

Análise do direito fundamental ao esquecimento sob a ótica do Recurso Especial 1.334.097/RJ

Analysis of the fundamental right to be forgotten in the especial recourse 1.334.097/RJ

Manuella Rocha Magi*¹

Resumo

O presente artigo tem como fito analisar, com base na globalização que permeia o século XXI e na sociedade do hiperinformacionismo, em que há uma ausência de limites os quais detalhem pormenores no que tange se uma informação é de cunho público ou privado, o direito ao esquecimento. Destaca-se a influência de precedentes alienígenas na construção pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.334.097/RJ, dos contornos e características deste direito de ser deixado em paz, ou seja, direito em que se garante, com base na dignidade do ser humano, que informações pessoais não se eternizem no tempo. A metodologia utilizada é o estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa, quanto ao tipo bibliográfica, incluindo não apenas obras jurídicas nacionais e estrangeiras, mas também de textos científicos das Ciências Sociais e Políticas que abordam o assunto em análise.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Tempo; Direito ao esquecimento; Liberdade; Privacidade

Abstract

This article aims to analysis the right to be forgotten into the world globalization in the XXI century and the exaggerated information's society, where there are no limits that shows in details if an information is public or private. Stands out the influence that alien precedents construction by the Special Supreme Court in the Appeal 1.334.097/RJ, the contours and features of this right to be left alone, which means the right that ensures that, based on human dignity, personal information that is not eternized on the time. The methodology used in this article was a study descriptive-analytic, developed through research, as the type bibliographic, including not only legal national and international articles, but also, scientific texts that comes from the social and political sciences that address the subject in question.

Keywords: Fundamental Right; Time; Right to be forgotten; Liberty; Privacy

Introdução

A Constituição federal de 1988 consagra como direito basilar do homem enquanto ser social, a liberdade de expressão, que pode ser entendida como a possibilidade de tornar público pensamentos e opiniões a cerca de múltiplos assuntos, garantindo uma sociedade plural, e avalizando, em última análise a soberania popular. Conforme enuncia Sarmento (2006), a liberdade de expressão é vista não apenas como

¹ Mestranda em Direito Constitucional na UNIFOR- Universidade de Fortaleza, Bolsista do Programa de incentivo a pesquisa FUNCAP, Pós Graduação em Direito Processual Civil e Gestão Processual na ESMEC- Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará; Graduação em direito na UNIFOR- Universidade de Fortaleza.

um fim em si, mas como um meio para obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade. Complementa Rebbholz (1940, p. 23) “the right has been defined as embracing the liberty to discuss publicly and truthfully all matters of public concern without previous restraint or fear of subsequent punishment”²

No mesmo diapasão, a Norma Máxima em seu artigo 5º, inciso X e artigo 220 parágrafo 1º também protege, buscando complementariedade com direito supraposto, o direito à intimidade, à privacidade, a honra e a imagem das pessoas. Assim, como corolário da dignidade humana, o homem tem o direito de resguardar para si aspectos de sua vida os quais não deseja apresentar ao meio em que vive. Ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior (1993, p. 440),

A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão.

Diante desta proteção constitucional a direitos em tese antagônicos, surge a necessidade de possuir meios que, em concreto, objetive a ponderação dos interesses apresentados, com vista a uma solução justa e equitativa sem que haja a eliminação completa da proteção despendida a nenhum destes direitos. Complementa Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p.266),

A estrutura da argumentação empregada no juízo ponderativo propriamente dito é peculiar, uma vez que em tal modelo o intérprete, após concluir no sentido da conformidade dos fatos com os conceitos delineados em duas normas que apontam para soluções antagônicas, interroga-se sobre a importância de tutelar os bens e interesses em conflito nas circunstâncias que se apresentam, a fim de determinar qual delas deverá ser aplicada.

Neste contexto protecionista a direitos múltiplos, como reflexo direto da globalização que permeia o século XXI, tem-se o aperfeiçoamento dos meios de difusão de dados pessoais de caráter privado tanto pelos instrumentos midiáticos, como pela internet, não obstante pelo próprio titular da informação. A liberdade de expressão e de informação irrestritas tem garantido que fatos marcantes na vida das pessoas se permeiem no tempo e emanem seus reflexos indefinidamente.

