

DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PASSADO, PRESENTE E OS POSSÍVEIS FUTUROS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Daniel Medeiros Porpino Dias¹

Ana Cláudia Costa Aguiar²

RESUMO

Aborda-se o direito ao esquecimento através do método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa da documentação indireta, em um artigo de revisão. Assentado em raiz constitucional (art. 1º, III; 5º, X, Constituição Federal), esse direito colide com a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF). O escopo é apresentar a evolução, aplicabilidade e dissertar acerca dos possíveis caminhos futuramente firmados pela Suprema Corte, identificando a corrente mais razoável. Com o julgamento do RE 1010606, que trata da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, o STF irá sedimentar o mais importante precedente tratando sobre o tema no direito brasileiro, daí sua grandiosa relevância.

Palavras-Chave: Direito ao Esquecimento. Liberdade de Expressão. Supremo Tribunal Federal.

RIGHT TO BE FORGOTTEN AND FREEDOM OF SPEECH: PAST, PRESENT AND THE POSSIBLE FUTURES IN THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT

The right to be forgotten is approached through the hypothetical-deductive method and the research technique of indirect documentation, in a review article. Settled in a constitutional root (article 1, III, 5, X, Federal Constitution), this right collides with freedom of speech (art. 5, IX, CF). The objective is to present the evolution, applicability and discuss about the possible future paths established by the Supreme Court, identifying the most reasonable thinking. With the judgment of RE 1010606, which deals with the applicability of the right to oblivion in the civil sphere, the Supreme Court will settle the most important precedent dealing with the subject in Brazilian law, hence its great relevance.

Keywords: Right to be Forgotten. Freedom of Speech. Supreme Federal Court.

¹ Daniel Medeiros Porpino Dias, discente do 8º período do curso de Direito do UNI-RN – daniel_mpd@hotmail.com

² Ana Cláudia Costa Aguiar, professora mestra do curso de Direito do UNI-RN – anaclaudiacostaguiar@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O ser humano, organismo em constante evolução, nasce, cresce, amadurece, erra, acerta, e, ao final, o balanço de seus acertos e erros dizem a pessoa que foi, em vida. As experiências do homem nem sempre são agradáveis, afinal, a sabedoria popular costuma ser otimista no sentido em que nos desgostos e dissabores, o homem é capaz de reunir forças, superando-se e alcançando voos anteriormente inatingíveis.

Algumas situações desagradáveis enfrentadas pelo homem, trazem consigo um sentimento de desconforto, memórias incômodas que melhor seria se pudessem ser esquecidas e enterradas completamente, para que o indivíduo possa superar as feridas abertas em seu passado, cicatrizando-as em definitivo e vivendo com dignidade, pois o homem não pode viver eternamente sob o estigma dos erros cometidos no passado.

É partindo desta premissa que, lentamente, na Europa e nas Américas, desenvolveu-se ao longo do século XX a noção do que seria um “direito ao esquecimento” (*right to be forgotten, derecho al olvido, diritto all’oblio*), que se trata de uma faculdade de um indivíduo que vivenciou algum fato pretérito, desagradável, ilícito, ou desabonador, evitar a rememoração indesejada ao público de tal fato, seja ele verídico ou não, uma vez que, em virtude do decurso do tempo, referida informação a seu respeito passou a afetar sua personalidade e dignidade, não mais traduzindo quem o indivíduo realmente é.

Desta forma, a pessoa que se sentir ofendida ou ameaçada por alguma informação a seu respeito e que considerar indevida a veiculação poderia pleitear ao Poder Judiciário a remoção, supressão, ou até mesmo, impedir a publicação desta.

Outrossim, não causa surpresa o fato de o direito ao esquecimento ser um dos temas mais debatidos e polêmicos na esfera acadêmica atualmente. Muito se discute acerca da sua incidência, há questionamentos sobre a sua efetiva admissibilidade – tópico talvez já superado, ao menos na jurisdição brasileira, uma vez que já foi reconhecido no crivo do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Na verdade, nas palavras do eminente Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, relator do primeiro caso em que o direito ao esquecimento foi reconhecido pela Corte Superior, em seu conhecido e elogiado voto, tal direito “revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana”.

Isso posto, percebe-se, de imediato, o caráter constitucional de aludido direito. Entretanto, apesar da mencionada nobreza de seus fundamentos jurídicos, a preocupação de opositores no tocante a abrangência é perfeitamente válida e compreensível, uma vez que, não sendo definidos parâmetros para a incidência e aplicação, o que ocorreria seria um aumento vertiginoso no número de ações com fulcro no direito ao esquecimento, sem efetivamente se verificar ofensas à dignidade da pessoa humana e a privacidade.

Eis, portanto, a enorme responsabilidade que está atualmente sob o crivo do Supremo Tribunal Federal – STF, que julgará, ainda sem data definida, um Recurso Extraordinário que versa sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível.

No presente artigo, através do método hipotético-dedutivo, busca-se compilar o direito ao esquecimento, desde suas origens e fundamentos, até sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e as posições conflitantes que lhe envolvem, além de identificar as correntes sedimentadas na audiência pública convocada pelo STF, a fim de identificar, fundamentadamente, a faceta mais benigna e juridicamente adequada do direito ao esquecimento, tanto para o particular, como para a coletividade.

Para tanto, no segundo capítulo, serão esclarecidas as origens do direito ao esquecimento. O terceiro capítulo abordará os fundamentos jurídicos que compõem aludido direito, bem como a sua efetiva inclusão no ordenamento jurídico pátrio. O quarto capítulo, por sua vez, analisará minuciosamente os dois *leading cases* julgados pelo STJ no ano de 2013, precedentes estes que são indissociáveis do estudo do direito ao esquecimento no Brasil. Por fim, o quinto capítulo identificará as principais correntes sedimentadas na audiência pública convocada pelo STF, no intuito de indicar a mais razoável juridicamente.

2 ORIGEM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

De origem bastante discutida, um dos exemplos mais antigos apontados como o precursor de seus pressupostos conceituais é o artigo *The Right to Privacy* (1890), de autoria dos advogados norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis.

Na obra, sustenta-se, na síntese de Cruz (*et al*, 2014), que o *common law* assegurava a cada indivíduo o direito a determinar até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deveriam ser comunicados a outras pessoas, concluindo que, mormente o *right to privacy* se origine da inviolabilidade da personalidade, ainda assim, a publicação de fatos de interesse

público não poderia ser impedida.

