



DIREITO AO ESQUECIMENTO: O CONFLITO ENTRE A GARANTIA DO ACESSO A INFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

RIGHT TO FORGET: THE CONFLICT BETWEEN THE GUARANTEE OF ACCESS TO INFORMATION AND THE PROTECTION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Kauê Ribeiro Ferreira¹

Camila Paula de Barros Gomes²

RESUMO: Este artigo objetiva realizar uma análise sobre a consolidação do direito ao esquecimento em virtude do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal/STJ que passou a reconhecê-lo como integrante da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade. Com a análise doutrinária, abordaremos aspectos pró ao direito ao esquecimento, bem como aqueles a favor da liberdade de imprensa e do amplo acesso a informação. Além disso, será contemplada uma vertente intermediária que preconiza a análise das circunstâncias do caso concreto. Sob esta ótica, pode-se afirmar, que, atribuir ao poder judiciário a prerrogativa para estabelecer o controle da memória coletiva está em consonância com um regime totalitário e, portanto, contraposto aos direitos e garantias fundamentais do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento; Intimidade; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article aims to analyze the consolidation of the right to oblivion by virtue of Statement 531 of the Sixth Civil Law Conference¹ promoted by the Federal Justice Council / STJ, which now recognizes it as a member of the protection of the dignity of the human person in society. With the doctrinal analysis, we will focus on aspects related to the right to forgetfulness, as well as

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP.

² Mestre em Direito. Professora Universitária. Advogada.

those in favor of freedom of the press and broad access to information. In addition, an intermediate section will be considered, which recommends analyzing the circumstances of the case. From this point of view, it can be said that to assign to the judiciary the prerogative to establish control of collective memory is in line with a totalitarian regime and, therefore, opposed to the fundamental rights and guarantees of the democratic rule of law.

Keywords Right to Forget; Intimacy; Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

Este artigo traz uma análise a respeito da aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Diretamente ligado à privacidade e à intimidade, o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana, e deve ser considerado um direito fundamental implícito.

Em uma era de registros digitais, em que os indivíduos passam a ter amplo acesso à informação, muitas vezes as questões ligadas à intimidade irão se confrontar com a garantia da publicidade, que também encontra respaldo no texto constitucional. No entanto, é preciso considerar que nenhum direito é absoluto. A publicidade, em algumas situações, pode ser restringida com objetivo de preservar a intimidade dos envolvidos. A ponderação dos interesses e direitos em conflitos, em questões como a que aqui se apresenta, se impõe. Com esse raciocínio, emergiu uma corrente doutrinária favorável ao reconhecimento da existência do direito ao esquecimento, entendendo razoável o sigilo acerca de fatos passados, de modo que a repercussão desses atos pretéritos não constitua uma espécie de martírio e se perpetue no cotidiano dos envolvidos.

Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, o artigo busca analisar o acesso à informação, a privacidade e o direito ao esquecimento, para, posteriormente, efetivar uma ponderação de valores, e definir acerca da possibilidade do reconhecimento do direito fundamental ao esquecimento.

1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO A INFORMAÇÃO

Na Constituição Federal, artigo 5º, XIV, é notória a defesa ao amplo acesso à informação e à proteção da liberdade de imprensa. Assim se manifesta o texto: “é assegurado a todos o acesso à

informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, Constituição Federal, 1988). A inserção desse dispositivo no ordenamento jurídico se dá em virtude da história brasileira que, durante os anos de 1964 a 1985, viveu um estado de exceção onde foram cerceadas a liberdade de imprensa e livre manifestação do pensamento pelo regime autoritário. Desse modo, a bem-sucedida redemocratização do país só foi possível mediante estas garantias, conforme orienta a lição de Uadi Bulos (2018, p. 532):

A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se irmana com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder. O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos se dirige a sujeitos determinados. Conecta-se à a liberdade de informação, porque todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado. O acesso ao conhecimento não pode ser tido como privilégio de uns, em detrimento de outros.

Outrossim, o direito de receber informações dos órgãos públicos também encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXIII, que prevê: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII).