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado,

² O direito fora definido como a possibilidade de haver uma liberdade no discurso público e sincero sobre todas as questões públicas preocupantes sem limitação prévia ou medo de punição subsequente.

edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

Nesta toada, cria-se a idéia de uma ausência absoluta de barreiras entre a publicização de informações e a necessidade de garantia da privacidade. A sociedade contemporânea tende a autorizar implicitamente em prol da diversidade social a ausência de limites definidores da informação de cunho público e de privado. Para BAUMAN (2013), surge uma sociedade confessional baseada em uma modernidade líquida, no qual há a abertura ampla da arena pública aos interesses privado e vice versa.

Na era das mídias eletrônicas, a igualdade é realizada enquanto possibilidade para que cada um emita para todos; a liberdade é objetivada por meio de programas de codificação e do acesso trans-fronteiriço a diversas comunidades virtuais; a fraternidade, enfim, transparece na interconexão mundial. (LÉVY, 1999, p. 245)

A exposição exacerbada da vida privada das pessoas ao público em geral tem como consectário lógico a expropriação da intimidade por terceiros sem que haja um controle efetivo sob os desdobramentos desta liberdade adquirida tacitamente. Fatos antes inerentes a situações vexatórias do ser humano e que permaneciam sob sua égide e controle, passam a pertencer ao meio social, transformando-se, muitas vezes em mercadoria para consumo e deleite da sociedade.

Dessa enorme e massiva difusão de acesso a nova tecnologia de comunicação global, surgiram grandes evoluções em todos os campos, seja social ou científico. Porém, também a partir dessa mesma facilidade de acesso as tecnologias também surgiram grandes problemas, principalmente no que se diz respeito à convivência em sociedade. (ASSIS, 2013, *on line*)

Esse hiperinformacionismo desenfreado caracterizador da era tecnológica tende a fazer propagar no tempo fatos da vida os quais o autor desejava esquecer, havendo por vezes a utilização destes dados por anônimos não autorizados. Destarte, será possível se deparar com situações concretas no qual há uma agressão inconteste a dignidade do ser humano, que constantemente e a qualquer tempo pode ser lembrado individualmente e em seu seio social de situações ímpares de seu cotidiano que trazem para si vergonha, dor e que maculam sua imagem.

Essa tem sido uma importante- se não a mais importante- face do atual processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade, e o que estarrece é

perceber certo sentimento difuso de conformismo, quando se assiste a olhos nus a perda de bens caros ao ser humano, conquistados não sem enorme esforço por gerações passadas; sentimento difundido por inédita “filosofia tecnológica” do tempo atual pautada na permissividade, para a qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

Neste contexto social e jurídico, como decorrência direta do direito a privacidade e a intimidade surge a imprescindibilidade de proteger a propagação sem limites de fatos e informações da vida íntima do homem como decorrência da proteção a dignidade humana.

A velocidade como as informações circulam não permite mais que pensemos tão somente em mecanismos de abstenção ou repressão, mas de meios eficazes para evitar os abusos e excluí-los, ou impedir que gerem prejuízos continuados ou mais gravesos. (RULLI JUNIOR, RULLI NETO, 2012, p. 419)

A metodologia utilizada fora um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa, quanto ao tipo bibliográfica, incluindo não apenas obras jurídicas, mas também das Ciências Sociais e Políticas que abordam o assunto em análise, assim como artigos de revistas especializadas nestas áreas, dissertações, relatórios e informações constantes em sítios eletrônicos oficiais; e documental, abrangendo o estudo de normas nacionais e internacionais, bem como dados publicados por fontes oficiais.

1Direito ao Esquecimento

No contexto socioeconômico moderno, em que existe a tutela constitucional ao direito a liberdade de expressão e não obstante, a intimidade do ser humano, a dinâmica do conhecimento de informações privadas pelo seio social em que está inserido o homem leva a necessidade da tutela específica de um direito no qual se assegure ao cidadão que fatos e informações específicas da vida íntima e que tragam um sentimento de vergonha ou que maculem sua honra na sociedade não sejam constantemente lembrados.

Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, se choca com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da

proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.(BRASIL, 2013, Resp 1.335.153/RJ)

O direito ao esquecimento pode ser entendido como aquele em que se garante, com base na dignidade do ser humano, que informações pessoais não se eternizem, garantindo que todos tenham a prerrogativa de serem deixados em paz. Uma informação não pode ser, após longo decurso de tempo, trazida a tona por terceiros não autorizados, ao público, sob pena de mácula constante ao foro íntimo do ser humano.

Embora não exista, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (bastaria recordar que a inserção da dignidade no direito constitucional positivo é fenômeno bem mais recente, em contraste com o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais), na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável- embora não exclusiva!- vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos. (SARLET, 2011, p.561-562)

Tem-se a consagração do fator tempo como agente estabilizador das relações sociais, garantindo-se segurança e previsibilidade ao futuro. Destarte, o direito cria institutos, como prescrição, decadência, anistia que consagram a passagem do tempo como meio de proteger direitos individuais. Traz o Ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097) que, *Tempo e Direito, portanto, são fenômenos que guardam relação intrínseca, de modo que tanto o Direito confere significado à passagem do tempo, quanto este interfere na manifestação do direito.*

O direito ao esquecimento, nesta toada, pode ser caracterizado como aquele em que se consagra a impossibilidade de informações pessoais, principalmente pertinentes a fatos criminosos preexistentes, serem apresentadas na sociedade depois de extenso lapso temporal. Quando trata do imperativo humano do esquecimento Ricoeur (1999,p. 8) enuncia *el deber de la memória parece consistir en luchar contra el olvido. Éste se presenta como una amenazando trata de recuperarse el pasado.* Destarte, por haver ausência de contemporaneidade do fato lembrado, percebe-se a existência incontestável de um direito de ser deixado em paz com o fito de que as lembranças indesejadas não conturbem a progressão natural da vida.

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, somos 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 recair no esquecimento e no anonimato. (OST, 2005, p. 160)

Não obstante, a aplicação do *right do be forgotten* em matéria cível, ser um tema que trava discussões hodiernas nos Tribunais Superiores Brasileiros, há antigos precedentes emblemáticos nas Cortes alienígenas, principalmente França, Alemanha, Suíça e Estados Unidos, que consagram essa importante proteção ao patrimônio moral de cada pessoa consubstanciando-se na negativa do direito de publicar fatos pretéritos privados mesmo que imbuído de boa fé.

Como viga mestra da proteção ao conteúdo deste direito, tem-se o caso Marlene Dietrich, na França, no final do século XIX, neste o cerne da matéria a ser protegida fora resguardada na Corte parisiense.

Um affaire envolvendo a atriz Marlene Dietrich viria a ser indicado como uma das pedras fundamentais da construção do muro da privacidade. (...) Também nos traz à memória, importante decisão do Tribunal de Paris, quando reconheceu expressamente que as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem a intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida. (DOTTI, 1980, p.92)

O Tribunal Norte Americano do Estado da Califórnia, no Caso Melvin vs. Reid, em 1931, traz imprescindível julgamento no qual, com base no direito à felicidade, estipula reparação financeira em prol de Gabrielle Darley. Isto tudo, devido ter sido produzido um filme que retratava época da vida em que se prostituía e cometera um homicídio. A Corte Americana entendeu que a todos é garantido a possibilidade de reparação dos erros passados e que, após 13 anos do fato, Gabrielle não poderia ser atacada em sua reputação.