É notório, contudo, que a atividade jornalística daquela época é duramente criticada, em face da sua conduta invasiva, por vezes desrespeitosa, como se vê:

A imprensa está ultrapassando em todos os sentidos os limites óbvios da propriedade e da decência. A fofoca não é mais o recurso do ocioso e do vicioso, mas tornou-se um comércio, que é perseguido como indústria, de modo descarado. Para satisfazer sabores prurientes, os detalhes das relações sexuais são difundidos nas colunas dos diários. Para ocupar o indolente, colunas atrás de colunas são preenchidas com fofocas ociosas, que só podem ser adquiridas por intrusão no círculo doméstico. (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 196, tradução nossa³)

Ainda que o trecho seja de uma obra relativamente antiga, o seu teor permanece válido e atual. A conduta descrita dos meios de comunicação, por vezes enraizada no sensacionalismo e, posteriormente, no *superinformacionismo*⁴, coaduna para uma efetiva averiguação de danos na esfera civil. Em outras palavras, é dizer que o direito fundamental da liberdade de expressão, por vezes, acaba por comprimir sobremaneira outro direito fundamental, qual seja, o da privacidade do indivíduo, e, conseqüentemente, o seu direito de ser deixado “em paz”.

Na verdade, muito embora o debate já tenha avançado para os danos na esfera civil, cumpre asseverar que o direito ao esquecimento se desenvolveu, inicialmente, como um desdobramento do instituto da reabilitação⁵ do apenado no Direito Penal. O que direciona para tal constatação são os principais casos históricos apontados como exemplos mais famosos do direito de ser esquecido: *Melvin vs. Reid*⁶ e *Lebach*.

No primeiro caso, em 1925, Dorothy Davenport Reid, produziu um filme chamado *Red Kimono*⁷, retratando a vida pregressa de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta acusada de

³ The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle.

⁴ O termo doutrinário “superinformacionismo” surgiu conjuntamente com o estudo do direito ao esquecimento e atrela-se intimamente com este. Seria, em síntese, o fenômeno do excesso de informações desnecessárias que são veiculadas inevitavelmente, tratando-se de um reflexo da chamada “sociedade da informação”.

⁵ No Brasil, dois anos após o cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade por qualquer motivo, o autor do delito tem direito à reabilitação. Depois de cinco anos, afasta-se a possibilidade de considerar-se o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9059>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁶ MELVIN v. REID. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁷ Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/The_Red_Kimono>. Acesso em 03 out. 2017.

homicídio, tendo sido inocentada posteriormente. Após deixar a prostituição, Darley constituiu família com Bernard Melvin. Este último, então, propôs ação de reparação por danos morais em desfavor de Reid, alegando violação à vida privada de sua família, em razão do filme. A Corte californiana, ao final, condenou Reid a indenizar por entender que Gabrielle, ao abandonar sua “vida de vergonha”, havia se reabilitado e se inserido na sociedade como uma pessoa respeitada e honrada, tendo assim “direito à felicidade”.

Já o caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, consistiu no assassinato de quatro soldados alemães, em 1969, na cidade de Lebach, Alemanha. Três réus foram condenados, sendo dois à prisão perpétua e um a seis anos de reclusão. Este último, após cumprir sua pena, tomou conhecimento que uma emissora de TV iria exibir um programa especial sobre o crime, mostrando-se fotos dos envolvidos e detalhes minuciosos, no intuito de relembrar o crime, razões tais que o fizeram ingressar com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa.

O fato é que o Tribunal Constitucional Alemão proibiu a veiculação do especial televisivo, asseverando que a proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de informação. Na síntese de Sarlet (2015), “as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance”.

Isto é, não existindo mais um interesse atual na informação, não pode ser permitido que a imprensa explore, indefinidamente, informações atinentes a vida privada de alguém que tenha cometido crime, pois todos que cumprem pena possuem direito à ressocialização.

Destarte, pessoas que no passado, foram denunciadas, condenadas ou absolvidas, cumpriram a pena e que não desejavam que seus nomes e histórias passadas fossem lembradas nos veículos de comunicação, passaram a buscar o judiciário para requerer a remoção do conteúdo desabonador ou indesejado, verídico ou não, com uma posterior indenização.

Nessa esteira, Moraes (2003) afirma que tornar falecimentos e desgraças alheias como instrumento para entretenimento não atende finalidade pública, tampouco possui caráter jornalístico, sendo incontroverso que notícias, fotos e materiais de natureza apelativa, injuriosa ou desnecessária ao interesse público (CF, art. 5º, XIV) podem, efetivamente, acarretar em injustificados danos à dignidade humana, o que autoriza indenização por danos materiais e morais e, ainda, o direito à resposta.

Esclarecida a origem na seara do direito penal, o debate mais atual acerca do tema é no sentido de existir ou não a possibilidade do direito ao esquecimento na esfera civil. A lição de Chaves e Rosenvald (2016, p. 201) opta pelo viés de assegurar tal aplicação:

Realmente, mesmo quem cometeu um crime, depois de determinado tempo, tem o direito de ver apagadas todas as consequências penais do seu ato, considerados o direito a reabilitação, afastando-se a possibilidade de considerar o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos. Se assim é até mesmo em relação à esfera penal, não parece razoável que os atos da vida privada, uma vez divulgados, possam permanecer indefinidamente nos meios de informação, em casos tais.

Entretanto, ainda que exista inclinação doutrinária no sentido de assegurar o direito ao esquecimento na esfera cível, o delicado tópico ainda será apreciado pelo STF, vinculando todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, a discussão ganhou a notoriedade da comunidade jurídica com mais intensidade a partir do ano de 2013, oportunidade na qual emergiu o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), e, no mesmo ano, dois recursos especiais versando sobre o tema foram julgados pelo STJ, marcando a primeira vez que a Corte se pronunciou acerca do direito ao esquecimento – e reconhecendo a aplicabilidade deste.

3 FUNDAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: O ENUNCIADO 531 DA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL E SUA INCLUSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os fundamentos máximos do direito ao esquecimento estão atrelados, principalmente, à tutela da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade da privacidade e a honra, possuindo, assim, matriz constitucional, uma vez que a Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa humana como um fundamento (art. 1º, III⁸) e como direitos fundamentais, a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra (art. 5º, X⁹). Também é expressa na

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁹ 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: [...]

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;

Constituição a vedação às penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b¹⁰), frequentemente apontada como um fundamento jurídico significativo.

Nada obstante, o Código Civil de 2002 estabeleceu firme proteção aos direitos da personalidade, como a imagem (art. 20¹¹) e a privacidade (art. 21¹²), dois aspectos nucleares do direito ao esquecimento. De acordo com Chehab (2015, p. 567):

O direito ao esquecimento guarda relação direta com a privacidade, na medida em que permite ao cidadão o direito de se manter na solidão, no anonimato, na reserva ou na intimidade. Fatos e dados que lhe são afetos permanecem ou retornam ao seu âmbito de disponibilidade individual. O bem-estar é atingido não somente pelas conquistas pessoais e pela satisfação das necessidades básicas e essenciais da pessoa, mas também pela superação e pelo esquecimento dos erros do passado, dos relacionamentos mal sucedidos, das frustrações anteriores, das perdas, do sofrimento e das dores que atingem a alma.