Tais dispositivos constitucionais conduzem parte da doutrina a estabelecer distinção entre o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro teria fundamento no art.5º, XIV da Constituição Federal e possibilitaria o conhecimento de informações de interesse público ou privado, por meio de pesquisas livres, que garantam o amplo acesso à informação. Já o direito de ser informado teria previsão no art. 5º, XXXIII da Carta Maior e possibilitaria ao cidadão receber dos órgãos públicos informações, ressalvadas aquelas resguardadas por sigilo (NUNES JÚNIOR, 2017).

A ideia central é que o direito de acesso à informação deve ser compreendido como um direito negativo, de modo que o Estado deve abster-se de interferir na liberdade do indivíduo, permitindo, portanto, que ele seja informado. Desse modo, o acesso à informação pode ser considerado a regra e o sigilo, a exceção.

De acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 896), o dever de informar deve atender a alguns critérios:

a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; b) divulgação de informações de interesse público, independente de solicitações; c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; d) fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública; e) desenvolvimento do controle social da administração pública (art.3º, I a V, da Lei 12.527/2011)

Uma vez estabelecida a relevância e os critérios em que se fundamenta o direito de ser informado, é preciso reconhecer que, em algumas situações, o princípio da publicidade, que possibilita o acesso à informação, colide com a privacidade. Canotilho (1999, p. 1191) traz importante apontamento acerca da colisão de direitos fundamentais:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.

Tais colisões conduzem à necessidade de se encontrar mecanismos de solução para esses entrelaçamentos, conforme se abordará adiante. Por ora, impõe-se a análise do direito à privacidade, cuja colisão com o acesso à informação compõe o núcleo central desse trabalho.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE

As tendências contemporâneas da vida em sociedade, por vezes, mascaram as necessidades humanas, dentre elas o respeito à privacidade e à intimidade, fundamentais para que se possa moldar as ações do dia a dia de modo ponderado. A fim de satisfazer essas necessidades particulares, o indivíduo se recolhe ao seu íntimo e tem isso como uma questão fundamental e digna de proteção. É no íntimo que se obtém refúgio após o degradante dia de ofício. A esse respeito Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 280) conclui:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios.

Adentrando ao núcleo da privacidade dos indivíduos, revela-se a intimidade em um direito mais oculto e secreto a ser tutelado, incumbindo apenas ao detentor desse direito a prerrogativa de publicitar essas informações, afinal, pode limitar o acesso inclusive aos seus próximos e aos mais correligionários. Assim sendo, Costa Jr (1970, p.8) firma o seguinte entendimento:

A necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos.

Todavia, quando se refere a pessoas públicas a interpretação possui um caráter mais restritivo e com maior tolerância, pois há uma presunção de que esses estão projetando-se à exposição pública espontaneamente. Entretanto, este fato não afasta a proteção contra abusos e excessos decorrentes de fatos que atentem contra a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem, conforme Alexandre de Moraes (2017, p. 54) escreve:

[...] essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexos causal com a atividade profissional realizada.

Conflitos podem surgir a partir do momento em que são revelados fatos que atingem a intimidade e a vida privada, o que comumente acontece com pessoas públicas. Apesar de terem seus direitos resguardados, a constante exposição à mídia faz com que o grau de proteção da intimidade seja menor, o que não significa que possam sofrer invasões desarrazoadas e reiteradas de sua esfera privada. É nesse contexto que surgem as discussões acerca do direito ao esquecimento.

2.1 O direito ao esquecimento

Ordinariamente, a internet constitui o segundo meio de comunicação mais utilizado no planeta, daí nasce a preocupação atribuída a segurança das informações que nela são armazenadas, bem como dos danos provenientes de seu mau uso. Esta tecnologia superou aquilo que a natureza humana se mostra deficitária em garantir: a capacidade de armazenar informações. Estes aspectos motivaram Viktor Mayer-Schönberger, no ano de 2007, a desenvolver o denominado *the right to be forgotten*, adaptado na língua portuguesa como “o direito ao esquecimento”. Sua fundamentação estava intimamente relacionada com o fato de que uma simples exclusão de informações constantes nos bancos de dados da internet não seria capaz de apagar os fatos no plano da realidade. (LIMA, 2013).