In Melvin v. Reid decided in 1931, for example, a homemaker, who had once worked as a prostitute and been wrongly accused of murder, became the subject of a feature film (“The Red Kimono”) seven years after her acquittal, based on the facts of her trial. Although not specifically referencing a right to be forgotten, the court, permitting suit against the film-maker, noted: “one of the major objectives of society as it is now constituted, and of the administration of our penal system, is the rehabilitation of the fallen and the reformation of the criminal.” The court held that the unnecessary use of the plaintiff’s real name inhibited her right to obtain rehabilitation.³(BENNETT, 2012, p.170)

³ No caso Melvin v. Reid decidido em 1931, por exemplo, uma dona de casa que trabalhara como prostituta e fora acusada de homicídio, tornou-se a protagonista de um longa metragem (“O Kimono Vermelho”) sete anos após sua absorção, este baseado em seu julgamento. Apesar de não ter havido a referência específica ao direito ao esquecimento, a Corte permitiu a ação contra o cineasta, nestes termos: “um dos maiores objetivos da sociedade hoje constituída, e da administração do nosso sistema penal, é a reabilitação daquele que fálhou e a reformação do criminoso.” A corte considerou desnecessário o uso do nome verdadeiro desta inibindo o seu direito de reabilitação.

Neste precedente percebe-se a instituição do direito fundamental como imprescindível para a manutenção do cotidiano regular de Gabrielle Darlet, que sobretudo fora absolvida, não podendo uma acusação interferir sobremaneira na continuação estável da vida.

Em 1931, o Tribunal de Apelação da Califórnia, no importante caso *Melvin versus Reid*, reconheceu a existência de um direito ao esquecimento em favor de Gabrielle Darley, uma ex-prostituta que no passado fora acusada de homicídio, porém absolvida em 1918. Posteriormente ela se casou com Bernard Melvin, levando uma vida digna e honrada e merecendo a admiração e o bom conceito das pessoas conhecidas. Em 1925, um produtor de cinema de nome Reid fez um filme baseado na biografia daquela mulher, com destaques para as suas características sensuais e o processo criminal a que respondera. Aquele tipo de publicidade causou enorme dor moral à apelante Gabrielle, com reflexos em sua saúde, levando-a a postular na Justiça uma reparação pela grave ofensa ao seu direito à intimidade da vida passada. E o tribunal condenou o autor do agravo a uma indenização como forma material de reparação, apesar de não se referir, literalmente, à existência de um direito ao esquecimento (DOTTI, 1980, p. 90-91)

Na Europa, precedentes também demonstram a importância da passagem do tempo como fator determinante na tranquilidade e na boa vida daquele que cometeu algum delito e que já cumpriu a dívida com a sociedade. No caso do inconveniente de ser publicamente lembrado de fatos desabonadores de sua consulta, a vítima desta agressão moral terá o direito a indenização.

Na Alemanha, em 1969, no caso *Lebach*, o Tribunal trouxe a importância da proteção constitucional da divulgação de informações ao público em geral. Em contrapartida firmou que, em um juízo de proporcionalidade, não seria possível que o direito supraposto ameaçasse a reintegração de criminoso a sociedade, garantindo que, com base no direito ao esquecimento, não fosse veiculado na TV alemã fatos sobre uma chacina pretérita ocorrida.

Em *Lebach*, 1969, um lugarejo situado na República Federal da Alemanha, ocorrera uma chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições, tendo sido condenados à prisão perpétua dois acusados, e um terceiro participe a 6 anos de reclusão. Uma TV alemã produziu, então, documentário que retrataria o crime mediante dramatização por atores contratados, em cuja veiculação, todavia, seriam apresentadas fotografias reais e os nomes de todos os condenados, inclusive as possíveis ligações homossexuais que existiam entre eles. O documentário seria apresentado em uma noite de sexta-feira, dias antes de o terceiro condenado deixar a prisão após o cumprimento da pena. Este pleiteou uma tutela liminar para que o programa não fosse exibido, arguindo a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição alemã. Ascendendo o caso até o Tribunal Constitucional alemão, a Corte decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a fotografia ou o nome do reclamante fossem expostos. (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

Em 1980, o Tribunal Federal Suíço reconheceu que o filho de um criminoso, o qual teve a vida e morte de seu pai documentada na TV suíça após 59 anos do fato, teria direito de não ser lembrado do trágico histórico. Destarte, garantiu reparação monetária pelo transtorno causado no documentário televisivo com base no *right to be forgotten*.