Para Carlos Alberto Bittar (*apud* ELESBÃO, 2002, p. 17), os direitos da personalidade são “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros”.

Muito embora seja dito que são da personalidade os direitos “previstos no ordenamento jurídico”, no ordenamento jurídico pátrio, o direito ao esquecimento não é abarcado expressamente por nenhum diploma legal, fato que proporciona críticas de diversos opositores, em razão da natureza “ambígua” de aludido direito, uma vez que ele é extraído de diplomas legais que não lhe fazem menção direta.

Todavia, na ótica de Moreira e Fonseca (2015, p. 319):

O reconhecimento de um direito geral da personalidade é uma das formas de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado como direito fundamental (ainda que implícito). Atua como um direito fonte, pois a personalidade humana remanesce protegida contra qualquer tipo de violação atual ou futura, sejam estas previsíveis ou imprevisíveis, perfazendo uma tutela global da pessoa humana ao incluir no seu âmbito de proteção bens

¹⁰ XLVII - não haverá penas: [...]

b) de caráter perpétuo;

¹¹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

¹² Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

jurídicos da personalidade que ainda não foram tipificados. Existe, portanto, uma abertura do direito geral da personalidade, de forma sincrônica e diacrônica, à inclusão de novos bens da personalidade que forem surgindo, renovando a proteção da pessoa humana perante novas ameaças.

Ou seja, é dizer que o direito ao esquecimento, ainda que não seja expresso em nenhum diploma legal, é extraído por indução¹³ como uma forma de proteção aos direitos da personalidade no nosso ordenamento.

Assim, a proteção da pessoa humana, em seu contexto contemporâneo e englobando quaisquer novas ameaças que possam surgir, prescinde, portanto, de previsão expressa para que a personalidade humana seja abarcada, o que é exatamente o caso do direito ao esquecimento, este que apesar de ter sua incidência verificada juntamente com a evolução da atividade jornalística, ganhou um novo paradigma de proteção na chamada “sociedade da informação¹⁴”, onde todos estão conectados e a informação é disseminada em uma velocidade indeterminada, sendo praticamente impossível controlar o que se divulga nas mídias e, portanto, bem vinda a consolidação do direito ao esquecimento, no afã de coibir os danos inevitáveis de aludida realidade fática moderna.

É neste contexto que foi elaborado, no ano de 2013, Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), orientação baseada na interpretação do Código Civil, preceituando o seguinte:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil 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.

¹³ No ordenamento jurídico pátrio, alguns princípios são extraídos pela técnica da indução. No direito penal por exemplo, o “direito a não produzir provas contra si mesmo” não está expresso em nenhum diploma legal, contudo, por indução, é positivado no ordenamento jurídico, pois é extraído de todo o conjunto de regras que permeiam o direito penal.

¹⁴ A expressão “sociedade da informação” ganhou notoriedade a partir dos estudos das novas tecnologias de informação. No contexto do direito ao esquecimento, a sociedade da informação é entendida como uma “nova ordem” introduzida pelas novas mídias, especialmente no que tange a forma em que as informações são produzidas e perpetuadas na rede mundial de computadores e aplicativos de mensagens instantâneas. Tudo ocorre em uma velocidade sem precedentes, sendo praticamente impossível controlar previamente o que se dissemina. Daí a grande preocupação para com o binômio velocidade/veracidade da informação, atentando para os eventuais danos provocados, uma vez que a democratização das formas de comunicação trouxeram consigo o ônus de uma necessidade de um maior controle de qualidade do que se propaga nas mídias.

O reconhecimento do direito ao esquecimento como um possível direito da personalidade, envolvendo também a tutela do fundamento da dignidade da pessoa humana, trouxe consigo notória discussão acerca de sua admissibilidade. Como se trata de um desdobramento de um direito fundamental, o direito ao esquecimento, nos casos concretos, entra em constante rota de colisão com a liberdade de expressão e informação.

Para Mazzuoli (2015), a questão, embora controversa, encontra no sopesamento dos direitos em jogo uma possível saída, sendo admissível que o direito ao esquecimento se sobreponha ao direito de liberdade à profusão de ideias e opiniões, quando este causar prejuízo à dignidade humana, principalmente nos dias atuais, com o aumento vertiginoso e instantâneo das informações perpetuadas na rede mundial de computadores.

Contudo, em outra ótica, a postura de alguns comunicólogos, como Barbeiro e Lima (2013, p. 24) costuma ser no sentido da garantia pela plenitude de informar:

Nos conflitos julgados pela justiça há casos de juízes que suspenderam a circulação de jornais, revistas e programas de TV, rádio e internet a pedido de pessoas supostamente atingidas por reportagens produzidas por esses veículos. A lei diz que é para preservar a honra e a imagem dos personagens, mas, na prática, é uma forma de censura prévia. Se a notícia não foi divulgada, como saber se atinge ou não determinada pessoa ou grupo de pessoas, e se não está apenas comprometida com o interesse público? A interdição pode durar até o julgamento definitivo do caso, que pode levar meses ou anos, inviabilizando a carreira do jornalista e a existência da empresa de comunicação.

Na verdade, o que tem se verificado no plano fático é que a atividade jornalística, ou até mesmo o homem médio munido de um aparelho celular, são agentes aptos a disseminar informações mal apuradas, boatos, falácias. A ocorrência dos danos aumentou significativamente, principalmente com a popularização de aplicativos de mensagem instantânea.

É cediço que tais ferramentas democratizaram e aceleraram a velocidade e a comodidade de informação, porém, uma vez utilizados indevidamente, podem se tornar verdadeiras máquinas difamatórias e, em alguns casos, destruidores de reputações, por meio de artifícios

desumanos como a chamada ‘‘pornografia de vingança¹⁵¹⁶’’, por exemplo.

Portanto, mecanismos para estabilizar tais situações, como o direito ao esquecimento, são, efetivamente, bem-vindos ao ordenamento jurídico, na medida em que legitimam a reparação do dano decorrente de abusos nos direitos comunicativos, não sendo, portanto, uma forma de censura.

4 *LEADING CASES* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação do direito ao esquecimento no âmbito do STJ se deu pela primeira vez no ano de 2013, em um *leading case* que referenciou e potencializou a relevância e aplicabilidade do Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil.

