

Denise Pinheiro

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PASSADO:
DESCONSTRUÇÃO DA IDEIA DE UM DIREITO AO
ESQUECIMENTO**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Finheiro, Denise

A liberdade de expressão e o passado : Desconstrução da
ideia de um direito ao esquecimento / Denise Finheiro ;
orientador, João dos Passos Martins Neto - Florianópolis,
SC, 2016.
287 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Liberdade de expressão. 3. Direito ao
esquecimento. 4. Passado. 5. Memória. I. Martins Neto, João
dos Passos. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento

DENISE PINHEIRO

ta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
UFSC – Orientador



Prof. Dr. César Luiz Pasold
UNIVALI – Membro



Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
UFSC – Membro



Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier
UDESC – Membro



Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC – Membro



Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
UFSC – Membro



Prof. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.
Coordenador do PPGD

Aos meus amores, Hector e Mateus.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor João dos Passos Martins Neto, por toda a inteligência, dedicação, perspicácia, humildade e gentileza durante a orientação, sempre precisa e com o ajuste ideal, deixando-me livre para o desenvolver das ideias e organizando os meus pensamentos apresentados de forma nada linear. Ainda, pelo apoio, sensibilidade, acolhimento e carinho, que me permitiu conciliar esta exigente atividade acadêmica com momento da vida tão especial e único que é a maternidade. Muito obrigada por me possibilitar ser mãe em toda a plenitude, também neste período. Obrigada pela confiança. O meu reconhecimento, a minha admiração e a minha gratidão são imensuráveis.

À Universidade Federal de Santa Catarina, que me propiciou a graduação, o mestrado e o doutorado. Que eu saiba retribuir, que eu seja socialmente útil e que eu gere benefícios.

À Universidade do Estado de Santa Catarina, que acredita na capacitação contínua dos seus docentes. Que eu, especialmente, por intermédio dos meus queridos alunos, consiga retribuir o investimento e as expectativas.

À Université de Strasbourg e à Professora Dra. Kathia Martin-Chenut, pela recepção e orientação no desenvolvimento de parte da pesquisa, durante a realização de doutorado sanduíche.

À Professora Dra. Cláudia Perrone Moises da Universidade de São Paulo, especialmente, por ter viabilizado o contato com a Professora Dra. Kathia Martin-Chenut.

Aos professores componentes da banca de defesa prévia, importantes para o resultado final do presente estudo. Assim, agradeço ao Professor Dr. José Isaac Pilati, Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo, Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Professor Dr. Rafael Peteffi da Silva pela leitura cuidadosa, pela análise crítica e pelas sugestões.

Aos professores que compõem a banca da defesa final, pela disponibilidade e pelo comprometimento com a conclusão desta etapa.

Agradeço, portanto, novamente, ao Professor Dr. José Isaac Pilati, Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Professor Dr. Rafael Peteffi da Silva e Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo. Do mesmo modo, agradeço à Professora Dra. Clerilei Aparecida Bier, ao Professor Dr. Cesar Luiz Pasold e Professor Dr. Claudio Ladeira de Oliveira.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, o que faço em nome dos servidores Fabiano Dauwe e Maria Aparecida Oliveira.

Ao meu marido, Hector, pela parceria, pelas conversas, pelas risadas, pelos momentos sublimes, pela torcida, pelo projeto de vida, refletidos nesta tese.

Ao meu filho, Mateus, por me rerepresentar ao viver, por aflorar sentimentos indescritíveis e por me prover da energia necessária para seguir com felicidade e coragem.

À minha mãe, Maria Catarina, e ao meu pai, José Tadeu, por permanecerem no papel de pais amorosos, próximos, presentes, cuidadores das filhas, sem medir esforços pela nossa felicidade e vibrando com a realização de nossos sonhos.

À minha irmã, Julieta, pela partilha do caminho, que, juntamente, com o meu cunhado, Daniel, também pensaram comigo sobre o lembrar, o esquecer, o permitir e o proibir.

À Amelié, à Charlotte e ao Pierre pelo carinho, paciência e compreensão.

E, por fim, agradeço aos amigos, pela importância do encontro, da troca e do afeto. Ainda que correndo o risco de deixar de citar alguém, não posso deixar de registrar a minha gratidão, pelo apoio e pela presença (contínua ou pontual, não importa, pois sempre decisiva), para Ademar Pozzatti Júnior, Adrián Sánchez Abraham, Adriana Ramme, André Zacchi, Denise Sousa Amorim, Dóris Ghilardi, Giselle Meira Kersten, Isabela Medeiros, Jacqueline da Silva de Conto Francisco, Luana Renostro Heinen, Marcele de Freitas Emerim, Melissa Ely Melo e Yass Ulad.

“Some have gone and some remain”
(The Beatles)

RESUMO

O direito fundamental à liberdade de expressão, o qual abrange a livre manifestação do pensamento e o acesso às informações, tutela, em regra, as narrativas sobre o passado, as quais são imprescindíveis para a promoção do conhecimento, da história e da cultura. É mediante a liberdade de expressão que se atende à necessidade humana de composição das memórias, ainda que se reconheça a impossibilidade da reprodução exata do já acontecido. Não obstante a importância da conexão com o passado, a ideia de um direito ao esquecimento vem se fortalecendo por meio de farta doutrina e de decisões judiciais, que têm recebido grande repercussão. O direito ao esquecimento é apresentado como o direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (acessível mediante a internet), um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função de sua perturbação à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação. A informação lícita torna-se, portanto, ilícita pela fluência de um lapso temporal. A ausência de contemporaneidade é, então, o elemento responsável por esta metamorfose, já que a passagem do tempo deslegitimaria a retomada da informação, segundo a doutrina nacional, através de três possíveis fundamentos: autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana; direito ao esquecimento como uma faceta atual do direito à privacidade; autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação ligada à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados, etc. Trata-se, aparentemente, de uma tentativa de proteger o indivíduo de seu próprio passado, impedindo e sancionando novos relatos acerca de experiências pretéritas negativas. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro um direito com tais características, bem como é inadequada qualquer formatação neste sentido. Há uma flagrante violação à liberdade de expressão, facilmente dedutível da Constituição da República Federativa do Brasil que veda toda e qualquer censura de natureza política, artística e ideológica, não sendo admissível, assim, a proibição de se versar sobre fatos do passado, especialmente, quando já tiverem se tornado públicos licitamente. Ademais, não apenas é equivocada a censura prévia de comunicação que de forma legítima narre o passado como o é, igualmente, a sanção posterior materializada por meio de uma condenação ao pagamento de uma indenização. Está-se diante de exercício regular de direito, logo, um ato lícito que não pode

ser fato gerador de uma obrigação reparatória, haja vista cuidar-se de hipótese de responsabilidade civil subjetiva, ou seja, fundada na ideia de culpa. É decisivo registrar que estão ausentes antijuricidade, ilicitude, bem como inexistente dano ressarcível. Indaga-se, então, como se chegou às condenações, observando e examinando-se criticamente a teoria dos princípios e o método ponderacionista. Por fim, aprofunda-se a relação entre liberdade de expressão e passado, defendendo a possibilidade de redivulgações das informações que já tiverem ingressado na esfera pública licitamente. A tese está dividida em três capítulos. O primeiro apresenta o direito ao esquecimento como um elemento de restrição à liberdade de expressão. O segundo capítulo examina criticamente os argumentos favoráveis ao direito ao esquecimento. E o terceiro capítulo, fundamentado, especialmente na liberdade de expressão, não apenas reforça o equívoco de se pensar em uma ideia de negação das memórias, como estabelece parâmetros para a abordagem dos fatos do passado. O método de abordagem foi o dedutivo, o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chaves: liberdade de expressão – direito ao esquecimento – passado – privacidade - responsabilidade civil – ponderação.

RÉSUMÉ

Le droit fondamental à la liberté d'expression, qui comprend la libre manifestation de la pensée et l'accès aux informations, contrôle, en général, les récits concernant le passé qui sont indispensables à la promotion de la connaissance, de l'histoire et de la culture. C'est par la liberté d'expression que l'on répond au besoin humain de composition des souvenirs, bien que l'on reconnaisse l'impossibilité de reproduire exactement ce qui s'est déjà passé. Malgré l'importance de la connexion avec le passé, l'idée d'un droit à l'oubli s'est renforcée grâce à une importante doctrine et des décisions judiciaires qui ont une grande répercussion dans la société. Le droit à l'oubli est présenté comme étant le droit de ne pas s'être souvenu, lors d'une communication actuelle ou même dans une information passée (accessible sur internet), d'un fait du passé mais connu comme étant vrai et rendu public, à l'époque, d'une manière légale, en raison des bouleversements apportés dans le présent de la vie de(s) personne(s) affectée(s) par ladite communication. L'information légale devient, donc, illicite dans une certaine période. L'absence de contemporanéité est, donc, l'élément responsable de cette métamorphose, puisque le passage du temps délégitimerait la reprise de l'information, selon la doctrine nationale, pour trois raisons possibles: l'autonomie du droit à l'oubli, sur la base de la dignité de la personne humaine; le droit à l'oubli en tant que facette actuelle du droit à la vie privée; l'autonomie du droit à l'oubli, résultant d'un multiple embasement lié au passage du temps, comme la prescription, l'amnistie, la réhabilitation criminelle, le délai maximal de conservation d'informations dans des banques de données, etc. Apparemment, il s'agit d'une tentative visant à protéger l'individu de son propre passé, en sanctionnant et en empêchant de nouveaux récits concernant d'anciens rapportant des expériences passées négatives. Il n'y a aucun droit, dans le système juridique brésilien, qui possède ces caractéristiques et toute idée allant dans ce sens est inappropriée. Il y a une violation flagrante de la liberté d'expression, que l'on peut facilement déduire de la Constitution de la République Fédérative du Brésil, qui interdit toute censure politique, artistique ou idéologique. Ainsi, l'interdiction de parler de faits du passé n'est pas admissible, spécialement quand, légalement, ils sont devenus publics. De plus, censurer préalablement une communication qui, légitimement, narre le passé, est une erreur, comme l'est aussi la sanction qui condamne postérieurement à payer des dommages et intérêts. On se trouve devant un exercice régulier de droit, et donc, un acte légal qui ne peut pas engendrer une réparation, étant

donné qu'il s'agit d'une hypothèse de responsabilité civile subjective, c'est-à-dire, fondée sur l'idée de culpabilité. Il est important de noter que l'on ne trouve ni violation de droit, ni illicéité et qu'il n'y a aucun dommage à réparer. Il faut se demander, alors, comment on en est arrivés aux condamnations, en observant et en examinant d'une manière critique la théorie des principes et la méthode de mise en balance du droit dans un conflit. Finalement, on approfondit le rapport entre liberté d'expression et passé, en défendant la possibilité de redivulguer des informations qui sont déjà entrées légalement dans la sphère publique. La thèse est divisée en trois chapitres. Le premier présente le droit à l'oubli comme élément de restriction de la liberté d'expression. Le deuxième chapitre examine critiqueusement les arguments en faveur du droit à l'oubli. Et le troisième chapitre, spécialement fondé sur la liberté d'expression, non seulement renforce l'équivoque de penser à une idée de négation des mémoires, mais aussi établit des paramètres en vue de l'approche des faits du passé. La méthode d'approche a été déductive, la méthode de procédure a été la technique de recherche monographique, bibliographique et documentaire.

Mots-clés : liberté d'expression – droit à l'oubli – passé – vie privée - responsabilité civile - mise en balance de droits fondamentaux.

ABSTRACT

The fundamental right to freedom of expression, which includes free expression of thought and access to information, in general protects the narratives about the past, which in turn are essential for the promotion of knowledge, history and culture. It is by means of freedom of expression that the human need for composition of memories is met, although it recognizes the impossibility of exact reproduction of what has already happened. Despite the importance of the connection with the past, the idea of the right to be forgotten has been strengthened through abundant doctrines and judicial decisions that have had major repercussions. The right to be forgotten is presented as the right to not have recalled in a current communication or even a past information (accessible via the internet) a fact about the past, although reputed as true and made public at the time lawfully, due to its disruption to the present lives of people affected by communication. The lawful information becomes therefore unlawful by the fluency of the lapse of time. The absence of contemporaneity is then the element responsible for this metamorphosis since, according to national doctrine, the passage of time makes illegitimate the resumption of information by means of three possible reasons: autonomy of the right to be forgotten, based on the dignity of the human person; the right to be forgotten as a current facet of the right to privacy; autonomy of the right to be forgotten, as the result of multiple reasons linked to the flow of time, such as prescription, amnesty, criminal rehabilitation, maximum period for keeping information in a database, etc. This is apparently an attempt to protect the individual from his own past, preventing and sanctioning new reports of former negative experiences. In the Brazilian legal system, a right with such characteristics does not exist, and any formatting in this regard is inadequate. There is a flagrant violation of the freedom of expression, easily deductible from the Constitution of the Federative Republic of Brazil, which prohibits any kind of political, artistic and ideological censorship, thus being inadmissible to ban the treatment of facts about the past, especially when they have already become public legally. Moreover, not only is it wrong the prior censorship of communication that legitimately narrates the past, as is the subsequent sanction materialized by means of a condemnation to pay compensation. One is facing a regular enjoyment of rights, and hence a lawful act that may not be a taxable event of a reparatory obligation, since it regards a subjective liability assumption, that is, it relies on the idea of negligence. It is crucial to note that wrongfulness and unlawfulness are absent, and

the legal damages are nonexistent. Therefore, one asks how did one arrive at the convictions, noticing and critically examining the theory of principles and the balancing fundamental rights method. Finally, the relationship between freedom of expression and the past is deepened, and the possibility of recasting information that has already entered the public sphere lawfully is defended. The thesis is divided into three chapters. The first one presents the right to be forgotten as it restricts the freedom of expression. The second chapter critically examines the arguments in favor of the right to be forgotten. The third chapter, mainly based on freedom of expression, not only reinforces the misconception to think of an idea of denial of memories, but also establishes parameters to address facts about the past. The approach method was deductive, the procedure method was monographic, and the research technique was bibliographic and documentary.

Keywords: freedom of expression – right of be forgotten – past – privacy – civil liability – balancing fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AEPD - Agência Espanhola de Proteção de Dados -
 - CC – Código Civil
 - CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
- CJF – Conselho de Justiça Federal
- CNIL – Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés
 - CP – Código Penal
 - CPC – Código de Processo Civil
 - CPP – Código de Processo Penal
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
 - PL – Projeto de lei
 - REsp – Recurso Especial
 - RExt - Recurso Extraordinário
 - STF – Supremo Tribunal Federal
 - STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
- TJDJ – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
- TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
- TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
- TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
- URL - *uniform resource locator*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	33
1.1. A ideia de esquecimento como fundamento para diferentes institutos jurídicos	33
1.2. O direito ao esquecimento como fator restritivo à liberdade de expressão: conceito, doutrina e jurisprudência...	37
1.2.1. Conceito.....	37
1.2.2. Doutrina.....	38
1.2.3. Jurisprudência.....	48
1.2.3.1. STJ - Caso da Chacina da Candelária/REsp n. 1.334.097 - RJ e Caso Aída Curi/REsp n. 1.335.153-RJ.....	51
1.2.3.2. STF - Caso da Chacina da Candelária/ - RExt com Agravo n. 789.246/RJ e Caso Aída Curi/ RExt com Agravo n. 833.248/RJ.....	62
1.3. Direito ao esquecimento digital: peculiaridades.....	63
1.3.1. Direito ao esquecimento – <i>right to forget</i> (direito de esquecer); <i>right to be forgotten</i> (direito de ser esquecido).....	69
1.3.2 Informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado: alguma diferença?.....	72
1.3.3. Esquecimento, desindexação, apagamento.....	73
1.3.4. Caso Google Spain – Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE.....	82
1.3.4.1. Resumo do caso.....	83
1.3.4.2. Julgamento do TJUE.....	86
1.3.4.3. Repercussão e efeitos colaterais.....	90
1.4. Retomada do conceito e detalhamento dos elementos.....	96
2. DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	99
2.1. Análise crítica dos argumentos doutrinários defensores do direito ao esquecimento.....	102
2.1.1. Dignidade da pessoa humana	102
2.1.2. Direito à privacidade: o direito de estar só (<i>the right to be let alone</i>) e o controle temporal de dados.....	105
2.1.2.1. <i>The right to be let alone</i> não é fundamento para o	

direito ao esquecime.....	111
2.1.2.2 A ideia de um controle temporal de dados pessoais como uma faceta atual da privacidade não justifica a existência do direito ao esquecimento.....	118
2.1.3 Direito da personalidade autônomo a partir de uma múltipla fundamentação.....	122
2.2. Análise crítica dos acórdãos do STJ	123
2.2.1. Caso “Chacina da Candelária” - REsp n. 1.334.097 – RJ.....	123
2.2.2. Caso “Aída Curi” - REsp n. 1.335.153 - RJ	131
2.3. Análise crítica do Tema n. 786 formulado na repercussão geral concedida ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ (Caso Aída Curi).....	133
2.4. A jurisprudência francesa não consagra um direito ao esquecimento.....	134
2.4.1. <i>Affaire Landru</i>	136
2.4.2. <i>Affaire</i> Madame M. contra Filipacchi et Société Cogedipresse.....	142
2.4.3. <i>Affaire</i> Mamère.....	144
2.4.4. Corte de Cassação.....	149
2.4.4.1. <i>Affaire</i> Madame Monanges contra Kern et Marque-Maillard.....	149
2.4.4.2. <i>Affaire</i> Pull-over rouge.....	153
2.4.4.3. <i>Affaire</i> Enrico.....	155
2.4.5. Sistematização	159
3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PASSADO	163
3.1 Conceito de liberdade de expressão	164
3.2. Razões para a proteção da liberdade de expressão	170
3.3. O ato comunicativo dotado de valor expressivo.....	175
3.4. Inexistência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: a narrativa sobre o passado publicizado licitamente é comunicação protegida pela CRFB de 1988.....	184
3.5. Projetos de lei: equívocos.....	190
3.6. A ponderação em favor de um inexistente direito ao esquecimento e a responsabilidade civil	191