In with *Société Suisse*, the Swiss Federal Tribunal had to decide whether the son of a criminal sentenced to death in 1939 had the right to preclude the Swiss TV from broad casting in 1980 a documentary on his father's life and execution. The documentary relied on public official records, i.e. judicial proceedings and memories of survivors. The court found for the plaintiff and held that the documentary would unjustifiably violate plaintiff's privacy right to keep feelings as son from tampered. To a large extent, the court based its reasoning on the right to be forgotten⁴. (WERRO, 2009, p. 290)

Nas cortes alienígenas percebe-se que a Europa possui maior tradição de numa ponderação casuística reforçar, mesmo mitigando a liberdade de expressão, direitos que reafirmem o princípio da dignidade humana. Assim *in 2010, the European Commission, spearheaded by Viviane Reding, declared the right to be forgotten a pillar of the Data Protection Regulation (DP Regulation) the group was redrafting*⁵ (AMBROSE, AUSLOOS, 2013, p. 5-6). Não obstante, esse *right to be alone* também é consagrado nos precedentes americanos, embora haja uma predileção a otimização das liberdades públicas.

While a number of state constitutions expressly provide for a right to information privacy, the United States Constitution does not explicitly address information privacy. (...) The U.S. does, however, have an interesting intersection of laws, interests, and values related to a right to be forgotten⁶ (AMBROSE, AUSLOOS, 2013, p. 8).

No Brasil, o direito de ocultar-se já apresenta na legislação consumerista indícios protetivos, como por exemplo, tem-se um prazo máximo de 5 anos para que se

⁴ Na sociedade suíça, o Tribunal Federal Suíço decidiu que o filho de um criminoso sentenciado a morte em 1939 tinha o direito de processar a TV suíça por um documentário em 1980 no qual retratou a vida e execução de seu pai. O documentário retratou fatos oficiais, ex: procedimentos judiciais e memórias dos sobreviventes. A corte acatou o pedido do Autor, e trouxe que o documentário de forma injustificada violou a privacidade do Autor e trouxe a tona sentimentos os quais este gostaria de esquecer. Com vantagem ampla, a Corte baseou este julgamento do direito ao esquecimento.

⁵ Em 2010, em discurso na Comissão Europeia, Viviane Reding declarou o direito ao esquecimento como um pilar da regulação de proteção de dados no qual o grupo estava formulando.

⁶ Enquanto várias constituições expressamente protegem o direito a informação privada, a Constituição norte americana não traz expressamente este direito. (...) Mesmo assim a Constituição norte americana possui leis, interesses e valores correlacionados ao direito ao esquecimento.

retire dos órgãos de proteção ao crédito qualquer informação acerca de inadimplência. É indiscutível entretanto que se deu proteção especial ao direito ao esquecimento no âmbito penal, no qual com vistas a ressocialização daquele que comete ato criminoso, em uma política de reabilitação, fora consagrado o sigilo na folha de antecedentes, a exclusão do nome de terminais do instituto de identificação.

Na seara jurisprudencial, os tribunais pátrios também buscam que não haja uma perpetuação de informações que apenas tragam desconforto e venham ferir a dignidade humana. Assim, o interesse público acerca de um fato criminoso apenas pode perdurar até que haja a responsabilização dos autores, não sendo permitido a eternização sem propósito no tempo. Destarte, há uma tendência a proteger o direito ao esquecimento quando confrontado com a liberdade de expressão visando que as condutas desabonadoras não sejam lembradas constantemente por terceiros garantindo uma compensação monetária caso haja restrição deste direito de ser deixado em paz.

A doutrina pátria dando sustentáculo ao conteúdo material deste direito de não ser lembrado contra a sua vontade aprovou na VI Jornada de Direito Civil ao enunciado 531, tendo como objetivo fortalecer a necessidade de garantir esse *derecho al olvido*.

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 exdetento 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. (BRASIL, 2013, Enunciado 531)

Percebe-se então que não apenas os tribunais alienígenas, como também as cortes brasileiras, sempre tendo como limiar embazador o princípio da dignidade humana como vigas mestras de um direito à esperança, a prerrogativa de que o fator tempo estabilize o passado e permita o prosseguimento do cotidiano sem interferência da sombra de ter transgredido a vida social.

