida aos meios de comunicação e a divulgação de fatos quando alegado um direito ao esquecimento. Uma situação previsível, face à complexidade dos fatos, justamente porque se está a tratar de liberdades igualmente valoradas e observadas, no Texto Constitucional, quando evidenciada a proteção a direitos fundamentais.

Sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é considerada como direito fundamental. O Texto Constitucional assegura ainda, em seu art. 5º, os incisos V, IX e X, em que protegido o direito de resposta proporcional ao agravo, além da correspondente

²⁰ Idem, p. 45-50.

²¹ Justificativa à aplicação do art. 11 do CC brasileiro: 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 os fatos ou reescrever a própria -história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador-Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2015).

indenização por danos morais, materiais ou de imagem, bem como a liberdade de expressão, sem censura, e, por fim, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo igualmente assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação²². A leitura conjugada dos artigos, à luz do também disposto nos arts. 220, § 1º, e 221, inciso IV, da CF, remete à ideia de que sempre podem existir restrições ao direito de informação, justamente porque proposta uma ponderação em face de uma violação concreta à intimidade ou à vida privada de alguém²³.

Nos casos apreciados no STJ, é oportuno ressaltar que, nas razões recursais da emissora de televisão, um dos aspectos trazidos para o debate foi a impossibilidade de criar-se qualquer impedimento à divulgação dos fatos, na medida em que tratavam os programas de divulgação de acontecimentos públicos e notórios, não cabendo, portanto, restrições de qualquer natureza. No cerne do argumento trabalhado estava o receio de que se pudesse, com a restrição, gerar-se ato de censura à livre expressão do pensamento. Um temor que é esclarecido, na doutrina de Ingo Sarlet, explica-se pela vivência de período fortemente autoritário em passado recente²⁴. E, de fato, compreende-se

²² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]”

²³ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

[...]

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

que o espírito do legislador não foi de conferir uma liberdade irrestrita – e até irresponsável, poderia se afirmar – aos meios de comunicação. O entendimento comum dos julgados é de que a notícia, em que pese verdadeira, não autoriza que seja conferido um caráter absoluto em relação à proteção a uma liberdade de imprensa, justamente porque passível, como direito em concreto, de ser sujeita a uma ponderação. Tal é a compreensão, ademais, alcançada no Recurso Especial nº 1.334.097²⁵.

Já, no Recurso Especial nº 1.335.153²⁶, a solução restou encaminhada em sentido diverso, justamente porque distintas eram as peculiaridades do caso a autorizarem uma ponderação igualmente diversa entre as condições fáticas e jurídicas do caso.

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. [...] No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao

²⁵ Do texto: “A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. [...] Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade – aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana –, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 6, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=pdf>. Acesso em: 25 maio 2015).

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

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.²⁷

Na colisão de direitos fundamentais, a forma como devem ser interpretadas as disposições constitucionais para o caso concreto, levando-se em consideração a ponderação de princípios, viabiliza ao intérprete que haja flexibilidade decisória para o atendimento da complexidade das situações sociais que hoje demandam apreciação por parte do julgador. Isto, contudo, não significa reconhecimento de hipótese de discricionariedade judicial, na medida em que vinculado o intérprete a uma pretensão de correção à decisão e de coerência ao sistema jurídico. Situação suficientemente acolhida pelo discurso jurídico como método de interpretação para situações de complexidade no exame de conflitos de liberdades e igualdades. Nesse sentido é o ensinamento de Robert Alexy:

O princípio de direito fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada.²⁸

Quando se remete a decisão, portanto, exclusivamente à aplicação de um princípio da dignidade da pessoa humana, pouco se enfrenta da efetiva colisão de princípios, na medida em que necessário o enfrentamento da colisão de liberdades propriamente dita, o que só é possível ocorrer quando confrontadas as liberdades em análise a uma possibilidade de liberdade negativa em sentido contrário²⁹. A liberdade negativa deve ser entendida como uma condição

²⁷ Idem, p. 40-41.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 614.

²⁹ Nesse sentido, a doutrina de Alexy: “Uma das principais objeções contra a ideia de um direito geral de liberdade é aquela que afirma que um tal direito seria vazio de conteúdo, sem substância, e que não

