

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Clara Miranda de Azevedo Peixoto

Graduada em Direito e Especialista
em Direito Constitucional pela UFRN

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo lançar luzes sobre a recém-inaugurada aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, a partir de um estudo acerca dos direitos fundamentais que o lastreiam, tratando-se anteriormente, contudo, das bases para o seu entendimento, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu principal fator limitador, o direito à informação. Adentrando-se efetivamente na temática do direito de ser olvidado, traz-se à tona as manifestações internacionais acerca do postulado, conferindo especial destaque ao *leading case* apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão, o caso *Lebach*. Por conseguinte, traça-se um comparativo entre os precedentes do Superior Tribunal de Justiça brasileiro e àquele oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão. Para tanto, é apresentada uma síntese fática, para só então adentrar-se na seara normativa dos casos que deram origem à discussão da temática no Brasil, quais sejam, a Chacina da Candelária e o caso Áida Curi. Por último, porém, não menos importante, após a enumeração de critérios gerais e específicos vocacionados à resolução de colisões entre os direitos fundamentais envolvidos na concretização do direito ao esquecimento, faz-se uma análise

crítica acerca da precursora implementação do postulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos fundamentais. Colisão. *Leading case*. Superior Tribunal de Justiça.

“Há coisas que, quando publicadas, ficam agarradas à alma e coladas à pele da vítima; e haverá ocasiões em que a vítima se não livre delas, mesmo conseguindo mudar de pele e de alma.”
(Olavo Bilac)

1 INTRODUÇÃO

O conjunto de transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que identifica o fenômeno da globalização tem como um de seus principais distintivos o extraordinário avanço tecnológico dos meios de comunicação. Alçada a uma escala planetária e a uma velocidade nunca antes vista, a difusão da informação, nos dias de hoje, ao mesmo tempo em que encanta a todos pelas facilidades proporcionadas, traz em seu bojo novas complexidades a serem dissecadas pelos estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento.

Em uma realidade de sociedade ultra conectada, as mídias tradicionais alcançaram patamares de abrangência jamais experimentados, seja em razão do desenvolvimento técnico de seus próprios mecanismos de propagação, seja em virtude da integração com a revolucionária plataforma da rede mundial de computadores, a Internet.

Nesse mister, a ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade – mas também se torna mais complexa – quando aplicada à Internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado. Até agora, tem-se mostrado inerente à Internet – mas não exclusivamente a ela – a existência de um resíduo informacional que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

Para o Direito em particular, não são poucas as implicações



provocadas por esse tempo de grandes e desafiadores paradoxos. Relações normativas e vivenciais já naturalmente tensionadas, em especial aquela travada entre o direito à informação, de um lado, e os direitos à vida privada, à intimidade, à preservação da honra e da imagem, à memória e à ressocialização, se complicaram ainda mais com os influxos da mencionada massificação dos veículos de comunicação.

Por esta razão, analisar-se-á a configuração do Estado Democrático de Direito, em especial por constituir solo fértil ao desenvolvimento dos chamados direitos fundamentais. Partir-se-á para a análise do célebre princípio da dignidade humana, entendido como fundamento propedêutico do direito de ser deixado em paz.

Suficientemente preparados para a discussão acerca do direito ao esquecimento, deve-se ressaltar, *a priori*, a aridez do tema na doutrina e jurisprudência nacionais. O direito de ser deixado em paz consolidou-se em 1973, na República Federal da Alemanha, por ocasião do julgamento do caso *Lebach* pelo Tribunal Constitucional Federal daquele país, vindo a fincar raízes sólidas na tradição jurídica de diversos agrupamentos internacionais.

Imbuído do propósito de contribuir para uma melhor compreensão desse direito ainda pouco enfrentado no Brasil, panorama explicado em grande parte pela sua incipiente aplicação doutrinária e jurisprudencial, o presente artigo científico discorrerá sobre os casos paradigmas que deram origem à temática no país, abordando, inicialmente, as variáveis constitucionais em jogo e, ato contínuo, o modo como foi e é tratado o direito ao esquecimento por alguns ordenamentos jurídicos alienígenas.

O que já era prenúncio de um ambiente mais fértil para a discussão do tema em solo brasileiro desencadeou outro fato ainda mais auspicioso. Pouco tempo depois de prolatado o verbete do CEJ/CFJ sobre o instituto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre dois casos concretos – a Chacina da Candelária e o caso Aída Curi – nos quais o direito de ser olvidado foi invocado, tendo o órgão fracionário reconhecido essa nova garantia em somente um deles.