2 Análise crítica da decisão judicial paradigmática: Resp 1.334.097/RJ

Trata-se da análise crítica do julgamento ocorrido no Recurso Especial 1.334.097 de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual findou o processamento

no STJ e fora remetido ao STF para nova apreciação pelo Guardião da Constituição, conhecido na doutrina e na jurisprudência pátria como o caso da “Chacina da Candelária”.

Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

O precedente baseia-se no pleito de Jurandir Gomes de França a consagração do seu direito de ser deixado em paz em face da Globo Comunicações e Participações S/A, conforme traz o Ministro Relator (2013, Resp 1.334.097); *o autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que posteriormente fora inocentado.*

Denota-se que “não ser lembrado”, “ser esquecido” faz parte do conceito de dignidade humana, eis que muitas vezes as lembranças e as recordações trazem sofrimento e dor, e nem sempre possuem justificativas aceitáveis ou perdoáveis pelo próprio “eu”, e tudo o que se quer, é o direito de recomeçar, melhor dizendo, “começar de novo”, pois o recomeço parte daquilo que já passou e o começar anula o passado que possa ter existido, mesmo que apenas na mente, mas não na alma de seus partícipes. (FREITAS, PIRES, 2014, p. 163)

O Autor da ação de reparação de danos morais fora indiciado como coautor e partícipe dos homicídios praticados na cidade do Rio de Janeiro em 23 de julho de 1993 na Igreja da Candelária, no qual, policiais atiraram contra crianças que descansavam nas escadas da igreja. Ocorre que ao ser julgado pelo júri, o mesmo fora absolvido com base na negativa de autoria.

Em 2006, entretanto, com vistas a noticiar essa chacina a Rede Globo, no programa Linha Direta Justiça relembrou o ocorrido, retratando além do fato, a participação deste sem que houvesse qualquer autorização para uso de sua imagem. Destarte, o Proponente alegou que teve sua honra e imagem gravemente ferida por fato que já havia ocorrido em lapso temporal expressivo e que a lembrança no seio social prejudicou sobremaneira a reputação e convivência com os semelhantes.

Neste cenário de colisão de direitos fundamentais, o réu alegou que caso fosse acolhido da tese do direito ao esquecimento estar-se-ia tolhendo de forma agressiva a liberdade de imprensa e que haveria mácula ao direito de memória da sociedade, o que caracterizaria uma censura em época de modernidade.

Os direitos fundamentais resolvem conflitos entre os interesses dos particulares e o Estado, e fazem isto, essencialmente, defendendo a pessoa humana contra os interesses estatais, o que não deve ser entendido como uma negação do Estado, senão como sua submissão aos interesses dos particulares. (LOPES, 2001, p.106)

O STJ então enfrentou o tema realizando uma ponderação de interesses *in concreto* com vistas a equilibrar de um lado a liberdade de expressão e de outro, a privacidade e intimidade não ferindo de forma absoluta nenhum desses direitos.

Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma **inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana**, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.(grifo do autor) (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

Quanto a historicidade do fato e o direito a memória coletiva, o STJ reafirma a importância do cenário informativo da imprensa, principalmente, no que tange a crimes históricos de grande repercussão. Nestes termos, o Relator (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097) afirma *não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época.*

Los derechos fundamentales constituyen lá principal garantía con que cuentan losciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y lá promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolaria de la componente social y colectiva de la vida humana.(LUÑO, 2007,p.20)

O direito a memória seria na visão de Rogério Gesta Leal (2012, p. 62), *a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de escolha.*

A Corte Superior de Justiça em um juízo de otimização reitera que deve ser preservada a história de um povo, porém também é imprescindível considerar que nenhum direito é absoluto. Nesta toada, caso não haja a necessidade de trazer a público nome dos autores, e ainda assim o fato possa ser contado, o direito ao esquecimento deve ser preservado.

Com efeito, a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa das mencionadas vicissitudes, e, por isso, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar **permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado.** (grifo do autor) (BRASIL, 2013, Resp 1.334.097)

Destarte percebe-se que, o STJ fora instigado a analisar pontos polêmicos a cerca do *right to be forgotten*, ratificando que o Brasil, assim como as Cortes Estrangeiras, também consagra esse direito de não ser lembrado, principalmente, visando, em casos criminais, a reabilitação e reintegração do malfeitor a sociedade.