É conveniente ressaltar, inclusive, que a Corte Superior se antecipou, de certo modo, ao Tribunal de Justiça da União Europeia no que tange os precedentes envolvendo o direito ao esquecimento, uma vez que, como bem enfatiza Costa (2016), a repercussão global do direito ao esquecimento explodiu, principalmente no ambiente digital, no ano de 2014 com o julgamento do caso Google vs. *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) e Mario Costeja González, hipótese na qual foi imposta ao Google a supressão de resultados vinculados a uma antiga notícia sobre penhora de imóvel de González, datadas de janeiro e março de 1998, pelo jornal da *La Vanguardia*. Como resultado, verificou-se enorme reverberação não apenas nos sítios especializadas em direito, mas também em toda mídia geral.

Já os Recursos Especiais 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, julgados conjuntamente sob a relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, ainda que não versem, especificamente, sobre o direito ao esquecimento no ambiente digital, tratavam sobre alegada ocorrência de dano moral e material em face de reconstruções não autorizadas de antigos crimes

¹⁵ Um ato pelo qual o perpetrador satisfaz sua raiva e frustração por um relacionamento fracassado através da divulgação de um retrato falso e sexualmente provocativo de sua vítima, ao usar indevidamente as informações que ele pode ter conhecido naturalmente e que ele pode ter armazenado em seu computador pessoal ou foi transmitido ao seu dispositivo eletrônico pela própria vítima, ou pode ter sido armazenado no dispositivo com o consentimento da própria vítima; e que pode essencialmente ter sido feito para difamar publicamente a vítima. (HALDER; JAISHANKAR, 2013, p. 90, tradução nossa)

¹⁶ No Brasil, a ‘‘pornografia de vingança’’ aumentou significativamente a partir da popularização dos aplicativos de mensagens instantâneas para *smartphones*. Um dos casos que mais chamaram atenção para a prática ocorreu no ano de 2013, em Goiânia-GO. Um homem, supostamente, filmou e divulgou um vídeo de sua relação sexual com uma funcionária de sua loja em grupos de *WhatsApp*, sem o conhecimento da jovem, embora esta tenha consentido em filmar. A jovem passou a ser vítima de ridicularização, com inúmeras montagens e *memes* nas redes sociais. O caso fez parte de matéria especial no programa *Fantástico*, da Rede Globo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=p-hKVHpKxnE>>. Acesso em 18 nov. 2017.

e constituíram precedentes importantes na jurisprudência brasileira.

No primeiro caso, ação foi movida por um antigo réu da justiça criminal, posteriormente absolvido e, no segundo, pelos irmãos sobreviventes da vítima de um crime cometido na década de 50. As referidas reconstruções foram exibidas no programa de cunho policial “Linha Direta”¹⁷ – Justiça”, da Rede Globo – que figurou no polo passivo em ambas as demandas.

4.1 A Chacina de Candelária (REsp 1.334.097/RJ): reconhecimento do direito ao esquecimento no STJ

No primeiro caso, um policial que foi submetido a júri popular por suposta participação no crime que ficou conhecido como a “Chacina de Candelária”¹⁸ e posteriormente absolvido, teve seu nome rememorado, sem a sua autorização, na reconstrução do referido crime exibida pelo programa Linha Direta – Justiça, exatamente treze anos após o crime, no dia 27/07/2006.

A exibição desta edição do programa ensejou uma ação de reparação por danos morais e materiais movida pelo policial, alegando o surgimento de diversos transtornos em sua vida, devido à volta do sentimento de repulsa social com sua pessoa, uma vez que, mesmo na qualidade de absolvido, o sentimento que ressurgiu foi o de “acusado”, causando-lhe, assim, grande e injusto desconforto.

Em suas razões, a emissora sustentou que “o simples fato da pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização”, mostrando claramente um posicionamento em prol de um caráter irrestrito do direito à informação.

O pedido do autor foi julgado improcedente na primeira instância, contudo, o Tribunal

¹⁷ “Linha Direta” foi um programa da Rede Globo, exibido nas noites de quinta-feira entre 1999 e 2007. O programa reconstruía crimes por meio de simulações dos fatos, no intuito de mostrar o rosto dos criminosos foragidos aos telespectadores para que estes, anonimamente, comunicassem à polícia caso soubessem do paradeiro daqueles. A edição especial “Linha Direta – Justiça” ia ao ar uma vez por mês e retratava crimes famosos que abalaram o Brasil no passado, como a Chacina de Candelária, assassinato de Aída Curi, além de tragédias como o incêndio no Edifício Joelma, por exemplo. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

¹⁸ O episódio eternizado na história criminal brasileira conhecido como a “Chacina de Candelária”, consumou-se no fatídico dia 23 de julho de 1993, nas imediações da Igreja da Candelária no Centro do Rio de Janeiro. Na ocasião, oito jovens moradores de rua (seis deles menores de idade) foram assassinados por policiais militares, fato que ensejou comoção no país.

de Justiça deu provimento ao recurso de apelação e, posteriormente, a 4ª Turma do STJ de Justiça manteve o acórdão do TJ-RJ, condenando a emissora a reparar civilmente o autor – marcando a primeira vez que o direito ao esquecimento foi reconhecido pela Corte Superior de Justiça.

O voto do ministro relator, Luís Felipe Salomão, seguiu a linha de raciocínio insculpida no acórdão¹⁹ proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, isto é, reforçou a desnecessidade de lembrar o nome do autor, como se vê:

O certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. **Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido.** (BRASIL. STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.334.097/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.13, DJe 10.9.13, p. 39). (Grifos nossos)

Neste caso específico, percebe-se que a memória jornalística poderia ser exercida sem ferir a integridade moral – e colocando em risco a física – de um indivíduo que foi absolvido de toda e qualquer ligação com o crime ocorrido anos atrás, após passar por todas as fases do devido processo legal. A exibição do programa reacendeu uma discussão já pacificada na memória da sociedade – lícito, dada a significância histórica do crime – e ligou a imagem do homem ao crime novamente, o que seria ilícito, uma vez que a imagem que se extraiu do indivíduo foi da qualidade de indiciado e não de inocentado.

¹⁹ Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último. II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil. III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento. **IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.** V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2008.001.48862. Relator Designado p/ Acórdão: Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Publicado no DJe: 13/11/08. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F&USER=>>>. Acesso em: 13 set. 2017.) (Grifos nossos)

Neste sentido, Costa (2016) alerta que existem inúmeras situações parecidas em que matérias referentes a investigações e acusados, podem se encontrar desatualizadas e ensinar uma nova “condenação social”, indesejada e indevida, mesmo o processo criminal tendo afastado a autoria e materialidade.