Confirmada, portanto, a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado, reitera-se o fito do presente trabalho, que não é outro senão deitar os olhos sobre um instituto – o direito ao esquecimento – ainda pouco trabalhado nas hostes jurídicas brasileiras.



2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para se poder falar, propriamente, em direitos fundamentais, deve-se constatar a presença de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre os dois primeiros. Iniciar-se-á o presente estudo pela figura do Estado. Trata-se, em verdade, do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que pode, efetivamente, controlar determinado território e impor suas decisões.

Percebe-se, ademais, que, sem a existência do Estado, a proclamação dos direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes, por sua vez, não poderiam ser garantidos e cumpridos, perdendo, portanto, a sua função precípua, qual seja: limitar o poder do Estado em face do indivíduo.

O papel de texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos é desempenhado pela Constituição em sentido formal, que garante e declara determinados direitos fundamentais, permitindo ao sujeito, conforme lição de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2011, p.26), conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual.

Por razões políticas e sociais deveras complexas, porém, que, em linhas gerais, encontram-se interligadas à imposição do regime capitalista, essas três condições apresentaram-se reunidas somente na segunda metade do século XVIII. Nesse período, pela primeira vez na história da humanidade, textos de Declarações de Direitos enunciaram e garantiram direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a Constituição do Brasil de 1988 – ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Poder Estatal – inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social¹.

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2013,

¹ É nesse sentido que, já no art. 1º, a Constituição Federal de 1988 preleciona fundar-se o “Estado Democrático de Direito” nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, nos valores sociais do trabalho e no pluralismo político.



p.113) lecionam que o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.

Em outras palavras, a atuação do Estado passa a ter um conteúdo transformador do *status quo*, a lei aparece como um instrumento de transformação para incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas descumpridas na modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil.

No arcabouço do Estado Democrático, os direitos fundamentais consistem em instrumentos basilares da limitação do poder político. Nos contornos democráticos, o Estado deve comportar-se, qualquer que seja a sua ação, sob a perspectiva de que nem tudo pode ou deve fazer, pois a sua atuação encontra parâmetros no respeito aos direitos declarados na Lei Maior.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO

Esta época é chamada por alguns pensadores de Era da Informação (CASTELLS, 2006), tal a importância que assumiu na vida contemporânea. Nesse contexto, o direito à informação, positivado pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e art. 220, § 1º, assume um relevo extraordinário.

Já se disse que “a informação é o oxigênio da democracia”². O acesso à informação é essencial para que as pessoas possam participar de modo consciente da vida pública e fiscalizar os governantes e detentores de poder social. Não é exagero afirmar que o controle do poder tem no direito à informação o seu instrumento mais poderoso. A transparência proporcionada pelo acesso à informação é o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos, para a ineficiência governamental.

O direito à informação é também essencial para o livre desenvolvimento da personalidade humana (CANOTILHO, MENDES, SARLET, STRECK, 2013, p. 301; FARIAS, 2004, p.90), pois contribui para que cada indivíduo possa formar as suas preferências e convicções sobre os temas mais variados e fazer escolhas conscientes em suas vidas particulares.

² A frase foi cunhada pela ONG internacional Article 19, voltada à defesa das liberdades de expressão e informação.



Impende mencionar, por oportuno, que o direito à liberdade de informação também não se confunde com o direito à informação, objeto do presente item. Trata-se o direito à informação de uma garantia coletiva. A Constituição Federal acolheu a referida distinção, de modo que, no capítulo da comunicação social (arts. 220-224), preordenou a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV). No mesmo art. 5º, inciso XIV, já se observa a dimensão coletiva do direito à informação. Consiste, portanto, em interesse geral contraposto ao individual da manifestação de opiniões, ideias e pensamentos, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixa de ser mera função individual para tornar-se função social.

A garantia em questão detém, ademais, uma perspectiva subjetiva, definida pelo mesmo Vidal Serrano Nunes Júnior enquanto direito fundamental do indivíduo, e outra de cunho orgânico, enquanto direito de existência e funcionamento dos órgãos públicos e privados de comunicação social (FARIAS, 2004, p. 30).