Conclusão

Em um cenário de modernidade flúida, caracterizada por um hiperinformacionismo, percebe-se um limiar estreito entre as informações consideradas públicas e aquelas que pertencem ao foro íntimo do indivíduo. Essa confusão aparente traz a necessidade do ordenamento jurídico tutelar direitos que preservem a intimidade e vida privada das pessoas, sem contudo, restringir em demasia a liberdade histórica consagrada no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Neste contexto, baseando-se em precedentes oriundos da jurisprudência comparada, em especial, França, Alemanha, Suíça e Estados Unidos, o Poder Judiciário Brasileiro fora instigado a discutir e delimitar os parâmetros do direito ao esquecimento, o fazendo com primazia no Recurso Especial 1.334.097/RJ de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o qual fora analisado neste artigo científico.

Conclui-se que na tentativa de preservar o foro íntimo, consagrou-se o *right to be forgotten*, no sentido de reconhecer o fator tempo como meio determinante e estabilizador das relações pretéritas. Destarte, não será possível trazer ao público em geral, mesmo que imbuído de boa-fé, sem que haja autorização, fatos da vida privada que ocorreram em um passado distante, principalmente caso haja correlação com a prática de delitos. Isso tudo, estatuindo a possibilidade do ser humano ser reintegrado ao meio social, em uma clara preservação do direito a esperança.

Propõe-se outrossim que, no caso concreto, seja sopesado a necessidade de, além de preservar o direito de ser deixado em paz, que esteja sendo observado a historicidade dos fatos pretéritos que tenham importância impar à sociedade, nesta toada, histórias podem ser narradas desde que seja obedecido alguns contornos, como

por exemplo que não haja a veiculação de imagens atuais dos acusados, nem mesmo informações de foro íntimo, como profissão, endereço, nome de familiares, dentre outros. Destarte estar-se-ia garantindo a intimidade sempre observando a necessidade de a sociedade ser informada

Referências

AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The right to be forgotten across the pond. In: **Jornal of Information Policy**, Estados Unidos, v.3, p. 1-23, 2013, Disponível em <http://jip.vhost.psu.edu/ojs/index.php/jip/article/viewArticle/119>. Acesso em 09 de maio 2014.

ASSIS, José Francisco de. Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em 07 abr 2014.

BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos- e outras baixas colaterais da modernidade líquida. In **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENNET, Steven. The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives. In **Berkeley Journal of International Law**, USA: V. 30, p. 161-194, 2012. Disponível em:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1429&context=bjil&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dmelvin%2Bversus%2B Reid%2Bright%2Bto%2Bbe%2Bforgotten%26btnG%3D%26lr%3D#search=%22melvin%20versus%20reid%20right%20forgotten%22>.

Acesso em 15 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28/05/2013 . Disponível em <http://www.stj.gov.br> . Acesso em 08 de abril 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28/05/2013 . Disponível em <http://www.stj.gov.br> . Acesso em 20 de abril 2014.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531**. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf. Acesso em 23 de abril de 2014.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampáio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. In **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 07 Abr. 2014.

FREITAS, Riva Sobrado de; PIRES, Mixilini Chemin. O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana. In Unoesc International Legal Seminar, v.2,n.1, p. 157-172, fev. 2014. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/3994/2141>. Acesso em 28 de Abr. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed.34, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.(Colección: temas clave de la Constitución española).

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REBHOLZ, Edward. Freedom of Speech. In **Maquette Law Review**. USA: v.25, p.23, 1940. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/marqlr25&div=10&id=&page>. Acesso em 09 de novembro de 2013.

RULLI JUNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa: Instituto do Direito Brasileiro, 2012. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf. Acesso em 14 de abril de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 561-595

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberdade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

WERRO, Franz, The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash In: **Liability in the third millennium**. Georgetown: Georgetown Public Law Research Paper, 2009, p. 285-300. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1401357>. Acesso em 16 de abril de 2014.