Deste posicionamento específico do STJ, depreende-se que, uma vez não sendo mais recente a notícia, e, ainda que esta contenha o interesse social e histórico, a sua reprodução e divulgação em meios de comunicação em massa, pode perfeitamente não ser mais legítima – a depender do caso concreto e da forma que os fatos forem retratados – não sendo o impedimento de sua reprodução, saliente-se, uma maneira de censura, mas sim uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana dos que efetivamente possuírem o direito de não serem lembrados.

Destarte, o que se extrai desse famoso caso é que os veículos de comunicação precisam, sobretudo, de responsabilidade, ética e cautela no momento da veiculação de matéria jornalística que possa ferir o direito de terceiro. Não apenas o direito à privacidade de maneira restrita, mas também o direito de ser deixado “em paz” daqueles que o possuírem.

4.2 O caso Aída Curi: (REsp 1.335.153/RJ): direito ao esquecimento negado e Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida

O assassinato de Aída Curi²⁰, outro crime de enorme repercussão midiática na sociedade brasileira, passou a ser objeto de análise indissociável do direito ao esquecimento, máxime os irmãos da vítima terem ajuizado ação de reparação com fulcro no direito ao esquecimento em desfavor da Rede Globo, após a reconstrução do crime, quarenta e seis anos depois de sua consumação, no programa Linha Direta – Justiça.

Os irmãos vivos de Aída Curi, em face da indesejada rememoração do assassinato da irmã, ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da Globo Comunicações e Participações S/A, fundamentando o pedido na dor de lembrar um crime defasado da memória popular, o qual devastou uma família, reacendendo um sentimento que

²⁰ A jovem Aída Jacob Curi, estudante filha de imigrantes libaneses, então com 18 anos de idade, na data de 14 de julho de 1958, sofreu uma tentativa de estupro após ter sido ludibriada por um grupo de jovens de classe média a entrar em um prédio situado no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Após sofrer tentativa de abuso sexual, entrou em intensa luta contra os agressores, o que lhe ocasionou a perda dos sentidos, sendo, por fim, arremessada do 12º andar do prédio – como maneira de simular um suicídio – morrendo em seguida. As circunstâncias bárbaras do crime, bem como o contexto social da época, causaram grande comoção popular e intensa cobertura jornalística das investigações e das fases processuais.

desejam e procuram esquecer, aduzindo que houve “enriquecimento ilícito por parte da ré, explorando tragédia familiar passada, auferiu lucros com audiência e publicidade”.

Os irmãos sucumbiram no primeiro grau, tendo sido a sentença mantida em grau de apelação²¹. Sobreveio, assim, o recurso especial. No acórdão, a indenização por dano moral com fundamento no direito ao esquecimento também foi negada pela Corte Superior de Justiça, tendo esta entendido que o crime entrou para o “domínio público” e, portanto, era indissociável do nome da vítima, sendo, ademais, impraticável “retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi”. Sobre o recurso improvido, o ministro relator Luís Felipe Salomão conclui:

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 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. Nesse particular, 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. (BRASIL. STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.335.153/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.13, DJe 10.9.13, p. 39) (Grifos nossos)

²¹ EMENTA: INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça". 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. **A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.** O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Publicado no DJe: 17/08/10. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>. Acesso em: 18 ago. 2017.) (Grifos nossos)

O teor discrepante do *decisum* nos dois *leading cases* evidencia a natureza controversa do direito ao esquecimento. Enquanto no primeiro houve a satisfação do direito de um indivíduo o qual sofreu perturbação indevida de sua privacidade, no segundo temos que o direito de informar se sobrepôs ao direito de esquecer fatos pretéritos, em virtude do domínio público do incidente e do transcurso de meio século de consumação do crime, fator responsável, no entendimento da Corte, por diminuir substancialmente a dor da lembrança.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA: AUDIÊNCIA PÚBLICA E AS CORRENTES APRESENTADAS

O processo movido pelos irmãos Curi em desfavor da Rede Globo ainda não transitou em julgado. Os autores interpuseram Recurso Extraordinário ao STF, este que reconheceu a repercussão geral²² do apelo.

Manifestando-se acerca do caso por meio de parecer²³ enviado à Suprema Corte, o então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, opinou pelo desprovimento do apelo dos recorrentes, devendo o direito ao esquecimento ser negado.

Em suas considerações, Janot afirma que admitir a existência de referido direito, no caso concreto, seria limitar o direito fundamental de liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia, além de considerar que a própria Constituição estabelece os limites para o exercício de tais liberdades, sustentando ainda que reconhecer o direito ao esquecimento seria um grande risco, pois prejudicaria os cidadãos, que seriam privados do acesso à informação.

Contudo, o ex-Procurador Geral da República preocupou-se em ponderar o seguinte, sobre o direito ao esquecimento:

Com essas considerações, não se pretende negar a existência nem apontar sua incompatibilidade com a Constituição. Pretende-se apenas apontar que o reconhecimento de um suposto direito a esquecimento, tanto no âmbito penal como no civil, não encontra na jurisprudência nem na doutrina parâmetros seguros de definição, sem atuação do legislador. (BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Recurso Extraordinário com agravo 833.248/RJ. Brasília, 2016, p. 37)

²² Decisão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

²³ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ARE833248parecerpgrdireitoaoesquecimento.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

Isto é, o ex-chefe do Ministério Público pontuou que a preocupação do órgão, não apenas no caso em comento, é na fragilidade de estabelecer os critérios e limites de aplicação do instituto, e não em simplesmente rechaçar a sua existência, admitindo a aplicação casuística do instituto.

Ademais, saliente-se que a Câmara dos Deputados, anteriormente, dedicou sua atenção especificamente ao direito ao esquecimento, por meio de Projetos de Lei como o PL 7881/2014²⁴ (arquivado) e o PL 1676/2015²⁵ (aguardando parecer de relator), por exemplo. O que se observa é que o conteúdo de tais projetos busca alargar a abrangência do controle de dados nos meios de comunicação, muito influenciados pelo precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Google vs. Costeja*, já mencionado.

Diante da notória complexidade, doutrinária, jurisprudencial e legislativa do tema, uma audiência pública^{26 27}, de tema ‘‘Aplicabilidade do direito ao esquecimento na Esfera Civil’’, foi convocada pelo ministro relator do RE 1.010.606/RJ, Dias Toffoli e realizada no dia 12 de junho de 2017. Na ocasião, dezesseis expositores, como o advogado dos irmãos Curi, representantes de associações de comunicação, professores universitários e outras autoridades, sustentaram seus posicionamentos acerca do delicado tópico, que é um desdobramento da proteção da dignidade humana ainda não apreciado pela Suprema Corte.

Com o advento da audiência, ficaram mais nítidas as diversas correntes que permeiam o complexo debate, sendo possível identificar três correntes principais, na excelente síntese de

²⁴ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

²⁵ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

²⁶ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnmpP88WXo>>. Acesso em 15 out. 2017.