Nesse sentido, qualquer medida estatal que dificulte ou impeça uma das atividades típicas das liberdades de comunicação social, ou que atinja seus pressupostos técnicos, econômicos, institucionais, entre outros, pode representar uma intervenção. Intervenções na liberdade de informação estarão presentes sempre que o acesso à informação pela fonte a todos acessível for / obstado pelo Estado, ainda que o titular detenha acesso à mesma informação por outras fontes desimpedidas³.

Questiona-se, por oportuno, como conciliar o direito ao esquecimento com o direito à informação, posto que, à primeira vista, um parece limitado, restringido, pelo âmbito de atuação do outro.

O jurista Daniel Sarmiento (2015), professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, editou parecer acerca da constitucionalidade da invocação do direito ao esquecimento para a imposição de restrições ao direito de acesso à informação de interesse público e às liberdades de expressão e de imprensa. No documento, defendeu ser lícita a conduta dos veículos de imprensa de divulgarem, discutirem ou encenarem

³ Proibir, a título exemplificativo, a recepção de televisão estrangeira representa uma intervenção na liberdade de informação. A arguição, portanto, de que o titular pode ter acesso à mesma informação por parte de jornais em nada altera o estado de intervenção e não o justifica.



fatos de interesse público ocorridos no passado. Trata-se, segundo o estudioso, de legítimo exercício da liberdade de imprensa, que não gera, portanto, direito à reparação de danos.

Para Sarmento, parecem evidentes os riscos de autoritarismo envolvidos na atribuição a agentes estatais – ainda que juízes – do poder de definir o que pode e o que não pode ser recordado pela sociedade. Acerca dessa questão, ponderou que o reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado, se afigura francamente incompatível com um sistema constitucional democrático.

Mister o entendimento do aclamado jurista, em uma suposta ponderação entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, deve-se analisar, *a priori*, se existe um interesse público atual na divulgação daquela informação. Se o referido interesse persistir, há quem defenda a possibilidade de flexibilização do direito ao esquecimento, sendo lícita a publicidade daquela notícia.

Por outro lado, não sendo verificado o interesse público atual, ao indivíduo é conferida a faculdade de exercer seu direito ao esquecimento, devendo ser impedidas notícias sobre o fato que já ficou no passado. Nesse sentido, assevera o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.374) que, se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Em seguida, pondera que isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade, em verdadeiro respeito ao direito à ressocialização. Ao final alega que este indivíduo há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária, como forma de viabilizar a sua ressocialização.

Eis que a noção de Estado Democrático de Direito funciona como premissa básica para a efetiva compreensão do direito ao esquecimento. No mais, afigura-se possível a coexistência, em um mesmo ordenamento jurídico, tanto do direito à informação quanto do direito de ser olvidado. Juntos todos estes institutos jurídicos compõem o arcabouço da Constituição Federal de 1988.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento consiste na garantia conferida ao indivíduo de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em



determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, perpetuando-se de modo indefinido, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Identificado como “direito de ser deixado em paz”, o direito ao esquecimento é reconhecido nos Estados Unidos da América como *the right to be let alone* e em países de língua espanhola como *derecho al olvido*. No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, ainda que implicitamente, considerando que é consequência direta do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais à preservação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, da memória e da ressocialização.

Ademais, quando se fala em direito ao esquecimento é importante citar o jurista e filósofo francês François Ost (2005, p. 160), para quem “Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído”.

É sabido que, na atualidade, por força de vertiginosos avanços tecnológicos, instituições estatais e privadas têm condições de obter, armazenar, tratar e divulgar uma quantidade de informações sobre as pessoas que era impensável no passado, o que aumenta a vulnerabilidade dos indivíduos. O uso disseminado em todo o mundo da Internet permite que sejam armazenadas informações pessoais, mensagens privadas, fotografias, dados sobre os hábitos de busca e navegação e muitos outros elementos, que podem ser utilizados de forma ilegítima, violando direitos fundamentais.

A possibilidade de vigilância total e permanente sobre o indivíduo, com graves riscos à sua personalidade, saiu do terreno da ficção para adentrar no da realidade. E não é só do Estado que vem a ameaça. Como observou Laura Schertel Mendes (2008, p.75), o risco hoje “não se restringe mais à figura do ‘Big Brother’, de Orwell, mas abrange também o setor privado, que utiliza massivamente os dados pessoais para atingir os seus objetivos econômicos”.