O reconhecimento desta tese deu-se, inicialmente, perante a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em um debate que envolvia Google Spain SL e Google Inc. versus Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales. Na lição, o autor requeria que não fosse

resultado de buscas no Google o endereço de internet que referenciasse um leilão em que foi objeto seu imóvel em virtude de dívidas com a Seguridade Social. Julgado em maio de 2014, obteve o provimento da ação fundamentada no fato de que o decurso de tempo poderia transformar um ato lícito em ilícito quando se fizesse desnecessário para a finalidade da coleta dos dados. (Tribunal de Justiça Europeu, 2014).

No Brasil, não houve enfretamento direto de casos tratando sobre o direito ao esquecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça possui julgados de grande relevância, cite-se os casos Aída Curi, Candelária, além do caso da apresentadora Xuxa Meneghel. Ocorre que as decisões do STJ nos casos Aída Curi e Chacina da Candelária firmaram-se na sustentação de ocorrência de notória violação às liberdades de informação e à proteção da memória coletiva. Por outro lado, no julgamento do caso da apresentadora de televisão, a tese acolhida foi a de que não há obrigatoriedade de os provedores de internet a remover conteúdos, ainda que ilegais.

2.1.1 Relação entre dignidade da pessoa humana e direito ao esquecimento

O fortalecimento do direito ao esquecimento como integrante da dignidade da pessoa humana se deu conforme Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal/STJ, com a seguinte redação: *“A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”*

Ao firmar o entendimento sobre o assunto, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o seguinte conceito para o direito ao esquecimento: *“fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”*.

Desse modo, notamos uma tendência ao reconhecimento dos direitos inerentes a pessoa humana como o analisado nesse artigo. Nos ensinamentos de Bittar (2015, p. 61):

Há uma tendência a que gradualmente, com maior intensidade, os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico, de modo mais amplo, graus cada vez mais elevados de exigências em torno da proteção de valores precípuos da pessoa humana.

Ademais, infere-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento decorre da dignidade humana como garantia essencial a proteção a honra e a vida privada, pilares da proteção a dignidade da pessoa humana, que se configura como um superprincípio capaz de transmitir as diretrizes de interpretação para os demais direitos fundamentais ao atribuir um status especial ao ser humano no

mundo.

Após o desenvolvimento das teorias do pós-positivismo, onde as garantias fundamentais passaram a ter seu valor normativo reconhecido por meio dos princípios fundamentais, sua universalização passou a ser demandada no neoconstitucionalismo. Cite-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática” (DUDH, XXIX,2).

Sendo assim, as demandas requeridas ao Estado, quando onerosas e suscetíveis da alegação de que estariam fora da alçada deste em face de seu alto custo financeiro passaram a não mais restringir-se a esta alegação. Ora, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inclui também que sejam providos os recursos básicos necessários ao exercício dos direitos, independente de sua natureza. Nesse raciocínio, orienta Padilha (2014, s.p.):

Existe a acertada ideia de que não basta uma análise abstrata quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, se há milhões de pessoas pleiteando ao Judiciário a materialização de direitos. [...] Nesse sentido, as normas que pretendam conferir direitos subjetivos, exteriorizados em prestações materiais, são revestidos de eficácia positiva, na medida em que permitem que seus beneficiários ou destinatários exijam as prestações que constituem o objeto do direito subjetivo perante o Poder Judiciário, de maneira a assegurar o mínimo existencial.

Portanto, o reconhecimento do direito ao esquecimento guarda estrita relação com a dignidade da pessoa humana, positivado como fundamento da República, pois em virtude do status especial atribuído ao ser humano no mundo constitui fator primordial de proteção às garantias inerentes ao indivíduo. Para além disso, o martírio em decorrência de fato pretérito cercearia a possibilidade de perseguir seus próprios ideais e da não intervenção estatal em contraposição com a autonomia individual.

3. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em virtude da ausência de caráter absoluto dos direitos garantidos em nosso ordenamento jurídico, por vezes ocorre o que em sua Teoria dos Princípios, Robert Alexy (2008) denominou “Conflito aparente de Princípios”. Desse modo, contrapõem-se soluções para um mesmo conflito de interesses em virtude de pretensões diversas que fogem a alçada do legislador, mas que figuram no caso concreto.