necessária, mas não absoluta, se analisada sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Sob o aspecto de construção de um juízo deontológico, tem-se como dever-ser o que é correto, e não necessariamente o que é melhor. Sob este prisma, o fato de divulgar fatos pretéritos, desde que contextualizados, seja pelo caráter histórico, ou por força da ideia de informação, não enseja, de forma automática, um dever de indenizar. Todavia, quando essa divulgação é realizada contrariando a vontade expressa da pessoa ou de quem o represente, ou mesmo faça que fatos do passado remoto sejam trazidos novamente à cena, o dever de reparação pode ocorrer, conforme as condições fáticas e jurídicas analisadas para o caso³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento, mesmo com precedentes internacionais de mais de oitenta anos sobre o tema, ainda carece de regulamentação específica e, porque não dizer, de uma melhor compreensão do seu efetivo conteúdo. Os avanços tecnológicos e o modo fugaz como tudo “vira” notícia dá margem a uma ampla exploração sobre o assunto. Todavia, o aspecto onde se verifica a maior dificuldade quando os casos concretos são trazidos à baila é justamente o conflito entre o público e o privado e, conjuntamente, à liberdade de imprensa. Sob o aspecto daquilo que pertence “a todos” e o que cabe “apenas” ao indivíduo, existe a proteção à dignidade da pessoa humana como princípio basilar do direito constitucional pátrio.

haveria, por isso, nenhum parâmetro para se decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade. Seria um “direito de liberdade sem suporte fático de liberdade”. Aquilo que o direito garantiria não decorreria de um “conteúdo de liberdade”, mas tão somente das “restrições (permitidas) às intervenções legais na liberdade”. Ao invés de liberdade de ação, seria possível falar apenas de uma liberdade contra intervenções. Assim, o direito geral de liberdade transformar-se-ia em um direito fundamental à constitucionalidade da totalidade da ação estatal” (Idem, p. 345).

³⁰ Como já referido anteriormente, “assim se vê exemplificativamente, em relação ao enunciado normativo proposto no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito de livre expressão do pensamento. Tomada qualitativamente como regra, a norma jurídica vale como comando universal, exigindo a sua adoção de forma absoluta, como uma determinação definitiva em relação ao seu cumprimento. A adesão requerida aos sujeitos de direito é a de obediência a uma determinação de respeito ao direito de livre expressão do pensamento. O mesmo enunciado, quando elevado ao nível dos princípios, permite apenas que se considere a existência *a priori* de sua observância estrita. É que, como princípio, exige um cumprimento na melhor medida possível, sem descartar a possibilidade de que seja submetido a um confronto, por meio de uma ponderação, a princípios opostos, como, por exemplo, o direito à preservação da intimidade e da vida privada” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 160).

Verificou-se, ao longo desse estudo, que a aplicação da mesma norma no “Caso Lebach II” teve resultado totalmente diferente, com interpretação do precedente de 1973 de forma desfavorável ao apelante, pois o entendimento que prevaleceu foi justamente da veracidade da notícia, o seu caráter informativo e o requerente ser pessoa pública. De igual modo, nos dois julgados brasileiros, em que pese tenham páginas idênticas de seus respectivos acórdãos, a interpretação dada quando presente o conflito entre as normas do Texto Constitucional e o direito de indenização pleiteado pelos autores em ambos os processos foi diametralmente diferente.

Sopesando os valores, o julgador realizou a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como a aplicação dos princípios e as ponderações cabíveis na espécie. Porém, em suas razões de decidir, mesmo havendo manifestação expressa dos interessados em não verem novamente fatos trágicos envolvendo familiar tragicamente assassinada, na década de 50, o entendimento que prevaleceu foi de que não houve excesso por parte da empresa que veiculou o programa. Vale referenciar que, nos termos do Enunciado nº 531 do CJF, recentemente criado, em consonância com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, percebe-se que as informações, as imagens e os dados relativos aos fatos, históricos ou não, para que sejam expostos, deverão observar regras, posto que a liberdade de informação não é absoluta.

Privacidade, honra e intimidade devem ser protegidas e, conforme as peculiaridades de cada caso, a exposição sem autorização ou contexto – seja histórico ou como dado de cultura e evolução da sociedade, por exemplo – enseja o direito à indenização pelos danos decorrentes dessa violação. Na solução de conflitos dessa natureza, em especial pelos diversos meios de divulgação de dados existentes na atualidade – Internet, redes sociais, mídia eletrônicas –, medidas normativas devem ser estabelecidas pelo próprio intérprete à luz de fontes mais amplas de aplicação e justificação do Direito, de forma a abarcarem situações complexas no campo dos direitos de personalidade como hoje identificadas em relação a um direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador-Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia, Apelação, Apelante: Gabrielle Darley Melvin, Apelada: Dorothy Davenport Reid, Relator John Bernard Marks, 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Histórica y lenguaje: uma respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenêutica*. Barcelona. Ediciones Piados, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Organização e introdução de Patrick Savidan; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protECAo-direito-esquecimento#author>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hening et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>>. Acesso em: 21 maio 2015.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

Submissão em: 29.05.2016

Avaliado em: 10.06.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 18.06.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016