Um componente relevante deste quadro é a memória praticamente infinita da Internet e de outras tecnologias disponíveis. Essa realidade – que tende a se intensificar, com a continuidade dos progressos científicos –, torna possível o acesso generalizado a dados ou informações sobre fatos da vida privada de pessoas comuns, por vezes embaraçosos, ocorridos há muitos anos. Nas palavras de Simón Castellano (2012, p.4), “nossos dados são gravados na rede como se fossem uma tatuagem, que nos seguirá pela vida toda”.

Nesse cenário, é importante construir instrumentos jurídicos que



permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não ostentem interesse público. O direito ao esquecimento encontra aqui um campo legítimo para desenvolvimento, do ponto de vista dos valores jurídicos e morais envolvidos. Os maiores desafios a serem enfrentados nesta área são de natureza técnica, haja vista as conhecidas dificuldades de exercício de controle sobre o ambiente virtual, derivadas de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional do *cyberespaço*.

A disciplina da questão, todavia, não pode ameaçar as liberdades de imprensa, expressão, o direito de acesso à informação de interesse público, nem tampouco o cultivo da história e da memória coletivas.

Em razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levantando-se, também no âmbito do direito comparado, o conflituoso encontro entre o direito de publicação e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, a União Europeia, passados quinze anos da adoção da Diretiva n. 46/1995/CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação, que foi seguida pela Diretiva n. 2002/58/CE, concernente à privacidade e às comunicações eletrônicas, acendeu, uma vez mais, o debate acerca da perenização de informações pessoais em poder de terceiros, assim como o possível controle de seu uso, sobretudo na Internet.

A então Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Europeia, Viviane Reding, apresentou proposta de revisão das diretivas anteriores, para que se contemplasse, expressamente, o direito ao esquecimento dos usuários de Internet, afirmando que *“al modernizar la legislación, quiero clarificar específicamente que las personas deben tener el derecho, y no sólo la posibilidad, de retirar su consentimiento al procesamiento de datos [...]”*, e que o primeiro pilar da reforma será *“el derecho a ser olvidado: un conjunto completo de reglas nuevas y existentes para afrontar mejor los riesgos para la privacidad en Internet”* (ESPANHA, 2014).

Na mesma linha, em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google, Eric Schmidt, afirmou que a Internet precisa de um “botão de delete”. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem



que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer *on line*, impedindo-o de conseguir emprego. “A falta de um botão ‘delete’ na Internet é um problema significativo. Há um momento em que o desaparecimento da informação é uma coisa certa”, afirmou Schimidt (2013).

Em maio de 2011, o jornal espanhol *El País* também publicou interessante reportagem acerca do denominado *derecho al olvido*, retratando o caso da ginasta Marta Bobo, noticiado no ano de 1984, no mesmo veículo, em uma matéria curta, mas categórica: “*Marta Bobo sufre anorexia*”. A reportagem dava conta de que três atletas, entre elas Marta Bobo, disputariam as medalhas de ginástica rítmica nos Jogos Olímpicos, “*pero Marta, con 29 kilos a sus 18 años, con anorexia diagnosticada, se encuentra en Los Angeles en contra de los consejos del psiquiatra. Su situación, no ya anímica, sino física, ha podido ser peligrosa*”.

Como se não bastasse, recentemente, contrariando as diretrizes dos reguladores, o Google optou por remover apenas de seus sites na Europa os resultados de buscas quando indivíduos evocam o direito de ser esquecido. A questão, todavia, é qual a dimensão da aplicação do chamado direito de ser esquecido, foco dos reguladores da privacidade europeus desde que a principal Corte do continente decidiu, em maio, que indivíduos poderiam solicitar a remoção de resultados das buscas que fossem considerados inadequados.

Afigura-se por demais atual e relevante o debate acerca do chamado direito ao esquecimento no âmbito do *cyberespaço*, cujo domínio do tráfego é evidentemente mais complicado e reclama mesmo uma solução – legislativa ou judicial – específica.