3.6.1 Responsabilidade civil.....	192
3.6.1.1 Breve Histórico.....	194
3.6.1.2. Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.....	204
3.6.1.3. <i>Faute</i> , antijuridicidade, ilicitude e culpa.....	205
3.6.1.4. Responsabilidade civil em virtude de uma comunicação é subjetiva	217
3.6.1.5 Não há ilicitude na comunicação de fatos publicizados no exercício regular de direito e a perturbadora lembrança não é um dano ressarcível.....	219
3.6.2 Direito ao esquecimento: responsabilidade civil <i>versus</i> ponderação.....	222
3.7. Não há passado sem liberdade de expressão.....	235
3.8. A liberdade de expressão e o passado: exercício regular do direito - licitude do conteúdo e licitude da conduta de obtenção e divulgação da informação.....	241
3.9. As informações que ingressam na esfera pública licitamente admitem redivulgações.....	245
3.9.1. Informação.....	247
3.9.2. Esfera pública	248
3.9.3. Licitude	252
3.9.4. Redivulgações	254
3.9.5. Limites: direitos autorais e uso para fins comerciais.....	263
CONCLUSÃO	265
REFERÊNCIAS	273

INTRODUÇÃO

O passado, ou seja, tudo aquilo que já aconteceu, não pode ser modificado e qualquer tentativa de resgatá-lo será, inevitavelmente, limitada em virtude da impossibilidade de se reproduzir integralmente fatos, experiências e sensações. Entende-se, assim, que a narrativa sobre o passado não corresponde à transposição exata do ocorrido para o presente, o que significa dizer que inexistem espaço para verdades absolutas, devendo-se ter consciência que o que há são versões e enquadramentos, em razão da inevitável influência do indivíduo no processo de resgate das informações, seja pelo recorte que é dado, seja pela inevitável subjetividade do relato e da percepção sobre ele.

Isso não quer dizer, contudo, que acontecimentos estejam condenados a ficarem enclausurados no passado e que não se tenha permissão para acessá-los.

Investigar o passado é um desejo e uma necessidade humana, que somente podem ser atendidos em um ambiente de expressão livre. A liberdade de expressão como direito fundamental de comunicação e de acesso à informação é o único meio para a satisfação de referido anseio. É mediante as descrições prosaicas transmitidas entre as gerações, assim como por intermédio da ciência, da história, do jornalismo, das artes audiovisuais e literárias que as memórias vão sendo construídas.

Como toda narrativa sobre o passado é a combinação de fragmentos, lembra-se, mas também se esquece¹, voluntariamente ou de forma compulsória, conscientemente ou não.

¹ Jorge Luís Borges e Gabriel García Márquez oferecem, no contexto literário do realismo fantástico, a idealização da dualidade, lembrança e esquecimento, em condições extremadas. Borges (2007, p. 99/108) deu vida a Ireneo Funes, o memorioso, que, dotado de memória singular, observava e revivia as sensações em todos os seus detalhes. O poder de nada esquecer adveio sem grandes explicações, após um acidente, que o deixou paralítico, o que ele julgou ser um preço mínimo, diante do mundo rico e nítido de uma percepção e memória infalíveis. No entanto, o interlocutor de Funes e narrador da história suspeitava que ele “não era muito capaz de pensar”, pois isto significa esquecer diferenças, saber generalizar e abstrair e “no mundo abarrotado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos”. Já a cidade de Macondo e a família Buendía de Gabriel García Márquez (2003) foram acometidas pela peste da insônia, cujo agravamento da doença conduzia, inevitavelmente, para o mal do esquecimento. Na localidade, a solução encontrada foi marcar com tinta cada uma das coisas com o nome, o que, por não se mostrar suficiente, exigiu a indicação da utilidade de cada uma delas. Receavam a chegada do dia em que esqueceriam os

É preciso refletir sobre a relação entre o tempo e o direito. O fluir do tempo produz efeitos jurídicos e são diversos os institutos que comprovam isto, como, por exemplo, a prescrição, a decadência e a anistia, os quais buscam promover estabilização social por meio do encerramento do litígio, havendo, para tanto, normas expressas estabelecendo e determinando as consequências dele decorrentes. Mas, é admissível a existência de um “direito ao esquecimento”, cujo propósito seja o de proibir que se fale sobre experiências negativas pretéritas, ainda que já tenham, outrora, sido publicizadas licitamente?

Diante da impossibilidade natural de se alterar os fatos já consolidados e da inexistência de mecanismos equivalentes a de um filme de ficção científica através dos quais conseguir-se-ia controlar o pensamento das pessoas, apagando suas lembranças, cria-se um “direito” (e imperativamente constata-se a existência de um dever) que, a fim de proteger o indivíduo de seu próprio passado, objetiva impedir que eles sejam recordados e sanciona quem o fizer, mediante uma proibição da divulgação e/ou de uma condenação ao pagamento de uma indenização.

De forma pragmática, o que se observa é que, com a aspiração de que não mais venha à tona um evento pretérito que perturba, incomoda, envergonha², pois, idealiza-se um direito com o *status* de direito fundamental e personalíssimo que, se por um lado, tem uma motivação inicial cercada de aparentes boas intenções, evitando que a lembrança de más experiências voltem a atormentar quem nelas envolveu-se, de outro, significa, inevitavelmente, a supressão de narrativas, parcial ou integralmente, afetando, assim, a livre expressão e o acesso às informações.

O direito ao esquecimento concentra-se, essencialmente, na ausência de contemporaneidade do relato. A comunicação legítima do passado torna-se ilícita pela passagem do tempo. A comunicação do presente (notícias, filmes, livros, resultados de pesquisas científicas, informações em geral disponíveis na internet, etc) não obstante o seu

valores da letra escrita. Para garantir, na entrada da cidade, escreveram Macondo e na rua central um grande cartaz dizendo “Deus existe”. Apesar de tanto esforço, muitos sucumbiram e passaram a viver uma realidade imaginária. Pilar passou a ler o passado nas cartas. Foi o cigano Melquíades quem os salvou, com uma poção mágica.

² Sob o ponto de vista do narrado, pois aos olhos de outrem, aquilo que perturba, incomoda, envergonha pode até ser considerado um grande acerto e não um erro do passado.

conteúdo já ter circulado livremente no passado, sem ter sido acusada de perpetrar qualquer violação de direitos, depara-se com um fator de limitação pela simples passagem do tempo.

Apesar das evidências do equívoco de um tal direito, ao menos é o que se vislumbra, a ideia de se impor o esquecimento tem recebido grande apoio.

Há um cenário de expansão favorável ao direito ao esquecimento, o que é observado na doutrina e deduzido especialmente de recentes decisões judiciais que receberam ampla repercussão.

A presente pesquisa justifica-se, deste modo, pela necessidade de se organizar e sistematizar a temática, fincando-se elementos em favor da liberdade de expressão. É preciso conter o avanço do direito ao esquecimento, que, não há dúvidas, representa uma violação à livre manifestação do pensamento.

Como se verá ao longo da pesquisa, a ideia de um direito ao esquecimento não é exatamente recente. Porém, nos últimos anos, o tema passou a receber maior destaque, como se disse, em razão de decisões judiciais que o reconheceram, mas também em decorrência da utilização massiva da internet e dos impactos inevitáveis por ela produzidos na circulação e acesso das informações.

No que concerne às decisões judiciais, cabe destacar, no Brasil, dois acórdãos do STJ, proferidos em 2013, relativas aos casos “Chacina da Candelária” (REsp n. 1.334.097/RJ) e “Aída Curi” (REsp n. 1.335.153/RJ), ambos relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma, que proclamaram a existência, no ordenamento jurídico nacional, do direito ao esquecimento.

No caso da “Chacina da Candelária” (REsp n. 1.334.097/RJ), além do reconhecimento em tese do direito ao esquecimento, este foi aplicado em benefício de Jurandir França, acusado injustamente de envolvimento criminal na tragédia nacional, que provocou a morte de crianças e adolescentes moradores de rua, ocorrida, em 1993, na cidade do Rio de Janeiro. Jurandir foi vítima de um inquérito policial defeituoso, tendo sido denunciado e mantido preso durante o trâmite processual, vindo a ser absolvido em função de uma crise de consciência de um real agente do crime, porém não indiciado, que o confessou apenas alguns dias antes da realização do Tribunal de Júri, praticamente três anos após a data do delito. Em 2006, o programa Linha Direta – Justiça, da Rede Globo, narrou a chacina, fazendo referência aos equívocos da investigação policial e resgatando informações da época que, inevitavelmente, ligavam-se a Jurandir. Sentindo-se moralmente ofendido pela perturbação que lembranças de fatos de seu passado lhe

provocaram intimamente e também em seu ambiente social, propôs ação indenizatória, a qual foi exitosa³, fundamentada no direito ao esquecimento, culminando, no STJ, a confirmação da condenação da emissora de televisão ao pagamento de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais).

Não se dúvida do grande mal cometido a esse homem no passado. Todavia, a informação do presente pautada, essencialmente, em divulgações legítimas anteriores deve ser sancionada? Cabe responsabilizar o mensageiro da notícia pelas condutas ilícitas praticadas por outrem? Corrige-se o erro do passado, proibindo-se de se falar sobre ele?

Na mesma data, foi julgado o caso “Aída Curi” (REsp n. 1.335.153/RJ), no entanto, para esta situação concreta, entendeu-se pela não aplicação do direito ao esquecimento. O destaque aqui é dado em decorrência da Repercussão Geral atribuída pelo STF (Rext. com Agravo n. 833.248/RJ), questionando-se acerca do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Conforme se destacará, a existência desta indagação é representativa do alerta e da precaução devida para o tratamento do tema.

Em âmbito internacional, impõe-se salientar decisão do TJUE, de maio de 2014, o que já conecta à questão ao ambiente da internet (e, por isso, fala-se em direito ao esquecimento digital). O espanhol Mario Costeja González, incomodado com os resultados da pesquisa obtida por meio do provedor de pesquisa Google, obteve o direito à desindexação (que é um dos instrumentos para o direito ao esquecimento no âmbito da internet) de informações, relacionadas a uma dívida sua do passado. A ligação à condição de devedor, não obstante a liquidação do débito, dava-se em função de uma publicação oficial de hasta pública, em 1998, feita no jornal *La Vanguardia*, inicialmente impresso e mais recentemente digitalizado. Consoante se apresentará, o TJUE atendeu ao pleito de desindexação, afirmando a obrigatoriedade de supressão de *links* do resultado da pesquisa, ainda quando se tratar de publicações lícitas, que, todavia, perderiam esta condição pelo fato de se referirem a dados que deixaram de ser adequados, pertinentes, relevantes ou excessivos, passando a confrontar com a Diretiva 95/46/CE (Diretiva de Proteção de Dados – *Data Protection Directive* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995)⁴.

³ Cabe, ainda, a apreciação pelo STF.

⁴ Revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no

Como consequência desse julgamento, para os países que integram a União Europeia, Google preparou e disponibilizou um formulário para que sejam solicitadas supressões de resultado de pesquisa. A própria empresa privada passou, então, a julgar as demandas de desindexação, asseverando ter a preocupação de buscar o equilíbrio entre vida privada e direito de acesso às informações e adiantando que há uma tendência a recusar solicitações que envolvam fraudes financeiras, negligência profissional, condenações penais⁵ ou condutas de agentes públicos.

Novamente, partindo-se de uma situação individual e com o intuito de apagar a informação de um fato do passado, embora verdadeiro e divulgado licitamente, aparentemente nobre e inofensivo, o direito ao esquecimento é invocado, porém, defende-se, que os efeitos colaterais têm-se mostrado preocupantes. Primeiramente porque, como se apontou acima, a empresa privada tornou-se censora dos dados disponibilizados por terceiros, inclusive de jornalistas⁶. E, em segundo lugar, porque o volume de pedidos é impressionante, assim como o é a quantidade de urls (*uniform resource locator*) suprimidas.⁷

O que se objetiva firmar com a breve indicação desses casos, que serão detalhados ao longo da tese, é a evidente importância de se analisar cuidadosamente a temática do direito ao esquecimento e o impacto negativo que vem sendo exercido sobre a liberdade de expressão.

Diante disso, chega-se ao problema a ser investigado e a delimitação do objeto da pesquisa.

que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>.

⁵ Interessante observar que, paradoxalmente, a reabilitação criminal é ponto de destaque da ideia do direito ao esquecimento.

⁶ Ainda que se trate de desindexação e não de apagamento, e a ação se circunscreva ao espaço de pesquisa do google, não se pode ignorar o papel chave que os provedores de pesquisa têm atualmente na promoção da liberdade de expressão.

⁷ Em 05/06/2016, os dados disponibilizados são os seguintes: Número de pedidos: 437.328; Número total de urls examinadas (1.530.556); Número de urls suprimidas (556.834, correspondendo a 43%); Número de urls não suprimidas (738.833, correspondendo a 57%). Os dados estão sendo contabilizados desde 29/05/2014. Disponível em <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=fr>.

Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, que tutela a liberdade de expressão, compreendida como o direito de livre manifestação do pensamento e de acesso às informações, é possível depreender a existência de um direito ao esquecimento, acarretando em limites às narrativas relativas ao passado, embora não consagrado expressamente?

Conforme se alertou anteriormente, a resposta ao questionamento é positiva para uma importante parcela da doutrina e da jurisprudência. Além dos julgados paradigmáticos citados acima, adverte-se que a doutrina brasileira apoia-se, essencialmente, em três linhas de pensamento em defesa do direito ao esquecimento: 1) autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana; 2) direito ao esquecimento como uma faceta atual do direito à privacidade; 3) autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação, destacando-se, inclusive, dignidade, privacidade, imagem, e também situações jurídicas ligadas à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados, etc.

Entretanto, a hipótese formulada e que se apresenta para apreciação é a de que não há no ordenamento norma expressa que garanta o direito ao esquecimento, não se podendo, igualmente, deduzi-lo do sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a violação que representa à liberdade de expressão. Por este motivo, não há, do mesmo modo, espaço para qualquer tentativa de consagrar um direito com tal configuração.

O caminho para a comprovação da hipótese permitirá avançar no estudo, estando nele, acredita-se, as principais contribuições da pesquisa. Além da demonstração de inexistência de um direito ao esquecimento, será examinada a relação entre liberdade de expressão, responsabilidade civil e método decisório ponderacionista, bem como será aprofundada o liame entre a liberdade de expressão e o passado, apresentando-se uma formulação que tutela a redivulgação de forma ilimitada de informações que tiverem ingressado na esfera pública lícitamente, desde que não violadora de direitos autorais e sem fins comerciais.

A pesquisa será desenvolvida mediante três capítulos, não estando incluídos, neste número, introdução e conclusão.