²⁷ Compareceram e discursaram na audiência os seguintes expositores, na ordem: o advogado dos recorrentes, a família Curi, Roberto Algranti Filho; a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, representada por Gustavo Binenbojm; a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, representada por Tais Borja Gasparian, na qualidade de *amicus curae*; a Associação Nacional de Jornais e Associação Nacional de Editores de Revistas, representadas por Daniel Sarmiento; a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, representada pela Professora Cíntia Rosa Pereira de Lima; o Desembargador José Carlos Costa Netto (TJ-SP), especialista em direitos da personalidade; o Instituto de Ensino e Pesquisa, representado por Renato Opice Blum; o Instituto Brasileiro de Direito Civil, representado por Anderson Schreiber; o Google Brasil Internet Ltda., representado por Marcel Leonardi; o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, representado por Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina; o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, representado por Carlos Affonso Pereira de Souza; o Yahoo do Brasil Internet Ltda., representado por André Zonaro Giacchetta; a Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, representada pelo Conselheiro Coriolano Aurélio de Camargo Santos; o Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV/Rio, representada por Pablo de Camargo Cerdeira; o Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV/SP, representada por Alexandre Pacheco da Silva e a pesquisadora Mariana Cunha e Melo de Almeida Rego. Ausentaram-se, justificadamente, os representantes da Advocacia Geral da União e do Instituto Lavoro.

Schreiber (2017), que seriam: posição pró informação, posição pró esquecimento e posição intermediária. A seguir serão identificados os principais argumentos expostos na audiência, em cada uma das citadas correntes.

5.1 Argumentação dos Recorrentes: o direito ao esquecimento como uma referência para assegurar a licitude e a saúde das vítimas

O primeiro expositor na audiência foi o advogado da família Curi, Roberto Algranti Filho. Em seu discurso, é possível identificar sua filiação à corrente ‘pró esquecimento’. Adentrando no caso, o advogado reforçou que o direito ao esquecimento não objetiva apagar fatos históricos, e que a vítima Aída Curi, ‘não é Getúlio Vargas’, não sendo devida a exploração perpétua do crime que ceifou a sua vida. O foco em seu discurso foi um aspecto pouco abordado nos debates que englobam o tema: a proteção à saúde do indivíduo.

Sustentou o defensor da família Curi que a constante rememoração incômoda do passado pode trazer danos graves a saúde dos indivíduos, o que vem acontecendo no caso concreto, como o estresse pós-traumático. Reforça ao final que o direito ao esquecimento ‘é uma referência, não um obstáculo, para aqueles que exercem sua atividade de boa-fé, para saber até onde vai a licitude’ e apela para que este não seja encarado como algo binário, como ‘sim’ ou ‘não’, devendo os magistrados em todas as instâncias sopesarem a sua aplicação.

5.2 Corrente Pró Esquecimento: o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a prevalência máxima da regenerabilidade da pessoa humana

Esta corrente, em linhas gerais, defende a existência do direito ao esquecimento e sua prevalência assegurada sobre a liberdade de informação acerca dos fatos já defasados pelo decurso do tempo. Endossada principalmente pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, por meio de seu representante, a tese máxima é a da regenerabilidade da pessoa humana, sendo inadmissível impedir o desenvolvimento do ser humano, por um ‘senão’ estigmatizado eternamente em sua história de vida.

Para o IBCCrim, não apenas a vítima, mas seus familiares, ou até mesmo o agressor possuem direito de reconstruir suas vidas e de terem respeitadas suas vidas privadas; a corrente adota, especificamente, uma interpretação penalista do direito ao esquecimento, ao passo em

que é defendido que o direito ao esquecimento seria uma espécie de “corretivo das ilicitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista de um caso pela mídia, seja pela dor não respeitada de uma família.”

Ademais, outro aspecto que chama atenção é a tese de um marco temporal de cinco anos concedidos aos agentes, desde que manifestem tal vontade, contados do fim do cumprimento ou extinção da pena, para que não sejam alvo de novas reportagens jornalísticas nem que tenham seus nomes indexados em buscadores de internet, ligados ao fato criminoso, defendendo, por fim, que a historicidade do crime precisa ser ponderada caso a caso. Essa tese utilizou como fundamento para fixação do lapso temporal a vedação constitucional expressa às penas de caráter perpétuo cominada com os artigos 64, I²⁸, e 93²⁹ do Código Penal.

Os argumentos trazidos pelo IBCCrim são nobres, de um ponto de vista da regenerabilidade da pessoa humana, tão em voga hodiernamente. Entretanto, trata-se de uma corrente demasiadamente garantista, que, se adotada, poderia implicar em um sério comprometimento da atividade de informar, impondo uma espécie de “prazo de validade” no que é noticiado, uma vez que apenas o marco temporal proposto mostra-se um critério objetivo relativamente impreciso para determinar a possibilidade de propositura de demandas solicitando a remoção de informações dos meios de comunicação, uma vez que o direito ao esquecimento, possui natureza mais complexa que apenas o lapso temporal.

5.3 Corrente Pró Informação: o direito ao esquecimento tido como inexistente e “amnésia coletiva”

De modo totalmente oposto à corrente pró esquecimento, diversos expositores se acostaram ao que pode se denominar, ainda na ótica de Schreiber (2017), de corrente pró informação, um posicionamento defendido por associações e entidades de comunicação, pautado por críticas duríssimas direcionadas ao direito ao esquecimento, que, nessa ótica, sequer existe.

Para a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) os

²⁸ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação

²⁹ Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

precedentes apontados como exemplos históricos de aplicação do direito ao esquecimento já foram ultrapassados em seus países de origem. Defendeu-se ainda que não há previsão legal alguma no ordenamento jurídico, tampouco ele está implícito, classificando o direito ao esquecimento como “amnésia coletiva ou a queima dos arquivos da sociedade” e rechaçando-o, ao observar que as notícias não estão sujeitas a prescrição ou decadência.

Em seguida, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – Abraji reforçou as duras críticas, classificando a pretensão dos recorrentes como censura. Fato notório na exposição, a apresentação de um portal³⁰ que mapeia o número de ações na justiça brasileira solicitando a remoção e supressão de informações da internet, reforçou que tais solicitações se dão, principalmente, em anos eleitorais, ou seja, são feitas por políticos. Partindo de tal premissa, sustentou-se, ao final, que o direito ao esquecimento é um mecanismo oportunista para aqueles que buscam tolher a memória da população.