No âmbito do Direito Comparado, há diversos julgamentos relevantes sobre a matéria. Caso que suscitou intenso debate sobre direito ao esquecimento não é do Poder Judiciário de qualquer Estado, mas do Tribunal de Justiça da União Europeia. Aquela Corte regional reconheceu que a garantia da proteção de dados pessoais envolve o direito ao esquecimento no recente caso *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*,⁴ julgado em 13 de maio de 2014. Tratava-se de pedido de cidadão espanhol, postulando que o Google não mostrasse, nos seus resultados de busca, o *link* de um jornal que noticiara o leilão de um imóvel seu, ocorrido muitos anos antes, decorrente de dividas junto à seguridade

⁴ Caso C-131/12, Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia.



social. A execução já estava encerrada há bastante tempo, mas o indivíduo continuava sendo associado à dívida na Internet. O Tribunal deu razão a Costeja Gonzalez, afirmando que “um tratamento inicialmente lícito de dados pode se tornar, com o tempo”, ilícito, “quando estes dados já não sejam necessários, atendendo às finalidades para que foram recolhidos ou tratados”. Considerou que, nessa hipótese, o indivíduo tem o direito de postular a retirada dos dados em questão da lista fornecida pelo provedor de buscas.

Em relação à Alemanha, é sempre recordado o caso *Lebach*, decidido pelo Tribunal Constitucional em 1973. Na hipótese, indivíduo que fora condenado e preso por homicídio de vários soldados, cometidos durante um roubo de armas, pleiteou que se impedisse uma rede de televisão de fazer um documentário sobre os fatos meses antes da data da sua soltura. O tribunal germânico manteve a decisão que proibira a veiculação do documentário, sob a alegação de que, na hipótese, a tutela dos direitos da personalidade sobrepujava a liberdade de comunicação. Concluiu-se, ao final, que a exibição do programa televisivo poderia comprometer seriamente a ressocialização do demandante, e a ideia de que não haveria significativo interesse público na informação, em razão do transcurso de vários anos desde a data do crime.

Esta breve exposição demonstra que, apesar das significativas variações nacionais e regionais, um denominador comum na experiência transnacional sobre o direito ao esquecimento é que as Cortes, para reconhecê-lo ou refutá-lo, sempre levam em consideração as liberdades de expressão, imprensa e informação, bem como o interesse na preservação da história e da memória coletiva.

5 A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

O conhecimento das decisões adotadas por outros países e por instâncias regionais e internacionais é sempre positivo, inserindo-se na benfazeja tendência contemporânea ao diálogo internacional no campo da jurisdição constitucional. Porém, não cabe transpor acriticamente orientações adotadas em outros Estados ou instituições para o sistema nacional. É preciso refletir sobre a compatibilidade destas soluções com o ordenamento jurídico pátrio, sobre o seu ajuste à realidade e aos problemas nacionais.

É imperioso compendiar, para fins de ulterior cotejo, os dois casos concretos responsáveis por encetar o polêmico direito ao esquecimento no Brasil. Com vistas a facilitar as subseqüentes alusões, receberão os Recursos



Especiais n. 1.334.097 e 1.335.153 as respectivas alcunhas de caso Chacina do Candelária e Aída Curi.

No primeiro deles, o STJ condenou a Globo Comunicação e Participações S/A a pagar indenização, a título de danos morais, à pessoa que fora denunciada e absolvida pelo Tribunal do Júri, por suposta participação na Chacina da Candelária – trágico caso de homicídio de jovens ocorrido em 1993, no Rio de Janeiro. Na ação, pleiteara-se a condenação da demandada por ter veiculado, no programa televisivo “Linha Direta-Justiça”, reportagem que tratou do referido crime, utilizando-se, contra a vontade do autor, do seu nome e imagem. A decisão da Corte Superior, em síntese, reconheceu a importância histórica do episódio e destacou que, de acordo com a avaliação fática realizada pelas instâncias ordinárias, “a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade”. Nada obstante, embasando-se em suposta precedência dos direitos da personalidade sobre as liberdades comunicativas, o acórdão afirmou que a passagem do tempo teria tornado ilícita a veiculação da matéria sobre o crime, tendo em vista o direito ao esquecimento dos envolvidos, o qual conceituou como “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores”.

Já no segundo caso, negou-se o pedido de indenização por danos morais formulado pelos irmãos de Aída Curi contra a mesma Globo Comunicação e Participações S/A. O fundamento principal da ação foi a transmissão, também pelo programa televisivo “Linha Direta-Justiça”, de matéria a propósito do rumoroso homicídio de Aída Curi, ocorrido em 1958. Nesse julgamento, o STJ afirmou, mais uma vez, que o direito ao esquecimento pode tornar ilícita a divulgação pela imprensa de fatos pretéritos que sejam embaraçosos ou dolorosos, e que a sua violação pode ensejar a condenação por danos morais. No caso concreto, contudo, considerou que seria impossível narrar o crime, de inequívoca importância histórica, sem fazer alusão à sua vítima. Diante desta circunstância, atribuiu, no equacionamento do caso, peso superior à liberdade de imprensa em relação ao direito ao esquecimento, refutando, com isso, o pleito indenizatório.