Nesse sentido, é defeso ao Judiciário deixar de pronunciar-se sobre tais questões por estas razões, frise-se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessarte, Alexy (2008 e p.588) estabelece o meio pelo qual deve se dar a solução para este conflito: "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação", especificamente por meio da Proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Por conseguinte, evidencia-se a necessidade da aplicação do princípio da ponderação ao invés da subsunção por si só pois a enquadramento do fato a norma jurídica, típico da subsunção, limita o jurisdicionado e esbarra na pluralidade de previsões legais existentes se tornando insuficiente para resolver as demandas, conforme o pensamento de Barroso (2018, p. 377):

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.” Conclui, portanto, pela inadequação deste instituto na hermenêutica contemporânea e pelo acolhimento da ponderação, em consonância com Alexy: “Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.

3.1 O conflito acesso à informação x privacidade

Em decorrência do direito ao amplo acesso à informação, fundamental não só para o trabalho da imprensa e instrumento para a fiscalização Estatal, mas também como regulador das atividades particulares, verificou-se um conflito entre esta prerrogativa e a garantia a privacidade, como resguardo dos aspectos subjetivos dos cidadãos. Sobre esta matéria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.185/DF reconheceu interpretação conforme a Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil para negar a exigência de anuência do bibliografado relativamente a obras bibliográficas, como ementou-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N.

10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL)

Desse modo, a análise conforme a ponderação, visando concretizar e preservar ao máximo os direitos constitucionalmente protegidos, se fez por:

- a) adequação: verificando se a norma é capaz de atingir o objetivo pretendido;
- b) necessidade: análise quanto a existência de outra norma capaz de suscitar os mesmos efeitos, mas de maneira menos gravosa;
- c) proporcionalidade em sentido estrito: a real ponderação entre os princípios conflitantes.

3.2 O direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira

Adiante, abordaremos a posição do Tribunal Superior da Justiça Comum no Brasil, cujo posicionamento se deu na decisão que segue:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO

"AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. [...] 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. [...] É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade

ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. [...] 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. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0))

Neste caso, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em especial no voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, evidencia-se desde logo o conflito aparente de normas existente no caso. A tese de alegação dos familiares de Aida Curi, visando não querer mais que se tenha repercussão sobre o caso, a fim de evitar novas atribuições pessoais caminha por um dos quesitos fundamentais na consideração do direito ao esquecimento: o decurso do tempo, onde se lê: *“Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958”*. Desse modo, o relator negou provimento ao recurso sob a seguinte alegação:

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 Aida Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral.

Além disso, podemos admitir que a dramatização realizada pelo programa “Linha Direta Justiça” não constitui uma perseguição da vida pessoal de Aida Curi, que estava sendo retratada, mas sim, o crime em si, em consonância com as atividades típicas dos órgãos de informação, o que afasta a justificativa do dever indenizatório composto do binômio ato ilícito e dano. No âmbito de outro recurso especial, tratou-se a respeito desse dever indenizatório:

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. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012-0144910-7)).

Segue-se agora a análise de outro julgado. No caso que doravante será objeto de análise, o recorrente figura não como um veículo de imprensa que divulgou determinado conteúdo, mas sim como serviço de provedor, responsável por agregar conteúdos de pesquisas na internet, no Recurso lê-se:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido. (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1)).

Nota-se, mais uma vez, a inegável influência das novas tecnologias no modo de interpretar o direito. Convenhamos que nas primeiras décadas deste milênio, ainda que previsível, não se taxava, com prontidão, as consequências de tais inovações. Em virtude da ausência de precedentes, a Ministra Relatora, invoca o famoso caso submetido a julgamento na Suprema Corte Europeia como uma das razões da formação de seu convencimento. No caso espanhol, ocorrido em 2010, um cidadão demandou contra La Vanguardia Ediciones SL, a Google Spain e a Google Inc, sob a alegação de que seu nome constava de pesquisas no site deste provedor gerando como resultado um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública proveniente de uma execução fiscal de dívidas junto à Segurança Social. Seu pedido era que o Jornal retirasse ou retificasse o conteúdo, bem como que o Google

ocultasse seus dados pessoais para que não constassem no resultado da pesquisa. Por fim, o pedido contra o Jornal La Vanguardia Ediciones SL foi indeferido, todavia, provido quando contra o Google. Naquela ocasião, o Tribunal estabeleceu os seguintes parâmetros:

- i) Um provedor de aplicação de buscas deve ser considerado responsável pelos dados pessoais, nos termos da legislação europeia;
- ii) A responsabilidade existe mesmo quando o servidor do provedor de aplicação de buscas se encontra fora do território europeu;
- iii) Preenchidos os requisitos legais, um provedor de aplicação de buscas é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as conexões a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita;
- iv) O indivíduo, ao exercer seu direito ao esquecimento, não pode causar prejuízo a outra pessoa. (Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995.)