Todavia, diante de exposições tão duras, é dizer que a doutrina constitucionalista costuma posicionar-se de forma mais sóbria. Para Marmelstein (2013), no ambiente democrático, mesmo indispensável a liberdade de expressão, a mídia, com certa frequência, não age sempre com seu propósito maior de informar. Notadamente, os veículos de comunicação, muitas vezes, apenas objetivam lucro e audiência, a todo custo. Diante desse cenário, não se pode dispensar, jamais, limitações ao exercício da liberdade de expressão, para que a violação de outros valores igualmente importantes para a dignidade humana, nomeadamente, os direitos da personalidade, sejam preservados.

Acostando-se ao posicionamento supratranscrito, Bulos (2014, p. 580), incisivamente, afirma que:

É comum jornalistas levantarem “suposições”, “probabilidades” e “possibilidades” com base no que denominam “provas”, não raro fictícias e, no geral, deturpadas. Alguns se arvoram de juristas. Outros agem como se fossem o “quarto poder”. Citam leis e preceitos incriminadores, enquadrando pessoas físicas e jurídicas, autoridades e representações, mobilizando a opinião pública. Não olham a quem ofendem. Insinuam, desestabilizam, praticam o mal, atormentam a paz, matam a dignidade, no afã de “dar a notícia”. [...] Não há liberdade de imprensa sem respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. O arbítrio implacável dos meios de comunicação pode gerar danos irreparáveis, porque o desmentido nunca tem a força do mentido.

³⁰ Disponível em: <<http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Outrossim, Mendes e Branco (2015), sustentam que apenas a veracidade de uma notícia não legitima sua divulgação, sendo necessário que esta não seja dirigida tão somente a satisfazer à curiosidade ociosa do público, mas que possua utilidade a construir uma melhor consciência social, sendo que, para isso, é necessário aquilatar o interesse público com o desgaste que a divulgação traria, efetivamente, ao retratado, em um juízo de proporcionalidade estrita, apto a auferir a licitude da exposição.

Com efeito, percebe-se que as exposições vinculadas à corrente pró-informação, pautadas no direito de informar irrestrito e à tese de inexistência do direito ao esquecimento, não possuem alicerces suficientemente fortes para garantir seu sustento. O direito de informar é uma conquista democrática, reflexo da Constituição cidadã de 1988, porém, como observado, não se pode informar desrespeitando a dignidade de outrem; divulgações verídicas podem muito bem tornar-se ilegítimas se ofenderem a dignidade de terceiros.

5.4 Corrente Intermediária: critérios para a aplicação e a ponderação como a melhor saída

A posição adotada pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, foi, certamente, a mais razoável da audiência pública. A técnica da ponderação de interesses, na perspectiva intermediária, seria a melhor saída para a admissão do direito ao esquecimento.

Afirmou-se que o direito ao esquecimento seria o “direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano na esfera pública de forma equivocada”, não se tratando de um direito a serviço do ocultamento, mas sim da verdade, uma vez que não é um direito contra a liberdade (como sustentado pela corrente pró informação), mas um “direito indispensável a assegurar ao ser humano de seguir seu próprio caminho ao longo da vida e de ser visto como realmente é”.

Aspecto notório da exposição do IBDCivil foi uma crítica contundente a definição atribuída pelo STJ ao direito ao esquecimento: “direito de não ser lembrado contra a sua vontade”, definição essa que seria distinta do significado europeu. Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento seria uma espécie de “direito de propriedade de fatos pretéritos”, bastando ao titular exercer a sua vontade de remover dados sobre si, para possuir interesse de agir, o que seria uma “visão voluntarista”, ameaçando a pesquisa histórica e a internet, aspectos que ensejaram até mesmo o emprego da expressão “cenário sombrio”.

Como parâmetros para a ponderação de casos concretos hipotéticos dentro da mesma configuração do caso Aída Curi, isto é, programas de TV que encenam crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, além da já conhecida relevância histórica do crime, propôs-se analisar o modo em que o crime é retratado: se há excesso de enfoque na dor dos familiares, se essa exploração se dá de modo excessivamente invasivo, por exemplo.

Todavia, a inovação ficou por conta de um novo critério, o da fama prévia da vítima. Trata-se de um critério objetivo para discernir vítimas que já possuíam projeções sobre a esfera pública, utilizando-se o suicídio de Getúlio Vargas e a morte de Juscelino Kubitschek como exemplos, ou se os indivíduos eram meros desconhecidos e passaram a ter atenção pública apenas em razão de um crime.

No primeiro caso, tem-se que há uma tendência preponderante em não ser possível separar os fatos de uma pessoa que já era figura pública e notória ao crime posterior que também fez parte de sua história, havendo inclinação para que a liberdade de informação prevaleça. Já no segundo caso, por sua vez, é dito que há maiores condições de preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito, em razão de seu total anonimato prévio.

Juridicamente, essa corrente é a que se mostra mais adequada, ao passo que reconhece a inconstitucionalidade do reconhecimento de um direito ao esquecimento visto como um direito de pleitear a remoção de dados de acordo com a vontade do titular. Tal crítica é valiosa para o debate, uma vez que afasta o pensamento de inúmeros críticos que reduzem o direito ao esquecimento a essa conduta.

Por fim, a corrente ganha contornos de sensatez quando reconhece que o melhor caminho possível seja a técnica de ponderação de interesses³¹, sugerindo a definição de alguns critérios aptos a deliberar se o indivíduo tem ou não o direito de ser esquecido.

Neste contexto de conflito de direitos fundamentais, Robert Alexy (*apud* MOREIRA, 2015, p. 121) defende que:

[...] se leve em conta o peso e a importância dos princípios em que se fundam os direitos fundamentais conflitantes, estabelecendo uma relação de

³¹ A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores. (MARMELSTEIN, 2013, p. 378)

“procedência condicionada”, em que se indicam as condições pelas quais um princípio precede ao outro e qual deve ceder naquela situação. O princípio da proporcionalidade, que procura “o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”, pode ser utilizado como técnica de ponderação dos bens constitucionais em conflito. De qualquer sorte, na resolução do confronto entre direitos fundamentais, não se pode sacrificar o núcleo essencial deles, nem se pode fazer restrições casuísticas.

Acerca do supracitado princípio da proporcionalidade, Silva (2002, p. 30) afirma que:

[...] não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – **a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito** -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade. (Grifos nossos)

Por sua vez, os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade, correspondem respectivamente, de acordo com Marmelstein (2013, p. 368), à adequação do meio escolhido para atingir a finalidade, se o meio escolhido é o menos oneroso e ao mesmo suficiente para proteger a norma constitucional e, por fim, se na relação de “peso e importância”, a medida trará mais benefícios que prejuízos.