Em ambos os episódios, os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmaram que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, no conflito entre liberdades comunicativas e direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, existiria, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora esta suposta precedência, ao que parece, não tenha sido observada no caso Aída Curi.



Longe de expor exaustivamente os aspectos fáticos e normativos de ambos os casos, devem ser tecidas críticas acerca do modo confuso e, de certa forma, perigoso, com que a Corte Superior chancelou os precedentes, atribuindo a ausência de critérios definidos à inauguração do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Afigura-se, portanto, que o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos por demais abrangentes formulados pelo STJ nos casos da Chacina do Candelária e Aída Curi, devem ser observados com parcimônia, sob pena de ameaça às liberdades comunicativas, à história e à memória coletiva. Há, contudo, um espaço legítimo para que ele seja tutelado, que não envolve risco tão significativo para estes bens jurídicos essenciais. Trata-se do campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, especialmente – mas não exclusivamente – no âmbito da informática.

Os critérios decisivos a serem ponderados, portanto, pelas instâncias jurisdicionais são aqueles concernentes ao potencial de alcance do veículo e, principalmente, ao objetivo real da veiculação do conteúdo, parâmetros que são reconhecidos como de delicado manejo para que o Judiciário não avoque para si a abjeta função de arbitrário censor. Daí é que se extrairá o substrato para a sentença de procedência ou improcedência do pedido deduzido por aquele desejoso de ser deixado em paz ou, quando esse sossego tenha sido maculado, de obter reparação compatível com a ferida moral.

É preocupante, sob esse prisma, que o STJ, representado por sua Quarta Turma, ao apreciar dois casos com a mesma empresa de televisão no polo passivo, tenha deferido o direito ao esquecimento em desfavor de um documentário que objetivava reconstituir criticamente uma persecução penal, mas tenha afastado o mesmíssimo direito em benefício de outro documentário com propósito sobejamente sensacionalista.

Essa instabilidade de posicionamento, decerto, pode ser parcialmente atribuída à contemporaneidade do instituto em comento – o direito ao esquecimento –, quadro que tende a ser alterado em decorrência do influxo de outros elementos de color jurídico e garantista para a arena das discussões sobre a implementação das medidas desafiadas.

Não custa trazer a tona o fato de características do cenário nacional tornarem especialmente grave o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos formulados pelo STJ. Pode-se dizer que o problema brasileiro não é de excesso de memória, mas de amnésia coletiva. Fatos embaraçosos da nossa trajetória são, com frequência, “empurrados para debaixo do tapete”,



recobertos por um véu de silêncio e olvido.

É sem dúvida benfazeja a inauguração do debate sobre a incidência do direito ao esquecimento no Brasil, descortinada, nomeadamente, pelos precedentes do STJ. O desafio agora posto dialoga com a necessidade de se buscar com afincos o amadurecimento teórico e prático desse novo direito, tarefa com a qual o presente artigo científico espera ter contribuído, ainda que minimamente.

Válido mencionar, por fim, que foram interpostos recursos contra ambas as decisões para o Supremo Tribunal Federal, distribuídos, respectivamente, aos Ministros Celso de Mello (caso Chacina do Candelária, Agravo em Recurso Extraordinário n. 789.246) e José Antônio Dias Toffoli (caso Aída Curi, Agravo em Recurso Extraordinário n. 833.248). Nesse último processo, já houve, inclusive, o reconhecimento pela Suprema Corte da repercussão geral do recurso extraordinário.

6 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito surgiu da premente necessidade de alteração das normativas regentes da relação indivíduo-Estado. O desenvolvimento desta nova estrutura organizacional, social, política, normativa e cultural foi imprescindível ao reconhecimento dos direitos fundamentais e à sua inserção nas Cartas Magnas dos países ditos democráticos.

Fala-se, ademais, na Constituição Federal de 1988, que previu, expressamente, em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Nesse mister, o Título II, Capítulo I, que versa sobre os direitos e garantias individuais e coletivos, inaugurou um rol, iniciado pelo art. 5º, de premissas da mais alta relevância.