O primeiro capítulo, intitulado “Direito ao esquecimento como limite à liberdade de expressão”, tem por objetivo apresentar e sistematizar o que vem sendo entendido como direito ao esquecimento. Inicialmente, demonstra-se a existência de uma mistura inapropriada de

assuntos, tentando-se restringir a narrativa do passado por meio de fundamentos ligados a institutos jurídicos clássicos (como prescrição, decadência, reabilitação criminal, anistia, etc) que ligam o tempo ao direito, não obstante tratar-se de contextos diversos e sem haver a possibilidade de serem estabelecidas as conexões. Após, esclarece-se justamente que o objeto da pesquisa é o direito ao esquecimento como possível fator restritivo à liberdade de expressão, formulando-se, sob este enfoque, um conceito, analisando a doutrina e examinando a jurisprudência, especialmente, as decisões do STJ já referidas (caso da “Chacina da Candelária” - REsp n. 1.334.097/RJ e caso “Aída Curi” - REsp n. 1.335.153/RJ). No que concerne à doutrina, a pesquisa buscou fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema, até para que se pudesse identificar a inclinação em favor ou não da existência de um direito ao esquecimento, tendo sido constatado que o risco à liberdade de expressão, levando-se em conta a produção nacional, é, de fato, preocupante. Além da doutrina brasileira, apresenta-se igualmente posicionamento de outros países, com destaque para a doutrina francesa. Para o estudo dos acórdãos do STJ, foram formulados tópicos (direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos – definição e caracterização; direito ao esquecimento para o caso de publicações na mídia televisiva - exclusão da internet; direito ao esquecimento e o direito comparado; direito ao esquecimento – adequação ao ordenamento jurídico brasileiro; liberdade de expressão – mídia do século XXI; direito ao esquecimento e a historicidade de crimes; e o uso do método da ponderação), que, presume-se, retratam os aspectos principais dos julgados, não apenas sistematizando o estudo, mas também permitindo a análise crítica em momento posterior de forma mais objetiva. Faz-se referência a existência de Repercussão Geral no Caso Aída Curi (Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248), ainda pendente de julgamento. E, por se considerar imprescindível diante da realidade atual, parte-se para o estudo das peculiaridades de um direito ao esquecimento digital, fazendo-se distinção entre *right to forget* (direito de esquecer) e *right to be forgotten* (direito de ser esquecido); avaliando possível diferença entre informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado; e organizando os elementos para esclarecer os instrumentos de desindexação e apagamento e explicitando quando se dá a conexão com o direito ao esquecimento. Após, abre-se espaço para um estudo mais detalhado do caso Google Spain, já referenciado, pelo TJUE, provocador de debates acerca da proibição de se acessar o passado na seara digital, apoiado no pensamento de que este seria

ambiente propício para promoção de maiores lesões a direitos personalíssimos, como privacidade, honra e imagem, seja pela facilidade de circulação, seja pela tendência de eternização das informações. Ambos os argumentos, pautados em uma visão pessimista deste novo momento tecnológico, serão questionados. Ao final do capítulo, o conceito formulado no primeiro item é retomado e, a partir da riqueza de elementos abstraídos da doutrina e dos inúmeros casos concretos apresentados, dá-se um detalhamento e aprofundamento dos elementos respectivos, esclarecendo-se, é o que se espera, do que efetivamente está-se tratando.

No que pertine ao direito ao esquecimento e os pedidos de desindexação opostos aos provedores de pesquisa, é imprescindível advertir que o STJ não trata da questão sob este ângulo. Há um tratamento distinto para as informações disponíveis na internet, examinando-se sob a ótica da (não) responsabilidade civil dos motores de busca.

Feita a apresentação do direito ao esquecimento no primeiro capítulo, inaugura-se uma segunda parte da tese, que envolve os dois últimos capítulos, comprometida com a desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento, mediante o exame crítico dos argumentos a ele favoráveis, o que acaba por propiciar a elaboração de contribuições ao debate sobre o tema.

O segundo capítulo objetiva avaliar criticamente os argumentos elaborados pela doutrina nacional e pelas decisões do STJ examinadas. Deste modo, demonstrar-se-á que são infundados os elementos que deram suporte aos acórdãos e as linhas doutrinárias existentes, destacando-se o exame da privacidade e a defesa de que o direito ao esquecimento não pode ser fundamentado em “um direito de estar só”, tampouco a questão se resolveria mediante o controle de dados pessoais. Ainda neste capítulo, o direito ao esquecimento é analisado a partir de decisões judiciais francesas⁸. Sem a pretensão de se valer do método comparado, mas com o objetivo de aprofundamento da matéria, optou-se por elaborar a investigação deste conteúdo, essencialmente porque os acórdãos do STJ, e também parte da doutrina nacional, apontam para a França como referência de consagração do direito ao esquecimento (*droit à l'oubli*), o que não é inteiramente verdadeiro, pois ainda que haja autores e decisões judiciais favoráveis, como se observará, o posicionamento da Corte de Cassação, que é a instância máxima

⁸ Não estando incluído na pesquisa da jurisprudência francesa, porém, o direito ao esquecimento digital.

jurisdicional francesa para solucionar conflitos sobre o tema não o reconhece e é categórica ao afirmar que não há direito ao esquecimento e que é possível a publicação de informações lícitamente obtidas que envolvam a retomada de fatos públicos do passado. Do mesmo modo, acredita-se que a pesquisa realizada contribui para o estudo do tema, pois sendo o debate anterior ao que vem sendo desempenhado no Brasil, há questões já aventadas e debatidas no direito francês (aliás é no julgamento do “caso Landru”, que será apresentado, que a expressão é formulada pela primeira vez) que aqui não foram identificadas.

O terceiro e último capítulo concentra-se na liberdade de expressão. Parte-se de dois referenciais teóricos: Kent Greenwalt, que apresenta a importância de se conhecer as justificativas de proteção da liberdade de expressão e João dos Passos Martins Neto, cujo pensamento indica as razões de tutela deste direito e conecta-as com a ideia de valor expressivo de ato comunicativo. Marca-se posição acerca da proteção constitucional da narrativa sobre o passado, publicizado anteriormente de forma lícita, o que culmina com a defesa de inexistência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, desenvolve-se um estudo resultante das indagações provenientes da combinação entre direito ao esquecimento, liberdade de expressão, responsabilidade civil e o método decisório da ponderação. Abre-se, portanto, espaço para refletir sobre a aferição de responsabilidade civil, com fundamento no pensamento neoconstitucionalista e, portanto, na teoria dos princípios, na dita inevitável colisão entre direitos fundamentais e na utilização do sopesamento ou ponderação. Não se questiona a importância de se proteger as comunicações da censura prévia, mas é preciso atentar para a gravidade de condenações indenizatórias indevidas. Não obstante a certeza que falar sobre um passado já público e divulgado na origem de forma legítima corresponde a um exercício regular de direito e, igualmente, apesar da convicção de que a lembrança perturbadora não é um dano ressarcível preocupa, sobremaneira, a condenação ao pagamento de indenização em tal hipótese. Assim, neste momento, é desenvolvido um estudo apto a atestar estas informações, focado essencialmente em aspectos elementares da responsabilidade civil como antijuridicidade, ilicitude, culpa e dano ressarcível, observando-se a influência do *Code Civil* francês de 1804, firmando-se que a obrigação indenizatória em virtude de uma comunicação é, regra geral, subjetiva e concluindo-se pela impossibilidade de imposição de obrigação indenizatória. Por fim, partindo-se do estudo e da desconstrução do direito ao esquecimento, aprofundam-se questionamentos e buscam-se

elementos para estabelecer a adequação entre liberdade de expressão e passado. Sustenta-se que não há passado sem liberdade de expressão; que na relação entre ambos para que se conclua por um exercício de direito regular devem ser considerados dois limites às comunicações, um deles ligado ao conteúdo (material) e o outro a forma de obtenção e divulgação (instrumental). Apresenta-se, então, uma formulação geral, através da qual se defende que as informações que ingressam na esfera pública licitamente admitem redivulgações ilimitadas, respeitando-se direitos autorais, na forma da lei específica, e o uso para fins não comerciais. Neste momento, detalhando os elementos componentes desta formulação, respondem-se indagações pensadas durante a pesquisa.

A contribuição inédita à ciência, exigência de uma tese de doutorado, será evidenciada ao longo da pesquisa, sendo possível, no momento, destacar seus pontos essenciais: 1) sistematização do tema do direito ao esquecimento, a qual, até o momento, não se vislumbra similar no país. 2) comprovação do equívoco da recorrente afirmação de que o direito francês consagrou um direito ao esquecimento, o que serve de fundamento para doutrina e decisões judiciais nacionais; 3) reflexão acerca das complicações decorrentes da união entre responsabilidade civil e método decisório da ponderação; 4) definição dos elementos para a configuração do exercício regular do direito na abordagem de temas do passado 5) formulação de uma ideia geral, além da refutação do direito ao esquecimento.

Como se poderá observar, o raciocínio empreendido na tese partiu essencialmente de casos individuais e de decisões favoráveis ao direito ao esquecimento. Embora discorde-se do pensamento dos defensores do referido direito, é inegável o impulso que forneceram para o desenvolvimento de uma análise crítica e de formulações teóricas e gerais acerca do tema. Com isto, pode-se afirmar que o método de abordagem foi o dedutivo, o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Peço ao povo que me esqueça
(João Baptista Figueiredo)

Este capítulo objetiva apresentar o direito ao esquecimento, em especial, como um possível limite à liberdade de expressão.

Inicialmente, será examinada a ideia de esquecimento como fundamento para diferentes institutos jurídicos, mas sem conexão com a livre manifestação de pensamento. Na sequência, já considerando o direito ao esquecimento sob o enfoque de restrição à livre expressão, serão apresentados conceito, aspectos doutrinários e elementos jurisprudenciais.

Após, tratar-se-á do direito ao esquecimento digital, partindo-se da premissa de que o ambiente virtual, ainda que dotado de particularidades, não demanda um estudo exclusivo e apartado da noção construída com base nas comunicações em geral, já que há uma identidade no núcleo das questões a serem debatidas.

E, por fim, com base nos argumentos apresentados ao longo do capítulo, retoma-se o conceito do direito ao esquecimento, aprofundando-o a partir do detalhamento dos seus elementos.

1.1. A ideia de esquecimento como fundamento para diferentes institutos jurídicos

O fluir do tempo produz efeitos jurídicos.

Verifica-se o vínculo entre tempo e Direito quando se buscando findar disputas futuras, determina-se encerrar no passado possíveis conflitos, como ocorre na anistia e na concessão de graça. Esta relação também é evidenciada, por exemplo, em questões como prescrição, decadência, período máximo para o armazenamento de informações em bancos de dados, reabilitação criminal.

E é comum vincular o direito ao esquecimento a todos esses temas, atribuindo-se-lhe grande amplitude.

Roseline Letteron (1996, p. 389/390) afirma que a primeira função do direito ao esquecimento é justamente a proteção dos

interesses estatais, por exemplo, quando se está diante da anistia e se busca garantir a coesão e a paz social.^{9 10}

Tempo e Direito encontram-se, portanto, quando o assunto é “justiça de transição”, já que anistia, prescrição e graça são elementos constantes para a construção de uma nova ordem, após um período de exceção¹¹.

No Brasil, com o objetivo de apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, a Lei n. 12.528/2011 criou a Comissão Nacional da Verdade. Nos termos do art. 1º da referida lei, a finalidade é a “de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.” Deste modo, acredita-se que se buscou fomentar a discussão e de se

⁹ Para a autora, a segunda função está em atribuir ao indivíduo o direito de obter um silêncio definitivo sobre o seu passado, configurando-se, assim, um direito da personalidade.

¹⁰ Em francês, no texto original. Ao longo do presente estudo, valeu-se da tradução livre para todas as citações em idioma estrangeiro.

¹¹ Hélène Ruiz Fabri (2007, p. 16) em estudo sobre “instituições de clemência”, que incluem justamente as nominadas anistia, prescrição e graça, faz a conexão com um direito ao esquecimento aplicado através de medidas verticais, estatais, tomadas pela autoridade pública com o objetivo de atender uma política criminal e mesmo de se alcançar uma paz social, mas, imediatamente, questiona acerca dos direitos das vítimas. Ela (2007, p. 17) afirma que a questão concentra-se muito mais no modo como são empregadas estas instituições de clemência e no eventual abuso, do que propriamente na sua existência, devendo-se pensar em critérios que permitam apreciar se são aceitáveis ou, ao contrário, se são tóxicas, apontando (2007, p. 26), por exemplo, para a necessidade de se avaliar a gravidade dos crimes, o contexto histórico, os autores da medida e os seus destinatários. Como aponta Della Morte (2007, p. 77/78), a anistia aparenta, atualmente, viver uma forte crise de identidade. Concebida como um instrumento do direito disposto a governar o tempo e pensada como uma moeda de troca nos processos de transição, a anistia passou a ser questionada pelo próprio Estado, que se manifesta (in)elemente com a sua própria clemência. Elisabeth Lambert Abdelgawad e Kathia Martin-Chenut (2007, p. 101/102), em análise sobre a prescrição, reconhecem ser, antes de mais nada, uma medida de interesse social. Em um contexto de Direito Internacional de Direitos do Homem, a questão, todavia, também liga-se ao direito à memória, à verdade, ao direito de reparação da sociedade e da vítima, bem como, de forma mais ampla, com a questão da justiça, da luta contra a impunidade, da garantia da paz e da segurança internacional, impondo-se, inclusive, um estudo sobre a imprescritibilidade.

retirar as memórias de um espaço clandestino, pois o esquecimento, em tal contexto, mostra-se prejudicial para a democracia.¹²

Paul Ricoeur (2007, p. 460-462) trata da questão da anistia, apontando para a sua origem, o decreto de Atenas de 403 a. C., em que se proibiu recordar os crimes cometidos pelos dois partidos, exigindo-se, para tanto, juramento individual dos cidadãos. Cuida-se, assevera o autor, de um esquecimento por imposição, do qual se valem democracias modernas, sob a justificativa da paz social. Porém, indica que, quanto a isto, há um problema filosófico. Ele questiona se a anistia não é prejudicial à verdade e à justiça e, ainda, qual fronteira entre anistia e amnésia.¹³

François Ost (2005, p. 153) em “O tempo do Direito” ao tratar do tema “perdão e o desligamento do passado” apresenta o esquecimento como algo ameaçador, contudo necessário. Em uma análise não jurídica, ele afirma que o “esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito”.

Ost (2005, p. 161/162) alerta, todavia, para o esquecimento-falsário e para o esquecimento-recalque. No primeiro, há uma imposição de uma História oficial mentirosa com o objetivo de legitimar um regime ou uma ideologia. No segundo, busca-se a amnésia coletiva a fim de apagar o sofrimento imposto pelos vencedores aos vencidos e às vítimas de guerras e de “conquistas”, ignorando-se, com isso, os genocídios, massacres e crimes contra a humanidade.

Para se avaliar as demais situações em que o tempo impacta o Direito e uma defesa do esquecimento do passado é operada, a seguir apresentam-se alguns destaques da doutrina nacional.

¹² Em 10/12/2014, em cerimônia no Palácio do Planalto, foi entregue à Presidenta Dilma Rousseff o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, pelos membros José Carlos Dias, José Paulo Cavalcanti, Maria Rita Kehl, Pedro Dallari, Paulo Sérgio Pinheiro e Rosa Cardoso. O relatório final está disponível em <http://www.cnv.gov.br/>

¹³ Nas palavras de Paul Ricoeur (2007, p. 460-461): “É obviamente útil – é a palavra justa – lembrar que todo mundo cometeu crimes, pôr um limite à revanche dos vencedores e evitar acrescentar os excessos da justiça aos do combate. Mais que tudo, é útil, como no tempo dos gregos e dos romanos, reafirmar a unidade nacional por uma cerimônia de linguagem, prolongada pelo cerimonial dos hinos e das celebrações públicas. Mas o defeito dessa unidade imaginária não seria o de apagar da memória oficial os exemplos de crimes suscetíveis de proteger o futuro das faltas do passado e, ao privar a opinião pública dos benefícios do *dissensos*, de condenar as memórias concorrentes a uma vida subterrânea malsã?”

Sidnei Agostinho Beneti (1994, p. 299) faz referência ao direito ao esquecimento ligando-o à fluência do prazo prescricional. Na verdade, ele remete a um estudo de Francisco Rezek, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, criticando a existência de crimes imprescritíveis na CRFB, que, portanto, teria ignorado a influência do fator tempo sobre o processo penal.

Antonio Rulli Júnior e Antonio Rulli Neto (2012, p. 420-425) fundamentam o direito ao esquecimento na dignidade humana e também na inviolabilidade pessoal (art. 5º, X da CRFB e artigos 93 e 748 do CPP) e sustentam (2012, p. 425) que é a esfera penal quem oferece a mais fácil visualização, já que os registros contra o condenado não podem ser utilizados permanentemente contra ele.