Ainda que firmado como importante precedente, foi ressalvado quando da decisão da Ministra Nancy Andrighi por estar inserido em contexto social diverso do vivido pelos cidadãos brasileiros. Em sua argumentação, Andrighi segue manifestando a ideia de que o estabelecimento de parâmetros constitui atribuição diversa a dos serviços de pesquisa na internet:

Mesmo com a existência de diversos mecanismos de filtragem do conteúdo da Internet, na maioria das vezes é inviável ao provedor da busca exercer alguma forma controle sobre os resultados da busca. Isso porque é problemática a definição de critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1) (BRASIL, STJ, 2016)

Por esta razão, colhe do previsto na Jurisprudência daquela mesma Suprema Corte, por entender:

Dessa forma, não há fundamento legal que permita impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, sob a alegação de implementar o direito ao esquecimento de qualquer requerente (REsp 1.316.921/RJ).

CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, o acolhimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro a fim de evitar uma perpetuação da relação entre fatos pretéritos e seus agentes. Sendo assim, a aplicação se faz de modo ponderado com o objetivo de evitar os excessos. Observa-se que haveria uma demanda fora do razoável caso fosse atribuído ao indivíduo a faculdade de controlar os conteúdos que devem ou não ser divulgados, atentando contra a liberdade de expressão ou ao amplo

acesso à informação, porém, por outro lado, vincular atos que hoje já não tem mais relevância aos seus autores ou ainda promover espetacularização e sensacionalismo seria uma violação da honra e da intimidade individual. Está é a orientação da Repercussão Geral 786 do Supremo Tribunal Federal, com a tese seguinte:

Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.

Nesta tese, concluímos, que uma limitação do direito fundamental à liberdade constituiria censura, ou ainda, a exigência de autorização prévia configuraria situação diversa da positivada em na Constituição Cidadã. Ao magistrado não incumbe o controle da memória coletiva nacional. A história se faz por sua essência, e não com uma manipulação dos fatos por uma autoridade, ainda que constituída. Essa proibição se revela ainda infundada quando tratamos de casos com extrema notoriedade como os citados neste artigo em que o ato está diretamente vinculado ao nome do agente.

Por fim, quando tratamos da espetacularização de casos famosos, é preciso extremo cuidado. Ora, quando se alega que as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa, ainda que se garanta o acesso à justiça, que está consolidado em nossa Carta Federal, é evidente a ocorrência do chamado *efeito reboot*. Pois é perceptível que, todos os casos, quando submetidos a julgamento em alta corte, mesmo que visando o direito ao esquecimento, acabam por jogar mais luz ao caso e atribuí-lo maior publicidade.

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados — Diretiva 95/46/CE — Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º — Âmbito de aplicação material e territorial — Motores de busca na Internet — Tratamento de dados contidos em sítios web — Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados — Responsabilidade do operador do motor de busca — Estabelecimento no território de um Estado-Membro — Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 7.º e 8.º Acórdão disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. 13 de maio de 2014. Acesso em 26.09.2019.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 03 Jan. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8ª ed. São Paulo:Saraiva Educação, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8º ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11º Edição revista e atualizada até a
CANÁRIO, Pedro. **STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez**. Revista Consultor Jurídico. 5 de Junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25º Edição Atualizado conforme a Lei n. 13.434, de 12-4-2017. São Paulo:Saraiva, 2018.

COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970. Emenda Constitucional n. 99, de 14-12-2017. São Paulo:Saraiva, 2018.

Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4ª Edição. Rio de Janeiro:Forense. São Paulo. Método, 2014.

PALMA LIMA, Erik Noleta Kirk. **Direito ao esquecimento. Discussão Europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. Senado Federal.

RE Nº1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7/decisao-monocratica-509639808?ref=juris-tabs>