Tem-se por instalada no Brasil a reflexão sobre o direito ao esquecimento com a recente aprovação do Enunciado n. 531 na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo teor consubstancia: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

A primeira vista, o direito à informação positivado no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e art. 220, § 1º, ambos da CF, apresenta-se como pressuposto limitador do chamado direito de ser olvidado. Percebe-se, outrossim, que este é igualmente essencial ao desenvolvimento da personalidade humana, sendo a



sua coexistência e ponderação junto ao direito ao esquecimento imprescindível ao desenvolvimento de um sistema constitucional democrático.

As polêmicas de há muito tempo associadas ao conflito entre a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à vida privada, à preservação da honra e da imagem, colisão que está na base da consecução do direito ao esquecimento, caminham na direção de uma máxima complexidade no modelo social atual, caracterizado pelo alastramento incontrolável da notícia e – pior – da não notícia. O mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o não menos legítimo interesse de se “fazer revelar”.

Constata-se que, pela curiosidade científica que a matéria desperta, o direito ao esquecimento trilha para ocupar, em um curto espaço de tempo, lugar de destaque nas discussões acadêmicas e forenses pátrias, mirando a sua temperada aplicação, notadamente em concordância com as pilastras constitucionais do direito-dever de informar e de informar-se, bem assim da vedação da censura.

O *leading case* apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que se convencionou denominar caso *Lebach*, recebe especial destaque, tendo expostos os aspectos fáticos mais relevantes e o latente conflito entre a liberdade de radiodifusão, de um lado, e a proteção à personalidade, de outro.

O Superior Tribunal de Justiça, distante quarenta anos da concretização lavrada pelo sodalício alemão, depara-se com dois casos envolvendo o direito ao esquecimento, que se convencionou chamar “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”.

Ao emitir provimento judicial em ambas as ocasiões, constata-se que a dificuldade principal da Corte Superior para a concessão do direito ao esquecimento reside no fato desse exigir do Poder Judiciário atitude que perigosamente se aproxima da censura quanto à disseminação de informações verdadeiras, de interesse público e relativas a personagens que, se não públicos, pelo menos exerceram algum tipo de papel em episódios socialmente relevantes.

Nessa realidade em que mesmo os estudiosos se veem absortos, sem saber em que sentido proceder, é compreensível que as instituições, inclusive o Poder Judiciário, ainda estejam a tatear, tentando construir novas ferramentas que possam fazer frente aos anseios dos meios de comunicação



por liberdade, mas também às expectativas de uma cada vez mais exposta e fragilizada individualidade humana.

Busca-se, portanto, lançar luzes sobre o instituto que deu os seus primeiros passos no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de um ano, com vistas a alumiar e, com isso, estimular a produção acadêmica e doutrinária em torno do feito, bem como servir de lastro aos magistrados que, cada vez mais frequentemente, se deparam com demandas relacionadas ao tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Professor analisa constitucionalidade da invocação do direito ao esquecimento – Para Daniel Sarmento, é lícita a conduta da imprensa de divulgar, discutir ou encenar fatos de interesse público ocorridos no passado. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Google aplica direito de ser esquecido só em seus sites europeus. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/01/google-aplica-direito-de-ser-esquecido-so-em-seus-sites-europeus.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTELLANO, Pere Simón. The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate. **Lex Electronica**, vol. 16.1, Winter 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura. v. 2. Trad. Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos**



fundamentais. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e Privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, 2008.

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

This scientific work has the main objective to shed light on the newly opened application of the right to be forgotten in Brazil, from a study of the fundamental rights which the underlying, in the case above, however, the basis for your understanding, namely, the democratic rule of law, the principle of human dignity and its main limiting factor, the right to information. Entering is effectively the theme of the right to oblivion, brings to the fore the international events on the postulate, giving special attention to the leading case considered by the German Constitutional Court, the case Lebach. Therefore, we draw a comparison between the previous Brazilian Superior Court of Justice and that coming from the German Federal Constitutional Court. Therefore, it is presented initially a factual summary and rules of the cases that led to the topic of discussion in



Brazil, namely, the Slaughter of Candelaria and the case Aida Curi. Last but not least, after the enumeration of general and specific criteria aimed at resolution of collisions between fundamental rights involved in the realization of the right to oblivion, it is a critical analysis about the implementation of precursor postulated by the Superior Court of Justice.

Keywords: The right to be forgotten. Fundamental rights. Collision. Leading case. Superior Court of Justice.