Para Bucar (2013, p. 9), o direito ao esquecimento conecta-se diretamente ao controle temporal dos dados pessoais, já que é imperativa a possibilidade de mudar ao longo da vida, alterando-se o comportamento e a própria história, viabilizando, assim, um futuro livre. Para ele, inclusive, um exemplo do reconhecimento legal desta característica humana está na limitação do tempo de inscrição nos bancos de restrição ao crédito, bem como, na impossibilidade de se ter acesso às informações sobre o cumprimento de pena pelo condenado, conforme o art 748 do CPP, que trata da impossibilidade de se referir a ela na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros, exceto quando requisitadas por juiz criminal, o que se estenderia, conforme jurisprudência¹⁴, ao registro nos terminais dos Institutos de Identificação Criminal, dos dados pertinentes aos inquiridos arquivados; às ações penais trancadas; às absolvições transitadas em julgado; às decisões de extinção da punibilidade em virtude da prescrição; e as próprias condenações se já advinda a reabilitação.

Acredita-se, porém, que o direito ao esquecimento não deve ser apontado como elemento justificador de todos estes assuntos (prescrição, decadência, armazenamento de informações negativas em bancos de dados, reabilitação criminal, anistia, graça, etc). Isto, primeiramente, porque o tempo somente será, juridicamente, um estabilizador social se uma norma atribuir-lhe esta condição. Deste modo, esperar que exista uma acomodação dos conflitos porque os dias ou os anos passaram e que o esquecimento ocupou, naturalmente, o lugar das perturbações é, por certo, equivocado. E ainda que existente

¹⁴ Como exemplo, Daniel Bucar (2012, p. 11) cita o acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, 5ª Turma, RMS 33.300/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ acórdão Ministro Jorge Mussi, j. em 23/20/2012.

previsão legal, e para os referidos institutos ela existe, entende-se que a conexão destes ao esquecimento é inadequada, pois a fluência de um prazo não vai necessariamente acarretar no apagamento das memórias.¹⁵

Essa ligação entre tempo, esquecimento e Direito vem sendo estendida para tolher o exercício da liberdade de expressão. E é sobre esta questão que, a partir do tópico seguinte, os esforços concentrar-se-ão.

1.2. O direito ao esquecimento como fator restritivo à liberdade de expressão: conceito, doutrina e jurisprudência

O estudo do direito ao esquecimento será desenvolvido mediante a formulação de um conceito e através do que vem sendo apresentado pela doutrina e pela jurisprudência.

1.2.1 Conceito¹⁶

O direito ao esquecimento deve ser compreendido como o direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (acessível por intermédio da internet^{17 18}), um fato

¹⁵ Segurança jurídica e estabilidade social são, defende-se, melhores fundamentos para, por exemplo, um direito de não ser mais sancionado ou de se ter dados apagados de uma lista de negativação de concessão de crédito. Certamente, ainda que o ofensor se beneficie de um prazo prescricional relativo à uma pretensão indenizatória, não mais podendo o Estado-juiz coagir ao pagamento de uma quantia pecuniária, isto não significa que os fatos foram esquecidos, especialmente, pela vítima.

¹⁶ Ao final do capítulo, o conceito será retomado e detalhado a partir da análise doutrinária e jurisprudencial desenvolvida a seguir.

¹⁷ Vale-se das explicações e adota-se o conceito de internet formulado pelo Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia Niilo Jääskinen que atuou no caso Google Spain, que sera examinado ainda neste capítulo: “Na realidade, a ‘Internet’ abrange dois serviços principais, a saber, a World Wide Web e os serviços de correio eletrônico. Embora a Internet, enquanto rede de computadores ligados entre si, já exista sob diversas formas há um tempo considerável, desde a Arpanet (Estados Unidos da América), a rede aberta de livre acesso com endereços www e uma estrutura de códigos comum só surgiu no início dos anos 90. Parece que o termo historicamente correto seria World Wide Web. No entanto, dada a utilização corrente e as opções terminológicas feitas na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o termo ‘Internet’ é, a seguir, principalmente utilizado para referir a parte da rede da World Wide

do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função da perturbação causada à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação.¹⁹

O objetivo central da construção de um direito ao esquecimento, portanto, é impedir que o momento atual, daquele que no passado esteve publicamente ligado a um evento, seja negativamente atingido pela associação retrospectiva ao episódio.^{20 21}

O direito ao esquecimento corresponderia, então, a um fundamento para censurar a comunicação, impedindo a publicação ou retirando-a de circulação, ou para gerar obrigação indenizatória em virtude da provocação de um dano decorrente do relato do passado.

1.2.2. Doutrina

O direito ao esquecimento não é exatamente um assunto novo.

Web.» (JÄÄSKINEN, 2013, p. 28)

E, registre-se, que a Lei n. 12.965/2014 (marco civil da internet), em seu art. 5º, I, apresenta o seguinte conceito para internet: “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;”.

¹⁸ Em razão do uso consagrado, será mantida a grafia internet.

¹⁹ Remete-se a estudo anterior desenvolvido em outra oportunidade: MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 19. N.3, p. 808-838. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>

²⁰ O conceito formulado no artigo citado na nota de rodapé anterior foi modificado. Inicialmente, a definição que se pensou para o direito ao esquecimento foi: “A partir do observado na doutrina e no precedente do STJ, é possível concluir que o direito ao esquecimento é concebido, em suma, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre fatos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.” (MARTINS NETO; PINHEIRO, 2014, p. 822)

²¹ De fato, o propósito principal do direito ao esquecimento visa proteger quem diretamente se envolveu com o episódio do passado. Mas, por exemplo, no caso Red Kimono, a ser analisado a seguir, quem o invocou foi o marido de Gabrielle Darley, sem qualquer ligação com o crime ocorrido, porém, dizendo-se afetado em sua vida, então, atual.

Acredita-se que, no Brasil, foi René Ariel Dotti, em 1980, quem o abordou, de forma expressa, inicialmente, na obra “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”.

René Ariel Dotti (1980, p. 90-92) fez referência ao direito ao esquecimento, valendo-se, principalmente, de duas decisões norte-americanas, o caso *Red Kimono* e o caso *Sidis*, como sendo situações que o exemplificariam adequadamente.

Para que se possa melhor compreender a referência feita por Dotti, uma breve narrativa mostra-se necessária.

O caso *Red Kimono (Melvin vs. Reid)*, consoante informa Lewis (2011, p. 94) foi julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1931, resultando na condenação da cineasta que retratou o passado de prostituta de Gabrielle Darley, que fora absolvida de uma acusação de homicídio. A ação, proposta por Bernard Melvin, marido de Gabrielle, foi baseada no fato de o filme “*The Red Kimono*”, de 1925, de Dorothy Davenport Reid ter interferido na vida pessoal presente, violando a privacidade, pois não era mais prostituta, havia se casado e se tornado uma pessoa respeitada na cidade onde morava.

Em *Sidis vs F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, que havia sido um menino prodígio, provavelmente, por um processo de superestimulação mental a que foi submetido pelo seu pai, tornando-se célebre, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, por uma matéria que o tratava com desdém e expunha a sua condição atual de morador de um quatinho no canto de um corredor miserável na região sul de Boston (LEWIS, 2011, p. 79/80). Na época (1940), Sidis não teve o seu direito à privacidade reconhecido pela Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito, que, segundo Lewis (2011, p. 83), concluiu que “uma vez que alguém se torne uma figura pública, ainda que contra sua vontade, será para sempre um alvo legítimo da imprensa”.

E com base na jurisprudência francesa, Dotti (1980, p. 92) indica que foi no caso Marlene Dietrich²², julgado pelo Tribunal de Paris, que o

²² Diverge-se desta afirmação de René Ariel Dotti, ou seja, entende-se incorreta a colocação de que foi no caso Marlene Dietrich que o direito ao esquecimento foi reconhecido expressamente em uma decisão judicial francesa. No próximo capítulo, será dedicado um item específico para o direito ao esquecimento e a jurisprudência francesa, e o referido caso sequer será citado, tendo em vista, defende-se, não guardar correspondência direta com o tema. O caso Marlene Dietrich é uma importante decisão para o estudo da privacidade, mas não propriamente para o direito ao esquecimento. Em 1950, a revista France-

direito ao esquecimento foi reconhecido expressamente, tendo sido ligado à ideia de vida privada, a qual pertenceria ao patrimônio moral do indivíduo, afastando a possibilidade de publicações sem autorização expressa e inequívoca. Antes desta consagração definitiva, consoante o autor, o marco inicial foi a frase do advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!”

Paulo José da Costa Júnior é um nome recorrentemente citado quando o tema é o direito ao esquecimento, embora não tenha tratado expressamente sobre ele em sua obra “O Direito de estar só – tutela penal da intimidade”, publicada em 1995. No entanto, ao falar das limitações à intimidade, afirma (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 46) que é lícita a divulgação de imagem de um evadido do cárcere, porém não é justificada a publicação de fotografia de um condenado, que já recebeu sua pena e que não merece tê-la agravada diante de uma divulgação desnecessária. E esta afirmação costuma ser referida como um suporte doutrinário para o direito ao esquecimento.

Mas, a grande maioria das publicações nacionais são recentes, impulsionadas principalmente por duas decisões da Quarta Turma do STJ²³, proferidas em 2013, que reconheceram expressamente a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, e também pelos desafios pertinentes a uma nova formatação social decorrente da extensão do uso da *internet* e pela inevitável ampliação da divulgação de informações.

A proteção do indivíduo, através do direito ao esquecimento, para impedir que informações relativas a experiências, geralmente negativas, do passado sejam rememoradas, ainda quando relacionadas a um fato verdadeiro, público e divulgado, na origem, lícitamente, tem angariado muitos defensores.

Dimanche publicou por três semanas seguidas, uma série de artigos intitulados “Minha vida, por Marlene Dietrich”, sem que no entanto tivesse sido autorizada a revelação do que disseram ser as suas memórias e o uso de imagens suas. Em 1952, o Tribunal de La Seine condenou a sociedade responsável pela revista ao pagamento da indenização de 50.000 francos. E em 1955, a Corte de Apelação de Paris majorou o valor para 1.200.000 francos, levando em consideração o fato de que a atriz tinha a pretensão de publicar as suas memórias, o que havia sido prejudicado pela matéria da revista. (SAINT-PAU, 2010, p.7)

²³ REsp n. 1.334.097/RJ (“Chacina da Candelária”) e REsp n. 1.335.153/RJ (“Aída Curi”), ambos relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma do STJ.

O Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil (2013), promovida pelo CJF/STJ, dispõe categoricamente que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O enunciado, vinculado ao artigo 11 do Código Civil²⁴, está acompanhado da seguinte justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Daniel Bucar (2013, p. 3) afirma que o direito ao esquecimento insere-se na proteção à privacidade, cujo conceito deve passar por uma inevitável atualização, eis que não mais correspondente ao direito de se estar só, ligando-se à prerrogativa de se controlar as informações a seu respeito no tempo, no espaço e no contexto. Ele (2013, p. 9) indica o Enunciado 404²⁵ da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ, e aborda a questão do direito ao esquecimento tratando-o como um controle temporal dos dados, “que demanda uma proteção das escolhas pessoais após certo período de tempo, em que o indivíduo já não mais pretende ser lembrado, rememorado dos dados passados”. Reconhece (2013, p. 11/12), valendo-se da ponderação entre direitos, a existência de duas hipóteses em que o controle temporal da privacidade não é admitido. A primeira relaciona-se a um valor existencial de igual ou superior relevância ao do interessado. E a segunda liga-se aos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação esteja protegida pela liberdade

²⁴ CC, Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

²⁵ Este enunciado, em conexão ao artigo 21 do CC, firmou que “a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”

de expressão, devendo-se, para tanto, avaliar o grau de relevância do papel do indivíduo na constituição do evento, para que, consoante a sua afirmação, haja um aprimoramento da verdade histórica mediante a indicação dos partícipes relevantes. Para o autor, por exemplo, esta é uma discussão presente quando o assunto são as comissões da verdade.

Igualmente, com fundamento na privacidade, Anderson Schreiber (2013, p. 170/172) apresenta que, partindo-se da ideia que todos tem o direito de controle sobre a coleta e uso de seus dados pessoais, há a prerrogativa de impedir que informações sejam revividas de forma descontextualizada na atualidade. O autor adverte que não se deve falar em um direito de apagar fatos ou mesmo de reescrever a sua história, mas o direito ao esquecimento asseguraria a possibilidade de se discutir o uso atribuído aos fatos do passado, em especial, o modo e a finalidade pelo qual são lembrados. Admite, todavia, o choque com outros direitos, como a liberdade de informação, que, mediante a ponderação, poderá se sobrepor. No sopesamento dos interesses, sustenta que se deve levar em conta a utilidade informativa da divulgação contínua, de um lado, e de outro os riscos à pessoa envolvida, devendo-se, argumenta, examinar a melhor solução para cada caso concreto.

Renata Steiner (2014, p. 101/102) defende que o direito ao esquecimento insere-se no contexto da tutela da privacidade. Para ela, se não estiverem mais presentes os fundamentos que justificaram a informação inicialmente, o direito ao esquecimento preponderará. O mecanismo sugerido, para tanto, é tratar a informação veiculada como um dado pessoal, podendo o sujeito envolvido solicitar a retirada do que foi noticiado, bem como impedir a republicação. A ilicitude consistiria na manutenção da notícia na *internet*, não obstante o pedido fundamentado de exclusão, e na veiculação de uma nova comunicação, apesar de não mais estar presente o interesse público. Ela sustenta a importância de se impedir que danos injustos sejam causados com a nova publicação e existindo a chance de que os fatos, ainda que graves, sejam reavivados, a retomada somente poderá ser admitida se evitada a exposição direta da pessoa retratada ou se esta conceder a devida autorização.

Cruz *et al.* apresentam que o direito ao esquecimento “possibilita o controle pelo titular dos dados e informações pessoais de modo que ninguém seja exposto a uma situação de desconforto por conta da descoberta de um antigo fato registrado em algum local da internet” (2014, p. 2).

Os autores (Cruz et al., 2014, p. 7/10) indicam três fundamentações possíveis para o direito ao esquecimento: 1)

indeterminação semântica da ideia de privacidade e sua evolução: se as raízes do direito ao esquecimento podem ser vislumbradas no artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis (*The right to privacy*), fundando-se portanto, no *right to be let alone* (direito de estar só), atualmente, a ampliação da circulação de informações, fez com que a noção de privacidade, além de um núcleo substancial detentor de um *status* negativo (não intromissão), passasse a assumir um *status* positivo, que inclui o poder de controle de dados pessoais. Neste contexto, decorreria de uma conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB) com os direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem (art. 5º, X da CRFB); 2) direito fundamental autônomo não expresso, com fulcro no art. 5º, § 2º da CRFB; 3) interpretação teleológica do direito do consumidor (art. 43, § 1º da Lei 8.078/90 - CDC), do direito criminal (art. 93 do CP; art. 748 do CPP e art. 202 da Lei de Execuções Penais) e do direito civil (arts. 11, 17, 20 e 21 do CC).

Cíntia Rosa Pereira de Lima (2014, p. 9/11) afirma ser usual afirmar que o direito ao esquecimento liga-se à expressão *right to be let alone*, utilizada por Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890, no famoso artigo sobre a privacidade (*The Right to privacy*), o que levaria a conclusão que a sua origem estaria nela. Igualmente assevera que ele se conecta com a honra por objetivar a remoção de fatos inverídicos e vexatórios, assim como se liga com o direito de ressocialização e a existência de um passado criminal. No entanto, coloca que, ainda que existente a aproximação com a privacidade, pois o indivíduo que o alega pretende que um fato da vida privada seja resguardado ou, ao menos, não perenizado, especialmente, diante das novas tecnologias e, do mesmo modo, ligue-se com a ideia de proteção da imagem, da honra e da identidade pessoal, pois defende que a personalidade seja vista pelo o que se é na atualidade e não pelo erro cometido no passado, argumenta tratar-se de um direito de personalidade autônomo, decorrente, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III da CRFB), em virtude da proteção que deve ser oferecida ao indivíduo, extraindo da memória coletiva o que lhe for moralmente ofensivo, amparando-se ainda no art. 11 do Código Civil e no art. 7º, X²⁶ do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que, defende, expressamente o reconheceu.

²⁶ Art. 7º, X da Lei n. 12.965/2014. “X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nestas Lei”.

Lima (2014, p. 11) formula o seguinte conceito para o direito ao esquecimento: “um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística.”

Para a autora (LIMA, 2014, p.16), o exercício do referido direito dependeria dos seguintes requisitos: fluência do tempo, devendo o fato ter-se dado em tempo remoto e, segundo ela, portanto, sem utilidade pública ou social da informação; a impossibilidade de se alterar a verdade dos fatos; e a não aplicação às instituições de atividades jornalística, literária e científica, o que será avaliado, caso a caso, mediante o sopesamento entre os direitos envolvidos.