Portanto, para a medida ser proporcional, precisa ser adequada e necessária. Entretanto, o que se observa é que, no caso concreto do programa televisivo retratando o assassinato de Aída Curi, a Rede Globo, ainda que tenha utilizado um meio eficaz para informar sobre o caso, utilizou de um meio desnecessário, transmitindo diversas imagens detalhadas de como ocorreu o crime, trazendo um pesado ônus aos familiares da jovem, reacendendo o sofrimento que há anos procuraram esquecer.

6 CONCLUSÃO

Debateu-se, no segundo capítulo, a origem do direito ao esquecimento na seara penal e seu trânsito para a esfera civil, bem como abordou-se no terceiro capítulo o arcabouço normativo e os fundamentos jurídicos que lhe conferem sustento. O quarto capítulo, por sua vez, tratou de analisar de forma mais minuciosa os principais julgados acerca do tema no Brasil até o presente momento, enquanto o quinto capítulo preocupou-se em delinear os principais

pensamentos propagados na audiência pública convocada pela Suprema Corte.

Diante de todo o exposto, fica nítido o quão controverso, divergente e contestado o direito ao esquecimento pode ser, ao passo que também é um direito necessário, constitucional, fundamental.

O fato é que o direito debatido não é um dos temas jurídicos mais discutidos da atualidade por acaso. A sua origem, seus fundamentos, aplicação, reconhecimento, evolução, se deu em meio em meio às críticas e ao ceticismo, principalmente com a democratização recente das formas de comunicação.

É prudente asseverar que o termo “esquecimento” intimida. Talvez não seja o mais adequado, pois pressupõe o limbo, a perda, a ocultação. Geralmente, quando as pessoas esquecem de alguma coisa, um pertence, por exemplo, é de algo que não queriam esquecer.

Entretanto, não é esse o verdadeiro intuito. O direito ao esquecimento não é um direito à “amnésia coletiva” nem a “queima dos arquivos da sociedade”, expressões utilizadas na audiência pública convocada pelo STF. Na verdade, mostra-se um desdobramento humanizado dos direitos da personalidade, uma possibilidade de uma nova chance, de recomeçar, um “direito à esperança”.

As pessoas que efetivamente possuem o direito de ser esquecidas não terão os fatos desabonadores ou ilícitos que praticaram no passado, por exemplo, apagados. Como bem afirmou o Desembargador José Carlos Costa Netto na audiência pública, “o direito ao esquecimento diz respeito às pessoas, não aos fatos”.

Não se trata, portanto, de reescrever a história, pois ela é uma só. Se trata de um processo de conscientização da nova sociedade, uma tendência natural da evolução da divulgação democrática das informações. Atribui-se ao indivíduo, a possibilidade de um amparo estatal diante de informações divulgadas a seu respeito que lhe causem profunda dor e angústia.

A liberdade de expressão, direito fundamental alcançando e consolidado após muito sangue derramado no Brasil, desde os tempos de Colônia e Império, não corre risco, se levada em consideração corrente intermediária do direito ao esquecimento. Juridicamente razoável e sóbria, é certamente a melhor saída para casos em que o direito ao esquecimento seja pleiteado, ao passo que coroa a ponderação caso a caso, implementando critérios fundamentados.

Já admitido no Brasil, seja qual for a corrente que siga o STF, espera-se que o debate acerca do direito ao esquecimento continue a florescer e que a visão dualista rasa e incipiente de “sim” ou “não” à sua admissão seja, de uma vez por todas, esquecida.

REFERÊNCIAS

AUDIÊNCIA Pública - Direito Ao Esquecimento. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. (355 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BARBEIRO, Heródoto; LIMA, Paulo Rodolfo. **Manual de Jornalismo para Rádio, TV e Novas Mídias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Recurso Extraordinário com agravo 833.248/RJ**. Brasília, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.334.097/RJ**. Relator Min. Luís Felipe Salomão. DJe 10.09.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.335.153/RJ**. Relator Min. Luís Felipe Salomão. DJe 10.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 16ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 2008.001.48862**. Relator Designado p/ Acórdão: Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Publicado no DJe: 13/11/08. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F&USER=>>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001**. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Publicado no DJe: 17/08/10. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURGOS, Pedro. **Google, em esquece!** 2014. Disponível em:
<<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2014/10/google-me-esquece.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais: RT, v. 104, n. 952, p. 85-119, fev. 2015. Disponível em:
<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85280>>. Acesso em: 9 set. 2017

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégias para a otimização dos interesses em jogo**. Revista dos Tribunais: Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 17, n. 67, p.79-102, jul. 2016. Disponível em:
<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104324>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e et al. **Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921)**. Revista de Direito das Comunicações, Brasília, v. 4, n. 7, p.335-356, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78534>>. Acesso em: 13 set. 2017.

ELESBÃO, Elsitá Collor. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro**. In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 09-34.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

HALDER, Debarati; JAISHANKAR, K., **Revenge Porn by Teens in the United States and India: A Socio-Legal Analysis** (Nov. 1, 2013). International Annals of Criminology, 51(1-2), 85-111, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2493178>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

LUCA, Cristina de. **Direito ao esquecimento: STF terá que decidir entre privacidade e liberdade de expressão**. 2017. Disponível em:
<<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2017/06/13/direito-ao-esquecimento-stf-tera-que-decidir-entre-privacidade-e-liberdade-de-expressao/>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento**. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 104, n. 960, p. 249-267, out. 2015. Disponível em:
<<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110732>>. Acesso em: 16 set. 2017

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Monet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, Lígia Maria Costa. **Direito ao Esquecimento**. Rio de Janeiro: Saupere Aude, v. 5, dez. 2015. Mensal. Disponível em: < <http://revistasapereaude.org/index.php/edicoes/anos-antiores/ano-4-vol-1-12/ano-4-volume-5-dezembro-2015/send/89-12-2015-ano-4-volume-5/319-f-direito-ao-esquecimento-pg-107-142>>. Acesso em: 17 nov. 2017

MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. **A função dos precedentes na concretização do direito geral de personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 317-345, jun. 2016. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104739>>. Acesso em 18 set. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; GRAVA, Guilherme Saraiva. **Direito ao esquecimento: acesso à informação e privacidade são colocados à prova no STF**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 14 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

SOPRANA, Paula. **Temos direito ao esquecimento?** 2017. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/08/temos-direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 21 set. 2017.

Supremo Tribunal Federal. **Aberta a audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera civil**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346318>>. Acesso em: 13 out. 2017.

THE RED KIMONO. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/The_Red_Kimono>. Acesso em: 21 out. 2017.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. 2013. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9059>. Acesso em: 15 ago. 2017.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Denbitz. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Harvard, v. 5, n. 4, p.193-220, 15 dez. 1890. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160>>. Acesso em: 4 ago. 2017.