Antonio Rulli Júnior e Antonio Rulli Neto (2012, p. 425) dizem que o direito ao esquecimento liga-se à discussão sobre o alcance da dignidade e do *right to be alone*²⁷. Como fundamentação, asseveram que é um direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade pessoal (art. 1º, III e art. 5º, X ambos da CRFB e art. 93 e art. 748 do Código de Processo Penal). Admitem (2012, p. 433) a possibilidade de exclusão de dados e afirmam que o direito à informação, ainda que protegido constitucionalmente, é limitado, não podendo provocar um dano pessoal desproporcional e um tratamento degradante, o que não há qualquer relação com uma censura. Eles sustentam (2012, p. 425) que o raciocínio não vale apenas para o condenado, mas também para o absolvido e para a vítima, que não podem ficar ligados indefinidamente a uma informação disponível, por exemplo, na *internet*. Estendem, igualmente, o pensamento para uma despedida por justa causa.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 325/326), que não nomeiam a situação de direito ao esquecimento, identificam um conflito de interesses entre a liberdade de informação e a privacidade quando a celebridade do passado deseja impedir novas incursões da imprensa, assim como, acreditam ser situações similares, quando o condenado que já cumpriu pena criminal tem, segundo eles, o direito “a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária”. Cabível, dizem, a solução de acordo com caso, mediante o exame de que se “o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará”. Colocam, ainda, que se deve analisar a qualidade da

²⁷ Não se valem da expressão *right to be let alone*

notícia que será veiculada para que se conclua se trata-se de assunto do legítimo interesse do público.

Como é possível concluir, o direito ao esquecimento tem encontrado forte apoio na produção teórica brasileira.

E do que foi acima apresentado, constatam-se, em suma, as seguintes linhas doutrinárias para sustentar o direito ao esquecimento: 1) autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana; 2) direito ao esquecimento como uma faceta atual do direito à privacidade; 3) autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação, destacando-se, inclusive, dignidade, privacidade, imagem e também situações jurídicas ligadas à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados, etc.

Cumpra salientar, ainda, que, em comum, muitas vezes, como visto, verifica-se o recurso à ponderação²⁸. E a partir da constatação de uma colisão de direitos fundamentais, que acreditam ser igualmente tutelados e do sopesamento entre a liberdade de expressão e o direito de ser esquecido, este acaba por ser o escolhido.

Poucas são as vozes indagadoras de tamanha restrição à liberdade de expressão.

E neste viés, interessante destacar o pensamento de Daniel Sarmiento (2015)²⁹ que é categórico em afirmar que: o direito fundamental de acesso à informação inclui os fatos passados que não deixam de ser do interesse público pela passagem do tempo, em decorrência, especialmente da importância da História e da memória coletiva; a liberdade de expressão e de imprensa são direitos preferenciais e, na hipótese de colisão com outros princípios, devem ser preteridos apenas diante de determinados requisitos, cujo o direito ao esquecimento não se encontra dotado; sendo lícita a conduta da imprensa é incabível a responsabilização civil; as liberdades comunicativas garantem o direito de escolher os fatos a serem apresentados, bem como qual o enfoque do exame destes fatos, tanto no que tange ao ângulo de análise, quanto no que concerne ao conteúdo e aos personagens. Para ele, o direito ao esquecimento, apesar da inadequação do nome atribuído, encontra um espaço legítimo que é a

²⁸ A ser examinada no último capítulo.

²⁹ Em resposta aos quesitos formulados em parecer destinado a apoiar a defesa judicial da Rede Globo nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> Acesso em 15/09/2015.

proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, mormente no ambiente da informática, admitindo-se o controle com base no direito à privacidade e à dignidade da pessoa humana. Haveria, segundo ele, um disciplinamento parcial em leis esparsas, sendo altamente recomendável a edição de uma lei geral e sistêmica. Ele se preocupa com a possibilidade de uma foto de um adolescente embriagado postada em uma rede social, por ele ou por terceiros, afetar, por exemplo, entrevistas de emprego quando já adulto.

Em outros países³⁰, o direito ao esquecimento, igualmente, tem sido exitoso em seu avanço doutrinário.

Mantelero (2009), da Itália, afirma que o direito ao esquecimento representa um limite para atividade da mídia, proibindo-se a imprensa de tornar público, novamente, aspectos da vida pessoal (em muitos casos com uma conotação negativa) que foram objeto de interesse do público no passado. Ele salienta que esta concepção baseia-se na necessidade do indivíduo determinar o desenvolvimento da sua vida de uma forma autônoma, sem estar permanentemente estigmatizado em virtude de uma determinada ação, principalmente quando tais eventos tiverem ocorrido há muitos anos e não tiverem qualquer relação com o contexto do presente.

François Ost, da Bélgica, do mesmo modo vincula esquecimento e privacidade, afirmando tratar-se de uma ferramenta útil e pacificadora, existindo o direito de se retornar ao anonimato.³¹

E, da França, destacam-se igualmente autores que reconhecem a existência de um direito ao esquecimento, consoante se apresenta na sequência, destacando-se, essencialmente os que o aliam à condição de direito autônomo e os que buscam fundamento na privacidade.

Para Catherine Costaz (1995, p. 961), “*le droit à l’oubli*” (direito ao esquecimento) deve ser definido como o direito de se opor à divulgação ou à lembrança de eventos pertencentes a um episódio da vida do indivíduo. A autora reconhece que, geralmente, é invocado ao se lidar com antigos processos judiciais que são revividos pela imprensa,

³⁰ Optou-se por não unir o pensamento dos autores de outros países à divisão formulada para a doutrina brasileira.

³¹ “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, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.” (OST, 2005, p. 161)

no entanto, sustenta que o domínio deste direito não está circunscrito a este tipo de situação. E conclui defendendo tratar-se de um direito da personalidade autônomo.

Roseline Letteron (1996, p. 407/419) afirma que o direito ao esquecimento é um direito da personalidade dotado de autonomia, que vai além da proteção da vida privada e confere a prerrogativa de o próprio indivíduo gerir juridicamente o seu passado, sendo possível inclusive obter um silêncio definitivo, tendo em vista que a pessoa não deseja vê-lo ressurgir. O que se busca é o desaparecimento da informação, como a de um passado judiciário, revelador ou não de informações privadas, mas que em um determinado momento tornaram-se públicas, ainda que pela crônica especializada. Entretanto, reconhece que o direito ao esquecimento cederá quando cumuladas duas condições: licitude da primeira divulgação e interesse contemporâneo da redivulgação, a fim de que não atingida a liberdade de informação.

Para Charles-Édouard Sénac (2012), o direito ao esquecimento pode ser entendido como o direito de uma pessoa reclamar o desaparecimento de informações difundidas ou conservadas por um terceiro. Para ele, tal direito se encaixa no rol de direitos da personalidade, protegendo a pessoa da divulgação de suas informações pessoais, num sentido de garantir o anonimato ou a confidencialidade. Deste modo, a materialização dá-se através de um direito de não difusão ou a um direito de apagar dados existentes, sejam relativos a informações já públicas ou sejam confidenciais registradas e conservadas por um terceiro. Ele defende a ligação do direito ao esquecimento ao respeito da vida privada, ainda que reconheça a singularidade e mesmo sua autonomia, já que tutela informações que, na sua origem, não eram confidenciais. Ademais, aponta que ao se tratar da vida privada o exercício do direito é imediato e permanente, já no caso do direito ao esquecimento é preciso o fluir de determinado tempo.

Agathe Lepage (2001) conceitua o direito ao esquecimento como o direito de se opor à retomada não consentida de fatos que, no passado, foram licitamente publicados, mas que na atualidade não mais se justifica a difusão. Para ela, não se trata de um novo direito, mas sim de uma faceta do direito à privacidade, que tem o objetivo de impedir a retomada não pertinente de fatos antigos, ainda que a primeira divulgação tenha sido lícita ou mesmo que tenha ocorrido por vontade da própria pessoa que agora deseja ser esquecida.

Christophe Caron (2003) assevera que o direito ao esquecimento, que é um dos componentes da privacidade, busca proteger a vida atual de um indivíduo das lembranças intempestivas de um passado doloroso.

Isabelle Paulik (2004) alia-se aos que inserem o direito ao esquecimento no contexto do direito à privacidade, levando em conta que a classificação de um acontecimento não é imutável, pois um fato que no passado foi considerado como público, com o *fluir* do tempo, pode ser conduzido ao abrigo da vida privada. E é justamente o direito ao esquecimento que tem o condão de promover esta metamorfose, que estaria restrita aos eventos que perderam a sua atualidade, mas que não pode comprometer o direito à história. Assim, conclui pela necessidade de se ponderar no caso concreto.

1.2.3. Jurisprudência

Como já se teve a oportunidade de salientar, o direito ao esquecimento não é exatamente um assunto novo.

Conforme também dito, o tema ganhou amplitude no Brasil por duas principais razões: *internet* (direito ao esquecimento digital)³² e duas decisões do STJ, em 2013, relativas aos casos “Chacina da Candelária” (REsp n. 1.334.097/RJ) e “Aída Curi” (REsp n. 1.335.153/RJ), ambos relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, da Quarta Turma.³³

Pela primeira vez, um tribunal superior brasileiro reconheceu expressamente a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico nacional, aplicando-o e dispondo ser correta a condenação ao pagamento de uma indenização, em decorrência de ter sido rememorado o passado, o que acabou por alcançar grande projeção e, conforme se registrou, deu grande fôlego aos que defendem a sua existência.

Os julgados da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” (Brasil) uniram-se, então, a casos notórios de outros países, com destaque para o “Lebach”³⁴ (Alemanha) e “Landru” (França).

³² No que tange ao direito ao esquecimento digital, remete-se a estudo desenvolvido neste capítulo.

³³ Neste contexto, estas são as únicas decisões do STJ. Ao se efetuar pesquisa jurisprudencial no *site* do STJ, valendo-se da expressão “direito ao esquecimento” há o apontamento para outras decisões, que, no entanto, vinculam-se, especialmente, ao tema da reabilitação criminal, reincidência e atestado de antecedentes criminais, o que, ao início do capítulo, já se explicou a razão de não ser assunto contemplado na delimitação da presente pesquisa. Informa-se que os pronunciamentos do STJ relativos a pedidos de desindexação do resultado de pesquisa de provedores de busca não vêm sendo tratado como hipótese de direito ao esquecimento, consoante se explicará na sequência.

³⁴ Lebach é o nome de uma cidade da Alemanha.

O caso Lebach, normalmente, é invocado pelos defensores do direito ao esquecimento no Brasil, e com as palavras de Robert Alexy (2011, p. 99/100), pode ser assim sintetizado:

Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

Importante salientar que, em 1969, quando o latrocínio foi perpetrado, o crime teve grande apelo junto ao público, com grande cobertura da imprensa. Os dois principais acusados, em 1970, foram condenados à prisão perpétua, e a pena do que tentou impedir a veiculação do documentário foi de seis anos de reclusão por sua participação nos atos preparatórios da ação (SCHWABE, 2005, p. 489).

O Tribunal Estadual e o Tribunal Superior Estadual negaram o pedido de medida cautelar e autorizaram a exibição do documentário. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, concluiu que do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de exibição do documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar à ressocialização do autor (ALEXY, 2011, p. 100/102)

Cabe, porém, uma ressalva, no caso Lebach o objeto da demanda concentrou-se na censura prévia e não no pagamento de verba indenizatória.

O caso Landru será examinado em capítulo específico relativo à jurisprudência francesa.

Assim, cabe, no presente momento, estudar as decisões do STJ (Chacina da Candelária e Aída Curi).

Não se desconhece a existência de decisões brasileiras de instâncias inferiores favoráveis³⁵ e contrárias³⁶ ao direito ao esquecimento. Do mesmo modo, salienta-se que tentativas de impedir a redivulgação de fatos, com o intuito de “apagar” o passado já foram levadas aos tribunais sem, porém, ter sido dado este nome especificamente, como é a hipótese do representativo acórdão do TJRJ, no caso Doca Street³⁷, cujos recursos extraordinários e especial não foram admitidos.

Todavia, o estudo concentrar-se-á nas decisões do STJ, tanto pela posição ocupada pelo tribunal, quanto pelo impacto que causaram.

Ademais, a prova da relevância e da precisão do momento do estudo das decisões e do tema em si é verificada também por ter o STF

³⁵ TJDF, Apelação Cível 20100112151953APC, Relatora Desembargadora Vera Andrighi, data do julgamento 19/03/2014; TJPR, Agravo de Instrumento n. 1269720-6, Relator Desembargador José Aniceto, data do julgamento 24/10/2014; TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0012244-34.2015.8.19.0000, Relator Desembargador Antonio Saldanha Palheiro; TJSP, Agravo de Instrumento n. 2031385-10.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Loureiro, data do julgamento 26/03/2015; TJSP, Agravo de Instrumento n. 1003642-61.2014.8.26.0005, Relator Desembargador Francisco Loureiro, data do julgamento 02/12/2014

³⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2015.021131-7, Relator Desembargador Henry Petry Junior, data do julgamento 18/06/2015. Como se pode observar, decisões favoráveis são mais facilmente encontradas.

³⁷ TJRJ, Apelação Cível, Relator Desembargador Milton Fernandes de Souza, data do julgamento 28/03/2006. Extrai-se da ementa: “IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES. (...) a informação que apresenta fatos ou ideias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los e deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser corretamente informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada. 6 – Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagem individuais. (...) 8 – Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com o seu passado.”

reconhecido a repercussão geral no caso Aída Curi, confirmando a presença de importantes questões em aberto no direito ao brasileiro.

1.2.3.1. STJ - Caso da Chacina da Candelária/REsp n. 1.334.097 - RJ e Caso Aída Curi/REsp n. 1.335.153-RJ

1.2.3.1.1. Breve resumo dos casos

Jurandir Gomes França foi injustamente acusado no trágico episódio da Chacina da Candelária, ocorrido em 1993, o qual recebeu ampla cobertura da mídia. Ele foi um dos réus do processo penal instaurado pela morte de crianças e adolescentes, tendo sido vítima de um inquérito policial impreciso e atabalhoado. Apenas cinco dias antes do julgamento, o que já significavam três anos após o crime e de prisão, um ex-soldado da Polícia Militar, Nelson Oliveira dos Santos Cunha, confessou sua participação no delito, apresentou o nome dos demais envolvidos e declarou que três dos quatro até então denunciados eram inocentes. Neste momento, o pesadelo de Jurandir começou a ter fim e, enfim, ele foi absolvido.

Em 2006, o programa Linha Direta – Justiça da Rede Globo, narrou a chacina, fazendo, inclusive, referência ao processo e ao equívoco da investigação policial que culminou com a condição de réu de Jurandir.³⁸

Jurandir que durante a preparação do programa recusou-se a dar entrevista e manifestou seu desinteresse em ter sua imagem veiculada

³⁸ O programa continua disponível na *internet*. <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm> Acesso em 15/09/2015.

No site, há a informação sobre a prisão precipitada de três inocentes que foram processados injustamente e que ficaram presos durante três anos, libertados apenas quando da confissão de um dos assassinos. Do mesmo modo, há a informação de que a equipe pesquisou a documentação do caso, ouvindo autoridades, policiais, integrantes de ONGs e jornalistas, inclusive o sobrevivente Wagner dos Santos, que atualmente vive em Genebra, na Suíça, sob proteção especial. O site informa também que Nelson Cunha, que confessou o crime, e Marcos Vinícius Emmanuel propuseram ação para impedir a veiculação do programa ou a não divulgação de seus nomes. O primeiro grau de jurisdição concedeu liminar, mas foi cassada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O programa foi finalista da categoria Atualidades do Prêmio Emmy Internacional.

em rede nacional e ver o seu infeliz envolvimento lembrado, propôs ação indenizatória contra Globo Comunicações e Participações S/A, com fundamento no direito à paz, à privacidade e ao anonimato, bem como na ilicitude da exposição de sua imagem e nome. Ele argumentou que a transmissão do programa reacendeu o ódio social, ligando-o novamente a condição de chacinador e, assim, problemas, que já haviam sido superados, ressurgiram.

O primeiro grau de jurisdição, ponderando o interesse público de se noticiar fato traumático da história nacional e o direito ao anonimato e ao esquecimento, concluiu pela precedência do primeiro e julgou improcedente o pedido.

Já no TJRJ, a sentença foi reformada com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito que têm os cidadãos de alcançar a felicidade, constituindo abuso de direito a divulgação de informação e de imagem daquele que, já tendo retornado ao anonimato, manifestou o interesse de assim permanecer. A decisão foi por maioria e os embargos infringentes, igualmente por maioria, foram rejeitados, sob o fundamento de que a discussão não se concentra na veracidade das informações, mas sim no direito de se impedir a retomada de fatos pretéritos e no impacto ocasionado na esfera privada do autor. Do mesmo modo, a ponderação de valores foi utilizada, destacando-se, de um lado, o direito da livre informação, que protegeria o interesse privado do veículo de comunicação, já que tem por objetivo o lucro, e o direito dos destinatários da informação e, do outro, o direito à inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. Ainda no acórdão dos embargos infringentes, afirmou-se que se poderia ter desfigurado eletronicamente a imagem e ter-se utilizado um pseudônimo, o que não representaria uma violação à liberdade de expressão e garantiria o direito ao qual estava se contrapondo, que era merecedor de mais atenção e preponderância. Por fim, dispôs-se que se o direito ao esquecimento deve beneficiar os condenados por crimes, com maior razão deve proteger os absolvidos e que o autor não é uma pessoa pública, desse modo, sendo a notícia referente a fato do passado, não mais representando novidade jornalística, mostrou-se adequada a condenação ao pagamento da indenização de R\$ 50.000,00, até para que atendesse ao seu conteúdo punitivo-pedagógico.

Aída Curi foi vítima de homicídio em 1958, fato que teve grande repercussão nacional. A causa da morte da jovem de 18 anos foi a queda do terraço de um prédio em Copacabana, Rio de Janeiro, com o intuito

de simular um suicídio, após uma tentativa de estupro.³⁹ Em 29/04/2004, o Programa Linha Direta Justiça narrou o caso e o julgamento.⁴⁰ Os irmãos da vítima Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi propuseram ação indenizatória, alegando que o tempo já havia garantido o esquecimento do crime e a emissora agiu ilicitamente ao resgatar o sofrimento deles com a narração do triste episódio, explorando a imagem da falecida e a tragédia familiar com intuito de lucro, não obstante ter sido notificada extrajudicialmente para não o fazer.

O primeiro grau de jurisdição e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluíram pela impossibilidade de condenação da empresa-ré ao pagamento de indenização.

Em suma, o TJRJ fundamentou a decisão colegiada na liberdade de expressão e em razão de os fatos serem do conhecimento público e de terem recebido, no passado, ampla divulgação pela imprensa, com discussão, inclusive, nos meios acadêmicos.

No que tange ao esquecimento, conforme decidiu o STJ (2013, p. 5), há a afirmação de que ele “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.”

Em ambos os casos foram interpostos recursos especial e extraordinário pelos sucumbentes.

1.2.3.1.2. REsp n. 1.334.097 - RJ – Caso da Chacina da Candelária: aplicação do direito ao esquecimento

O acórdão da Quarta Turma do STJ, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, por unanimidade, desproveu o Recurso Especial interposto pela Globo Comunicações e Participações S/A.

Para a análise da decisão foram formulados tópicos, que, entende-se, retratam os aspectos principais do julgado, sistematizando o estudo.⁴¹

³⁹ Conforme relata o voto vencido do Ministro Marco Buzzi.

⁴⁰ O resumo do apresentado pelo programa está disponível em <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,G1J0-5257-215780,00.html>. Para este caso, porém, o vídeo com a íntegra do episódio não foi encontrado na internet.

⁴¹ Acredita-se que isto facilitará maior objetividade na formulação das críticas a serem desenvolvidas no próximo capítulo.

a) Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos – definição e caracterização

Já na ementa, a decisão, ao delimitar o propósito do autor, coloca o direito ao esquecimento como “um 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.”

O acórdão afirma que a controvérsia concentra-se na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, mais precisamente porque transcorridos 13 anos entre o evento criminoso (e a divulgação acontecida à época) e o programa Linha Direta Justiça, que recontou a história e foi responsável por provocar ao autor a retomada de memórias da amarga experiência a que foi submetido por uma acusação infundada e pelo resgate da desconfiança social sobre a sua pessoa.

O relator ressalta que são muitos os precedentes envolvendo publicações jornalísticas e ofensas aos direitos da personalidade. Todavia, apresenta que, normalmente, trata-se de casos em que estão presentes simultaneamente a ilicitude da publicação e a contemporaneidade da notícia. E nos julgados que se concentravam no exame da ilicitude, já se havia concluído pela existência de algumas limitações à liberdade de imprensa, estabelecendo-se o compromisso com a informação verossímil; a proteção dos direitos da personalidade; a não realização de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar; a não exigência de verdades absolutas, até para que atendidas as peculiaridades do jornalismo (velocidade na difusão da informação), o que deve ser aliado a não divulgação de meros rumores. Porém, a demanda presente não se enquadra nestas possibilidades e o ponto crucial a ser examinado não é a veracidade dos fatos, mas justamente a fluência do tempo e os efeitos negativos na vida pessoal do autor causados pela nova narrativa do evento.

Para o STJ, portanto, a preocupação com a veracidade do retratado não é elemento a ser considerado, tampouco a forma da rerepresentação do evento.

O acórdão até reconhece que a emissora não tratou o senhor Jurandir de maneira desrespeitosa e que o programa não faltou com a verdade. Do mesmo modo, há a afirmação que o inquérito policial, durante a chacina da candleária, foi uma balbúrdia e que tal episódio integra a história brasileira.

b) Direito ao esquecimento para o caso de publicações na mídia televisiva - exclusão da internet

A decisão adverte que o estudo efetuado concentra-se nas publicações na mídia televisiva, não podendo, segundo apontado, ser estendido para a internet, em razão das dificuldades técnicas e da supranacionalidade do tema.

Ainda assim o acórdão registra a existência de um debate atual sobre o direito ao esquecimento também no ambiente virtual, envolvendo temáticas que extrapolam a questão criminal, consoante se observa dos exemplos apresentados e das referências legislativas internacionais apontadas.

c) Direito ao esquecimento e o direito comparado

O acórdão sinaliza a existência de precedentes do direito comparado.

Citou-se a obra de François Ost, que, por sua vez, faz referência a uma decisão do “Tribunal de última instância de Paris”⁴², de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, que, afirmou-se, teria consagrado o direito ao esquecimento, ao tratar como ilegítima a lembrança de acontecimentos aptos a ferir a sensibilidade do envolvido ou quando não for fundada nas necessidades históricas, devendo ser imposto inclusive aos jornalistas e beneficiar também condenados que buscam a ressocialização.

Ainda em relação ao direito francês, valendo-se do livro “Proteção da vida privada e liberdade de informação” de René Ariel Dotti, o acórdão aponta a decisão do caso Marlene Dietrich, julgado pelo Tribunal de Paris, como sendo uma pedra fundamental do direito ao esquecimento⁴³. É transcrito trecho da obra que assevera que o direito ao esquecimento, como manifestação da vida privada, foi, com o referido litígio, reconhecido definitivamente pela jurisprudência francesa.

Do direito francês segue para o direito norte-americano e é apresentado, igualmente com base na obra de René Ariel Dotti, o caso *Melvin vs. Reid* (1931, Tribunal de Apelação da Califórnia), como uma

⁴² Em consulta direta na fonte original ao julgado o Tribunal indicado é o “Tribunal de Grande Instance de Paris”. In: França. T.G.I. Paris, 20 abril 1983, Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse; J.C.P, 1983, II. 20434, obs. London.

⁴³ Ver nota anterior, quando se registrou discordância deste posicionamento.

hipótese de reconhecimento explícito do direito ao esquecimento vinculado à privacidade.

E do direito alemão, é apontado o notório caso Lebach.

d) Direito ao esquecimento – adequação ao ordenamento jurídico brasileiro

Da ementa do acórdão, extrai-se imediatamente a informação de que o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos decorre da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e dos limites previstos à atividade informativa.

Consoante a decisão colegiada, o fato de a liberdade de expressão ser restringida por dispositivos constitucionais ligados à proteção da vida privada, intimidade, honra, imagem, valores da pessoa e da família indica, ainda que se deve observar o caso concreto, que há uma inclinação constitucional pela proteção da pessoa humana, acarretando na preponderância dos direitos da personalidade em detrimento da liberdade de informação. A mesma conclusão, salienta, é evidenciada pelos artigos 11⁴⁴, 20⁴⁵ e 21⁴⁶ do CC.

Dessa forma, ao lado da principiologia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, o acórdão sustenta que as normas infraconstitucionais igualmente oferecem suporte legal para o direito ao esquecimento.

É destacado que a estabilização do passado e o esquecimento, mesmo que mais facilmente visualizados nos institutos penais, - perdão, anistia, reabilitação penal e sigilo da folha de antecedentes -, também foram consagrados em outras áreas, como prescrição, decadência,

⁴⁴ CC, Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁴⁵ CC, Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁴⁶ CC, Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para manutenção do devedor em bancos de dados de restrição ao crédito. Afirma-se que se a reabilitação, o sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros de condenação no Instituto de Identificação beneficiam o condenado, com maior razão, o absolvido deve ser igualmente tutelado pelo direito de ser esquecido. E, com isto, dever-se-ia chegar à conclusão de que inexistente base jurídica para a afirmação de que uma notícia lícita não pode se transformar em ilícita com o passar do tempo.

A veracidade da informação, apresenta o Relator, não garante a licitude da informação, não faz com que a liberdade de imprensa seja um direito absoluto e ilimitado, sendo evidente, afirma, ilícita a divulgação de hábitos sexuais, sejam eles de pessoas anônimas ou públicas, ainda quando se tratar de fato incontestável.

e) Liberdade de expressão – mídia do século XXI

Ao examinar uma possível censura à liberdade de imprensa provocada pela consagração do direito ao esquecimento, o acórdão, inicialmente, salienta o vínculo estreito do direito à imprensa livre com o Estado Democrático de Direito. E adverte que o passado de descontinuidade democrática faz pairar grande desconfiança sobre qualquer limitação que se pretenda fazer à imprensa. Há, no entanto, que se considerar que a mídia do século XXI deve pautar-se em valores atuais e «os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos os custos.» (STJ, 2013, p. 28)

Desse modo, considerando-se que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, havendo inclusive previsões constitucionais restritivas, como já apontado acima, haveria, para o STJ, uma inclinação para a proteção à pessoa humana.

f) Direito ao esquecimento e a historicidade de crimes

Inicialmente, é ressaltada a importância da História e dos fatos sociais para a sua composição. Acontecimentos diversos e personagens variados é que vão permitir que no futuro sejam conhecidas as características de uma época. E nesta linha, um crime, reconhece a decisão, também integra a história de uma sociedade.

No entanto, é colocado que a eternização da informação penal não pode ser admitida e o interesse público, que é o fundamento para a sua manutenção, desaparece com a resposta penal ao evento criminoso, ou seja, com a extinção da pena ou com a absolvição. A exceção, dizem, deve ser reservada para os crimes históricos e, ainda assim, quando a divulgação da imagem e do nome da pessoa condenada ou absolvida mostrar-se imprescindível para a narração do ocorrido. Deste modo, embora se trate de um ponto importante a ser examinado, o direito ao esquecimento não pode ser obstado pelo fato de se tratar de um crime histórico, como é o caso da Chacina da Candelária, devendo-se ponderar de acordo com o caso concreto.

Nos termos do acórdão, retratar indefinidamente um crime, sob o argumento de sua historicidade «pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado» e o «reconhecimento do ‘direito ao esquecimento pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.» (STJ, 2013, p. 36)

Consoante a decisão, quando se tratar de historicidade da notícia jornalística policial é exigida cautela, pois a exploração midiática exacerbada cria de forma artificial crimes históricos e criminosos famosos, o que pode inclusive influenciar o julgamento pelo Tribunal do júri.

g) Ponderação

O acórdão, partindo da premissa de que há colisões de direitos, que devem ser equacionadas através da ponderação, aponta o que considera serem os parâmetros para que oferecidas as soluções pertinentes.

Do conflito entre o interesse público na divulgação de casos judiciais e a privacidade ou intimidade dos envolvidos, justamente com base no art. 5º, inciso LX⁴⁷, a harmonização deve dar-se mediante a proteção da pessoa, o que ocorrerá com a divulgação apenas da sentença ou do julgamento.

No que concerne à colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, mais especialmente, o direito ao esquecimento, a

⁴⁷ CRFB. Art. 5º, LX. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou do interesse social do exigirem.

ponderação de valores que oferece a melhor solução ao conflito é a de não impedir a divulgação de um crime histórico, porém, deve-se ocultar o nome e a imagem daquele que deseja não ter o seu envolvimento lembrado.

O acórdão do STJ cita trecho da decisão do TJRJ, relatado pelo Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres:

Sem dúvida há, nisto, uma restrição à informação; mas não nos parece que essa restrição atente contra o interesse público, nem contra o interesse privado do veículo de comunicação: a população em geral não estará menos bem informada, nem estará o meio de comunicação impedido de transmitir a notícia em sua essência.

(...)

Daí que, num juízo de ponderação, nos pareça forçoso concluir que a omissão do nome e imagem do autor em nada comprometeria a qualidade jornalística; mas, por outro lado, a sua publicação repercutiu, severamente, no âmbito da vida privada do ora embargado.

Ademais, o STJ, no acórdão ora examinado, preocupa-se com a receptividade do homem médio brasileiro ao assistir este tipo de programa. E reforça que o fato de a reportagem ser fidedigna à realidade não impede que uma nova ofensa seja perpetrada ao homem que foi injustamente indiciado por um inquérito policial defeituoso.

1.2.3.1.3. REsp n. 1.335.153-RJ - Caso Aída Curi: não aplicação do direito ao esquecimento

No Recurso Especial n. 1.335.153-RJ foi igualmente apresentada a teorização relativa à presença do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro. Por esta razão, inclusive, remete-se aos tópicos acima formulados que, acredita-se, retratam e sintetizam a linha de pensamento do tribunal sobre o tema.

Entretanto, a irrisignação contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que manteve a sentença de primeiro grau, não foi acolhida e, assim, os irmãos de Aída Curi, vítima de violência sexual e homicídio, em 1958, cujo crime igualmente foi narrado no programa Linha Direta – Justiça da Rede Globo, não tiveram reconhecido o direito à indenização por danos morais.

Os autores apresentaram linha argumentativa similar à indicada no caso acima narrado, inclusive a de que não teriam autorizado a

veiculação do programa, o qual teria reavivado o sofrimento provocado pela morte da irmã.

O acórdão, contudo, entendeu que se trata de acontecimento que entrou para o domínio público, sendo impossível retratar o caso Aída Curi, sem fazer referência à própria jovem vitimada.

A decisão colegiada salienta que o direito ao esquecimento, além de poder ser invocado por condenados que cumpriram pena e absolvidos, também deve beneficiar a vítima de crimes e familiares. Mas, registrou-se que, “por torpeza do destino”, em um crime de repercussão a vítima normalmente é elemento indissociável do delito, não sendo possível narrá-lo sem referência a ela, o que é o caso dos autos.

Salientou-se, ainda, que a aplicabilidade do direito ao esquecimento não necessariamente implicará condenação indenizatória, pois mesmo que presente a ilicitude pode inexistir abalo moral. E é, segundo consta, a hipótese do pleito dos irmãos de Aída Curi, pois tendo passado cinquenta anos do fato, embora existente desconforto, a lembrança do fato não enseja o direito à compensação dos danos morais trágico em virtude da dor diminuída pela fluência do lapso temporal.

E, novamente, fazendo uso da ponderação, é colocado que, no caso examinado, o direito ao esquecimento não se apresentava como um instrumento para impedir uma nova exploração midiática, pois a cobertura do crime na origem teve ampla publicidade, mas não abusiva. Igualmente, a partir do mesmo método decisório, considerou-se que determinar o pagamento da indenização seria atingir de modo desproporcional à liberdade de imprensa.

No que pertine ao uso indevido de imagem e à incidência da Súmula n. 403⁴⁸ do próprio Tribunal, foi firmado que a divulgação sem consentimento não será necessariamente ilícita, o que é o caso de imagem publicada de forma respeitosa ou sem finalidade comercial ou econômica. Concluiu-se que a imagem da vítima não foi usada como um chamariz de audiência, já que mostrada uma única fotografia, tendo ficado claro que o objetivo do programa era, de fato, o crime em si, inclusive porque na maior parte do tempo foi realizada a dramatização com atores contratados.

E, de acordo com a decisão do TJRJ, citada pelo STJ, levou-se em consideração o resultado da pesquisa no google a partir do nome de

⁴⁸ STJ – Súmula n. 403: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

“Aída Curi, que alcança o número de 470.000 anotações demonstrando a ampla divulgação do evento” (2013, p. 38). Neste caso, foi dito que a emissora de televisão 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.” (2013, p. 38)

Votaram vencidos a Ministra Maria Isabel Gallotti e o Ministro Marco Buzzi.

Para a Ministra Maria Isabel Gallotti não se trata de censura, pois não se impediu a transmissão do programa, mas sim de reparação de danos; não é questionável a veracidade do relatado no programa, mas o direito de imagem da falecida e dos seus irmãos, que aparecem ao lado do corpo; o programa, com natureza comercial, ignorou a notificação extrajudicial dos autores solicitando à emissora a não apresentação; aplicação do art. 20 do Código Civil e da Súmula 403; inexistência de atualidade, eis que o fato ocorreu na década de 50, e ausência de interesse público que, normalmente, configura-se quando os crimes estão em fase de persecução criminal; a vítima não é personagem histórica, sendo injustificável a mitigação da sua intimidade e o fato de o crime ter tido ampla divulgação à época não modifica este cenário; a quantidade de *links* (470.000) demonstra, na verdade, como o programa Linha Direta resgatou assunto que estava esquecido.

O Ministro Marco Buzzi, por sua vez, firmou que a emissora, com intuito econômico e explorando comercialmente as imagens do episódio, rememorou o crime que a família da vítima não desejava recordar e que o delito não se relacionava com nenhuma atividade política, social ou sociológica a fundamentar eventual interesse público, o que justificaria a mitigação da privacidade em favor do direito à informação. A eternização da informação neste caso, representou, então, uma violação ao direito ao esquecimento. Sustentou que cabível, portanto, a condenação ao pagamento da indenização.

Os casos, “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, ainda não tiveram o seu desfecho. Eles serão examinados pelo Supremo do Tribunal Federal, havendo, inclusive, repercussão geral no segundo caso.

1.2.3.2. STF - Caso da Chacina da Candelária/ - RExt com Agravo n. 789.246/RJ e Caso Aída Curi/ RExt com Agravo n. 833.248/RJ

O Rext. com Agravo n. 789.246, relatado pelo Ministro Celso de Mello, corresponde à “Chacina da Candelária”, sendo recorrente Globo Comunicações e Participações S/A.

E o Rext. com Agravo n. 833.248, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, refere-se ao caso “Aída Curi”. E algumas observações são necessárias, em decorrência da repercussão geral.

Os irmãos da vítima, Aída Curi argumentam que o direito ao esquecimento, como um aspecto da proteção da dignidade humana ainda não foi apreciado pelo STF, concentrando-se a inovação no fato de que não se trata de uma busca pela ressocialização de um condenado, mas a análise do tema na esfera civil sob o ângulo da vítima. Sustentam também a importância de se conceder maior nitidez na relação entre os órgãos de imprensa e o princípio da dignidade.

A repercussão geral foi concedida com fulcro na necessária harmonização entre os princípios da liberdade de expressão e o direito à informação com a dignidade da pessoa humana e seus corolários, como imagem, intimidade e vida privada.⁴⁹

O reconhecimento da repercussão geral deu origem ao tema n. 786 (“aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”).

Importante advertir que este tema n. 786 deve ser lido com extrema cautela. Como se trata de um recurso interposto pela família da vítima, a fundamentação concentrou-se na invocação de um direito ao esquecimento adequado à situação concreta, ou seja, a eles relacionada.

No entanto, ao contrário do que uma leitura apressada poderia indicar, é fundamental que se registre que não há no STF nenhuma decisão que garanta o direito ao esquecimento como elemento limitador da liberdade de expressão mesmo quando se refira aos condenados, seja na esfera civil ou não. Há julgados relacionados à reabilitação criminal, atestado de antecedentes criminais e à questão da reincidência, mas nada ligado ao tema delimitado na presente tese, ou seja, à liberdade de falar sobre assuntos do passado.

⁴⁹ Em 28/05/2016, a informação no *site* do STF é que, em 19/03/2015, foi dada vista à Procuradoria Geral da República.

1.3. Direito ao esquecimento digital: peculiaridades

Inicialmente, cabe observar que quando, previamente, tratou-se da doutrina não se fez distinção quanto ao veículo de comunicação provocador da invocação do direito ao esquecimento. Foram apresentados aspectos gerais, por vezes, já incluindo o cenário virtual no debate. Isto porque se sustenta que o pano de fundo de um desejo de as pessoas serem esquecidas e de não terem o seu passado invocado e rememorado por uma comunicação é o mesmo, independentemente do formato em que a discussão é gerada, seja mídia impressa, de rádio, de televisão, cinematográfica, internet etc. O cenário diferente não é argumento suficiente para cindir o estudo, que deve se concentrar na fluência temporal como um possível obstáculo à livre expressão independentemente do veículo que se pretende promover a comunicação. Por este motivo, defende-se a importância de um estudo conjunto dos elementos essenciais sobre o tema, embora não se negue a existência de especificidades quando a questão concentra-se no ambiente da *internet*.

Cumpra, portanto, registrar contrariedade ao posicionamento do STJ no julgamento do caso da “Chacina da Candelária”, pois, conforme se destacou nos tópicos formulados quando de sua análise, o acórdão limitou o estudo para o caso de publicações na mídia televisiva, excluindo a *internet*.

Reconhece-se a complexidade técnica quando a discussão é transposta para o ambiente virtual, e é com o objetivo de se examinar as principais peculiaridades do direito ao esquecimento digital que se justifica a elaboração do presente tópico.

A tecnologia, de fato, modificou o comportamento social. É indubitável que a humanidade vive um momento inédito, uma nova forma de organização pautada pela tecnologia, que deixou de ser acessível apenas para as grandes corporações e objeto de obras de ficção científica, passando a integrar a vida do indivíduo. Muito do que é comum, rotineiro nos dias de hoje, há 10 ou 20 anos era simplesmente impensável.

A *internet* mudou a forma de se ter o acesso à informação⁵⁰. Ela é um espaço propício para o exercício da liberdade de expressão e, portanto, de comunicação.⁵¹

⁵⁰ Não necessariamente sempre com mais qualidade, pois, até pelo excesso, é preciso um bom conhecimento prévio para se identificar as boas fontes e referências

Hoje, a velocidade e a praticidade tornaram-se características facilmente perceptíveis em uma pesquisa, seja ela científica ou não.

Como a informação é a matéria-prima essencial da ciência, da política, da história, do jornalismo e mesmo da cultura e da arte, a rede mundial de computadores contribui para a circulação de ideias e a proliferação de opiniões.

Burgorgue-Larsen (2009, p. 67) fala de uma revolução do saber e mesmo de uma mudança nos métodos de trabalho e na deontologia dos jornalistas. A autora (2009, p. 70) afirma ainda que a internet passou a integrar a política e revisou a forma de expressão democrática.

A inovação trazida por este novo mundo reúne incontáveis vantagens.

Imagine-se os benefícios que se teria caso tivesse sido possível catalogar e disponibilizar virtualmente, por exemplo, dados climáticos dos últimos tempos ou de se ter fácil acesso às notícias de décadas e de séculos passados. Ou, vislumbre-se, o que se deseja que venha a ser factível em um futuro próximo, as vantagens de se ler de qualquer lugar, livros raros, muitos, ainda hoje, restritos a poucas salas de consulta de bibliotecas do mundo. As gerações futuras provavelmente terão esta chance.

No geral, defende-se, o saldo é positivo, mas, evidentemente, os efeitos colaterais existem e a ciência jurídica depara-se com inúmeros novos desafios. Acredita-se que determinados direitos como a privacidade e a imagem tornaram-se mais vulneráveis. Não é difícil perder o controle sobre a foto inserida (voluntariamente ou não) na rede social ou sobre as ideias e críticas expressadas em um texto postado em um blog. E as questões não se restringem a isto. A internet também é campo propício para a prática de crimes, como a violação da propriedade intelectual, das fraudes praticadas contra o comércio eletrônico e dos atentados contra dados sigilosos estatais ou não.

Ademais, as informações dos usuários da *internet* são armazenados e tratados por grandes corporações, que visam alta lucratividade, e que não estão apenas preocupadas em propiciar a melhor informação aos seus usuários.

⁵¹ STF, ADPF n. 130, Relator Ministro Carlos Britto, data do julgamento 30/04/2009. Extrai-se da ementa “Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. »

Cintia Rosa Pereira de Lima (2014, p. 3) assevera que a busca pela informação e por dados pessoais é desmedida, alimentando o formato atual da economia de mercado. A autora chama atenção para o fato de que muitos serviços oferecidos na internet são aparentemente gratuitos, porém, na verdade, o preço são os dados sobre a própria pessoa (“*the user is the content*”).

Como assevera Isabelle Falque-Pierrotin (2012, p. 33), ainda que os pioneiros da *internet* reiviniquem a sua independência em relação aos governos, este idealismo não pode representar uma renúncia aos direitos fundamentais.

E não há dúvidas que toda a problemática envolvendo o direito ao esquecimento potencializa-se diante da forma em que se dá a divulgação das informações, bem como o armazenamento e o acesso de dados nos dias de hoje.

A obra “Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age” de Viktor Mayer-Schönberger é referência para o estudo do direito ao esquecimento no ambiente da *internet*.

Já no início do livro, Mayer-Schönberger (2009, p. 11) narra um exemplo, o qual é fartamente repetido por outros autores que também tratam sobre o tema. É a história de Stacy Snyder que, em 2006, aos 25 anos, foi impedida de se tornar professora, apesar de ter concluído todos os créditos do curso, passado em todos os exames e feito toda as atividades práticas. O motivo da recusa foi o seu comportamento que, segundo a universidade, seria incompatível com o de uma professora. Tal conclusão decorreu de uma foto que ela mesma havia disponibilizado na rede social *myspace*, em que estava vestida com um chapéu de pirata e bebendo em um copo plástico, com a legenda “pirata bêbado”. Para o autor não se trata de analisar a validade (ou estupidez) da decisão tomada pela universidade que negou o certificado a Stacy, mas refere-se a algo, consoante afirma, muito mais importante que é o esquecimento.

Outra situação apontada por Mayer-Schönberger (2009, p. 12) envolve Andrew Feldmar, psicoterapeuta canadense, que foi impedido de entrar nos Estados Unidos, coisa que já havia feito diversas vezes anteriormente, porque o guarda de fronteira acessou um motor de busca na *internet* e viu que ele era o autor de um artigo, no qual havia mencionado sua experiência com LSD na década de 60. Para o autor, ainda que Andrew não tivesse nenhum registro criminal e não utilizasse mais drogas desde 1974, como a tecnologia fez com que a sociedade perdesse a capacidade de esquecer, ele foi impedido de cruzar a fronteira entre o Canadá e os Estados Unidos.

Mayer-Schönberger chega a valer-se de uma situação hipotética em que uma mulher, após ter se animado de reencontrar o amigo do passado, acaba por desistir do novo encontro ao ler os emails antigos e reviver as mágoas por ele provocadas. O autor tenta com este exemplo comprovar que o esquecimento é saudável e que a mulher já havia perdoado e estava sentindo-se feliz com o reencontro, mas que a tecnologia teria sido a responsável pelo ressurgimento dos sentimento ruins.⁵²

Consoante afirma Mayer-Schönberger (2009, p. 11), antigamente, esquecer era a regra e lembrar era a exceção, mas, atualmente, com a tecnologia, esta lógica se inverteu. Ele (2009, p. 59/63) reconhece a importância do desenvolvimento tecnológico e das ferramentas criadas para contornar a incapacidade humana de memorização, afinal, inegável o papel fundamental da informação, por exemplo, para a medicina, economia e governo. No entanto, adverte para um possível mau uso destas informações armazenadas, o que se agrava com a dificuldade de se controlar o acesso das informações pessoais, o que, aliás não é algo que surgiu com as novas tecnologias, mas que foi por elas agravada.⁵³

O autor (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 100/102) afirma que é preciso reintroduzir o esquecimento. Há a necessidade de que ele seja facilitado, ainda que em uma proporção muito pequena⁵⁴. Ele sugere alguns caminhos possíveis para viabilizar esta empreitada, como, por exemplo, um período de validade para a informação, através do qual o usuário ao criar um documento, possa selecionar por quanto tempo ele existirá, com a possibilidade de alterá-la⁵⁵.

⁵² Talvez, uma caixa com cartas antigas, ou quem sabe até uma conversa com uma amiga, teria provocado a mesma reação...

⁵³ MAYER-SCHÖNBERGER (2009, p. 84/85) relata, por exemplo, o cadastramento feito pelo governo holandês, na década de 30, de todos os cidadãos com o objetivo de melhor prestação dos serviços públicos, próprios da organização do *welfare state*. Na coleta de dados, solicitou-se nome, data de nascimento, endereço e religião, dentre outras informações. Porém, com a invasão pelos nazistas, estes dados foram acessados e os habitantes judeus e ciganos do país foram presos e mortos em uma percentual muito mais alto (73%) do que em outros países que não contavam com estes registros organizados, como, por exemplo, Bélgica (40%) e França (25%).

⁵⁴ Nas palavras do autor (2009, p. 100), "I suggest we reset this balance, and make forgetting just a tiny bit easier again than remembering (...)"

⁵⁵ Na sequência, ele explica as questões técnicas atreladas a esta sugestão, o que não é o objeto de estudo da tese.

As provocações de Mayer-Schönberger são interessantes, pois, de fato, é preciso discutir a circulação e utilização dos dados pessoais na internet.

Daniel Sarmiento (2015, p. 44), já citado, mesmo que tenha se oposto ao direito ao esquecimento no formato apresentado pelas decisões do STJ, também demonstra preocupação com o que afirma ser a memória praticamente infinita da internet e com a possibilidade de questões particulares ficarem armazenadas nas nuvens cibernéticas, impedindo, por exemplo, alguém de se empregar em virtude de uma foto em estado de embriaguez durante a sua adolescência. Ele (2015, p. 45) fala, então, da possibilidade de um direito ao esquecimento, apesar de sustentar a impropriedade da terminologia, que permita o controle sobre dados pessoais disponíveis na internet e destituídos de interesse público.

Aliás, não é incomum se deparar com boa dose de pessimismo quando o assunto é internet⁵⁶, especialmente, no que concerne à eternização de informações negativas.

Lima (2014, p.1), por exemplo, destaca:

A sociedade atual apresenta uma característica interessante, qual seja: a consolidação de relações em rede. Este traço ficou ainda mais marcante com a Internet e seus aplicativos, notadamente as redes sociais, seja as de relacionamento (e.g. Facebook), as de compartilhamento de informações (e.g. YouTube) e as ferramentas de busca (e.g. Yahoo, Google, Bing etc). O problema destas novas ferramentas é que a inserção de uma informação tende a se eternizar. Em outras palavras, estes dados ficam disponíveis e latentes, pois a qualquer momento um comentário ou uma postagem pode reviver em proporção catastrófica fatos vividos por outras pessoas, geralmente em um contexto vexatório.

Arrisca-se a dizer que há um senso comum de que aquilo que é disponibilizado virtualmente tende a se perenizar, fazendo com o que o tempo de vida da informação prolongue-se indefinidamente e o esquecimento não mais integre o curso, outrora, considerado natural.

⁵⁶ Ao menos é a constatação feita por Peter Fleischer na conferência sobre “*droit à l’oubli numérique*” ocorrido em 12/11/2009, na Science Po em Paris, disponível em <http://www.numerama.com/magazine/14511-video-conference-sur-le-droit-a-l-oubli-numerique.html>. Acesso em 10/08/2015.

Com o intuito de contribuir para o debate, é salutar questionar se a internet, de fato, tem esta memória infalível.

Assim, Meg Leta Ambrose (2013, p. 369), no artigo “It’s about time: privacy, information life cycles, and the right to be forgotten”, informa que, não obstante o senso comum de que a informação permanece *on line* para sempre e que isto tem conduzido países da Europa, a União Europeia e mesmo os Estados Unidos a pensarem em um direito a ser esquecido, os números, na verdade, conduzem para uma conclusão diversa, pois “85% dos conteúdos desaparecem em um ano e 59% desaparecem em uma semana”.⁵⁷

A dificuldade, porém, está em se saber quais as informações que permanecem, quais as razões para que isto se dê e se há um padrão para este processo.

Laure Marino (2013), em outro contexto, mas em tom igualmente questionador, afirma que no mundo digital, da mesma forma que no mundo de papel, o esquecimento decorre do tempo. A página não é apagada, mas a pesquisa pelo motor de busca com o tempo não mais a apresentará com destaque e “um resultado apresentado na página 10 tem pouco risco de ser consultado”.

Marino (2013) conclui:

Não demonizemos, então, a internet e sua memória de elefante. Uma página web de 2008 somente será vista se o internauta tiver a curiosidade de formular uma pesquisa precisa neste sentido, do mesmo modo como um jornal impresso de 2008 somente será consultado se o leitor fizer uma pesquisa em uma biblioteca. Não há maiores razões para interditar uma página da internet do que existem motivos para interditar o formato de papel.

⁵⁷ “It’s about time: privacy, information life cycles, and the right to be forgotten” de Meg Leta Ambrose Disponível em <http://stlr.stanford.edu/pdf/itsabouttime.pdf>. «But, the internet has not defeated time, and information, like everything, gets old, decays, and dies, even on line. Quite the opposite of permanent, the Web cannot be self-preserving. One study from the field of content persistence, a body of research that has been almost wholly overlooked by legal scholars, found that 85% of content disappears in a year and that 59% disappears in a week, signifying a decrease in the lifespan of online content when compared with previous studies.» (AMBROSE, 2013, p. 369)

Enfim, não há dúvidas que se está diante de novas e grandes discussões provocadas pela internet.

E, no que tange propriamente ao estudo do direito ao esquecimento, entende-se necessário analisar as seguintes peculiaridades: as expressões *right to forget* e *right to be forgotten* e a relação com o controle de dados pessoais; a avaliação se existente e se cabível diferença entre a informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado; a distinção entre desindexação e apagamento como possíveis instrumento para operacionalizar o esquecimento.

Ainda, será dado destaque a uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE, de maio de 2014, que ficou conhecido como caso “Google Spain”, a qual fomentou o debate em torno do direito ao esquecimento digital.

1.3.1. Direito ao esquecimento – *right to forget* (direito de esquecer); *right to be forgotten* (direito de ser esquecido)

É preciso atentar para a duplicidade de significados que vem sendo dada para a expressão “direito ao esquecimento” quando o tema é trazido para o cenário digital.

No idioma inglês, faz-se a distinção entre *right to forget* e *right to be forgotten*, que podem ser traduzidos como direito de esquecer e direito de ser esquecido.

Rolf H. Weber (2011, p. 120) afirma que é feita uma confusão quando a questão é enfrentada⁵⁸ e esclarece que o termo “*right to forget*” deve ser reservado para o direito de não mais se mencionar um evento histórico⁵⁹, em função do decurso do tempo desde a sua ocorrência, e que a expressão “*right to be forgotten*”, criada recentemente, corresponde ao pleito do indivíduo de ter certos dados deletados da internet para que terceiros não possam mais segui-los.

O primeiro relacionar-se-ia com fatos históricos do passado que não mais se deseja que sejam recordados, pensando-se em se conceder

⁵⁸ “But viewed precisely, the active and the passive side of the ‘forget’ medal are not identical, and the right to be forgotten should not be confused with the right to forget as happens frequently in blog discussions”. (WEBER, 2011, p. 120)

⁵⁹ Registra-se a diferença para o conceito de direito formulado nesta tese, que não restringiu o direito ao esquecimento aos eventos históricos, ligando-se a acontecimentos publicizados licitamente.

ao indivíduo a chance de esquecer o ocorrido. O segundo, por sua vez, restringir-se-ia praticamente a uma ideia de controle de dados pessoais existentes na internet.

Dessa forma, conforme o conceito que aqui se formulou para o direito ao esquecimento a aproximação ocorreria apenas com o “*right to forget*”, apesar de, no presente estudo não se ter feito restrição aos eventos históricos, mas sim a uma publicização lícita do evento no passado.

A princípio, no Brasil, o direito ao esquecimento não vem sendo tratado como controle de dados pessoais, independente de qualquer lapso temporal (*right to be forgotten*). Como se viu, há uma linha doutrinária que sustenta o direito ao esquecimento em uma atualização do conceito da privacidade, o qual teria passado a corresponder a prerrogativa de se controlar os dados pessoais, porém, para a especificidade do esquecimento, tratam-no na modalidade de controle temporal, ou seja, exigindo-se o elemento tempo.

Não obstante essas considerações, há quem aponte⁶⁰ como um dos fundamentos para o direito ao esquecimento o art. 7º, X, da Lei n. 12.965/2014⁶¹. Contudo, acredita-se que não está adequado aos elementos exigidos para se falar em um direito ao esquecimento, ao menos, no modelo em que ele tornou-se conhecido no Brasil.⁶²

Na França, a questão se apresenta de forma bem similar ao que se colocou para o Brasil. Em francês, a expressão “*droit à l’oubli*”, assim como ocorre no Brasil com “direito ao esquecimento” liga-se diretamente a informações perturbadoras do passado que não se quer sejam lembradas, mas, excepcionalmente, para alguns, tem admitido ambos significados quando se desloca o tema para a internet (*droit à l’oubli numérique*). Há quem identifique no direito francês, por exemplo, o direito ao esquecimento no art. 6º, 5º da Lei n. 78-17 de

⁶⁰ É o que o dispõe, por exemplo, Lima (2014, p. 9-11), consoante já se apresentou ao se tratar da doutrina brasileira.

⁶¹ Lei n. 12.965/2014, Art. 7º, X . “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nestas Lei”.

⁶² Apesar de inexistir qualquer definição sobre quanto tempo seria necessário para se poder falar em direito ao esquecimento, ao se falar em “fluir do tempo” imagina-se que é algo que vai além “do término da relação entre as partes”, ou seja, isto não é suficiente para fundamentar a existência dele.

06/01/1978^{63 64}, que trata sobre informática, arquivos e liberdade, o qual determina que a conservação de dados não pode exceder ao necessário para o atendimento das finalidades para as quais foram coletados e tratados.

Assim, sintetizando o acima apresentado, apesar de no Brasil, a exemplo do que ocorre na França e diferentemente do que se dá nos Estados Unidos, não se ter diferenciado na linguagem o direito de esquecer (*right to forget*) do direito de ser esquecido (*right to be forgotten*) e a conexão com o passado ser elemento chave quando se trata do direito ao esquecimento, há, como visto, o risco de se misturar assuntos sob uma mesma terminologia, ou seja, utilizar-se “direito ao esquecimento” como um direito geral de proteção de dados lançados na internet consistindo em uma prerrogativa de controlar as informações deixadas, voluntariamente ou não.

Desse modo, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

É preciso firmar que o que levou a se falar em um direito ao esquecimento, indubitavelmente, foi o fluir do tempo⁶⁵. Não há como se ignorar a exigência da passagem dele⁶⁶, mesmo quando se está referindo-se a um direito ao esquecimento digital.

Não é adequado falar em um “direito ao esquecimento” com o intuito de se retirar, imediatamente, dados disponibilizados na internet de forma geral ou mesmo quando isto significar violação de direitos da personalidade.

De certa maneira, tudo o que se deseja apagar, excluir, desindexar é para restringir o acesso e, por consequência, tem como objetivo fazer

⁶³

Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>

⁶⁴ Para a CNIL (*Comission Nationale de l'Informatique et des Libertés*), criada pela lei francesa acima referida que a qualifica como uma autoridade administrativa independente, cuja missão essencial é a proteção de dados pessoais (<http://www.cnil.fr/linstitution/qui-sommes-nous/>), o direito ao esquecimento na internet (*droit à l'oubli numérique*) corresponde à possibilidade de cada um controlar seus traços digitais e a sua vida em linha (Relatório de 2013 – Disponível em http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL_34e_Rapport_annuel_2013.pdf).

⁶⁵ Ainda que não se estabeleça quanto tempo para se poder falar em um direito ao esquecimento.

⁶⁶ No mesmo sentido, o Rapport p. 35: “Le temps paraît être une composante nécessaire et caractéristique du droit à l'oubli.”

com que as pessoas deixem de ler, comentar e, quem sabe, venham a “esquecer” o episódio violador de direito, mas é equivocado colocar todas essas questões sob o rótulo de direito ao esquecimento.

E é impróprio falar em direito ao esquecimento, de forma imediata, quando, todavia, poderiam, por exemplo, simplesmente invocar privacidade, honra e imagem.

Ao direito ao esquecimento não é possível atribuir a qualidade de um “direito guarda-chuva” capaz de reunir a tutela de dados pessoais, privacidade, honra e imagem, independentemente de uma especificidade, como a fluência de um lapso temporal.

Mas, como se falou anteriormente, a diferença entre *right to forget* e *right to be forgotten*, no formato acima apresentado por Rolf H. Weber (2011, p. 120) não tem sido considerada pela doutrina majoritária brasileira, que inclusive fala em um controle temporal de dados, conforme se destacou ao se elencar as linhas doutrinárias defensoras do direito ao esquecimento.

Desse modo, para o que aqui se propõe, ao direito ao esquecimento digital aplicam-se as mesmas características do direito ao esquecimento, atentando-se para diferença da plataforma de comunicação e também para as outras peculiaridades a seguir apresentadas.

1.3.2 Informação antiga com acesso facilitado pela internet e informação nova retratando o passado: alguma diferença?

Como se pretendeu estabelecer acima, o direito ao esquecimento conecta-se com o passado e com a retomada de um evento que ao ser lembrado contraria os interesses da personagem envolvida, que, em razão disto, deseja impedir a lembrança do acontecido, mesmo quando não possa argumentar que a veiculação na origem fora ilícita.

O detalhe é que quando este debate relativo ao esquecimento é transferido para a internet, diante da facilidade de acesso aos dados que se têm atualmente, ocorre, de certa maneira, uma modificação no modo de se relacionar com o passado.

Há os temas que estão na ordem do dia. E os assuntos que já perderam o vigor pela passagem do tempo, mas que podem ser mais facilmente reexaminados, a qualquer momento, por intermédio de um computador.

É realmente preocupante a defesa de um direito ao esquecimento, pois não apenas se pretende impedir atos comunicativos novos, como também se quer esconder o que foi produzido à época da ocorrência dos

fatos. Assim, este suposto direito individual alcançaria uma redivulgação feita através de uma nova comunicação (inédita, portanto, que não meramente que reproduza comunicação idêntica já apresentada), e se estenderia também ao divulgado no passado, passível, atualmente, de ser acessado mais facilmente por um provedor de pesquisa.

Caberia, deste modo, propor a questão se o direito ao esquecimento “somente” atinge veiculações novas sobre temas do passado ou se alcança as comunicações legítimas pretéritas e que permanecem disponíveis na internet?

De forma sucinta, pois a análise crítica e o posicionamento acerca do direito ao esquecimento será desenvolvida a partir do capítulo seguinte, vê-se como um grande equívoco impedir o acesso às informações antigas ou mesmo apagá-las, o que seria equivalente à destruição dos suportes físicos mesmo que originalmente legítimos. Igualmente, é impróprio proibir a retomada do assunto através de comunicações inéditas. Ambas as possibilidades ferem frontalmente a liberdade de expressão. Assim, ainda que se reconheça a facilidade de acesso atual, tanto as informações antigas quanto às novas não devem sofrer limites. Se for o caso de comunicação protegida e não violadora de direitos, a informação, independente de quando elaborada, deve circular livremente.

1.3.3. Esquecimento, desindexação, apagamento

Como já se colocou anteriormente, a pretensão de impedir que o passado seja invocado tem particularidades quando se aborda o direito ao esquecimento digital, o que se deve principalmente pelo modo de se pesquisar sobre ele. Não é preciso deslocar-se fisicamente para uma biblioteca, bem como, não se depende de uma redifusão, uma retrospectiva, um programa especial de rádio ou televisão, um filme inspirado em fatos reais, por exemplo. As notícias de jornais digitais, vídeos, comentários, postagens de blogs, em geral, podem estar disponíveis na internet e os motores de busca facilitam sobremaneira a pesquisa pelo assunto de interesse.

É preciso, então, estabelecer alguns conceitos e distinções.

O direito ao esquecimento, consoante delimitação já apresentada, é o direito de não ver relembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (porém, com acesso facilitado por estar disponível na internet), um fato do passado, em função de sua perturbação à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação

ainda que reputado como verdadeiro e publicizado, à época, de forma lícita.

No ambiente virtual, o direito à desindexação e o direito ao apagamento são estratégias indicadas para se tentar garantir o direito ao esquecimento.

O direito à desindexação (*right to be de-indexed; droit à la désindexation* ou *droit au déréférencement*) corresponde à supressão da indicação de links do resultado da pesquisa do provedor de busca. É, portanto, dirigido contra os motores de pesquisa, que, conforme é sabido, não são os autores das informações e quando, porventura, são responsabilizados, na verdade, isto se dá em decorrência de comunicação ilícita (ou ao menos deveria estar estrita a esta hipótese) de um terceiro. A informação não é apagada, excluída da internet, apenas deixa de ser apontada na pesquisa realizada. A desindexação não implica a aplicação de filtros genéricos pelo provedor de busca, que possivelmente restringirão mais do que o desejado inicialmente, como no caso de pessoas homônimas, demandando a identificação específica do material.

O exemplo de maior destaque é, sem dúvida, o caso Google Spain, que receberá uma análise mais detalhada a seguir, em item próprio.

No Brasil, é interessante e imprescindível salientar que o STJ, que foi determinante para a notoriedade do tema “direito ao esquecimento”, em especial, com o caso da Chacina da Candelária, não conecta a desindexação com o assunto ora debatido.

Embora se tenha afirmado que a popularização do uso da internet foi determinante para que o debate fosse fomentado, no STJ, a análise do pedido de retirada de informações e mesmo de dados pessoais dos provedores de pesquisa não são colocadas, felizmente, como hipótese de direito ao esquecimento.

A questão é avaliada sob a ótica da (não) responsabilidade civil dos provedores de pesquisa, sem vinculação ao direito ao esquecimento. Esta expressão foi utilizada, na Corte, pela primeira vez no caso da Chacina da Candelária, acórdão que, aliás já se registrou, excluiu da análise proposta quando do julgamento qualquer ligação à internet.

Ainda assim, não é possível falar em desindexação sem fazer referência ao caso Xuxa contra a empresa Google Search (REsp n. 1.316.921/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Maria da Graça Xuxa Meneghel propôs ação ordinária inominada contra Google Search, objetivando que não fossem apresentados os resultados para a pesquisa efetuada com base nas expressões “xuxa

pedófila” ou outras passíveis de serem associadas ao seu nome, parcial ou integralmente, mesmo que com grafia incorreta, a prática de qualquer conduta criminosa (STJ, 2012, p. 5)

A decisão pautou-se essencialmente na sujeição da atividade da empresa ao Código de Defesa do Consumidor; na inexistência de serviço defeituoso em razão de a filtragem do conteúdo pelos usuários não constituir atividade intrínseca ao serviço prestado, pois inexistente controle sobre o resultado da pesquisa efetuada; na ausência de obrigatoriedade dos provedores de busca de retirarem do seu sistema os resultados da pesquisa; na preponderância do direito da coletividade à informação, especialmente, diante da importância atual da internet; ainda, na falta de interesse de agir contra o provedor de pesquisa quando identificada a página virtual violadora de direito.^{67 68}

Importante salientar que a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), posterior ao julgamento acima citado, em seu artigo 19, estabelece que o provedor de aplicações de internet⁶⁹, no qual se inclui o provedor de pesquisa, somente pode ser responsabilizado por conteúdo gerado por terceiro, se não atender decisão judicial que determine a

⁶⁷ Em 2015, a Segunda Turma do STF, negou seguimento a Reclamação interposta pela apresentadora (Rcl. 15955/RJ).

⁶⁸ Cruz *et al.* (2014) em artigo sobre “O Direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça” analisam o caso Xuxa (REsp 1.316.921). Os autores estabelecem um comparativo entre o posicionamento do STJ neste caso da Xuxa, e o julgamento posterior do pleito de direito ao esquecimento relativo à Chacina da Candelária, concluindo pelo equívoco da primeira decisão que negou o direito da apresentadora. CRUZ *et al.* dispõem que o direito ao esquecimento “possibilita o controle pelo titular dos dados e informações pessoais de modo que ninguém seja exposto a uma situação de desconforto por conta da descoberta de um antigo fato registrado em algum local da internet” (2014, p. 2), sustentam a similitude entre o caso Google julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que será apresentado ainda neste capítulo, e o pleito de Xuxa, não obstante a decisão do STJ ter sido adversa à artista, sem o aprofundamento que entendem seria adequado ao debate, já que limitado a reconhecer a ausência de responsabilidade do fornecedor do serviço de buscas (2014, p. 10). Eles reconhecem que não é o Google quem produz as páginas, mas, considerando que as pessoas cada vez menos se valem da “url” completa para acessar sítios eletrônicos, é, de fato, o motor de busca o principal responsável pela localização e divulgação destas páginas (2014, p. 11).

⁶⁹ Lei n. 12.965/2014, Art. 5º, VII – aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado a internet;

indisponibilidade, mediante identificação precisa.⁷⁰ É feita exceção quanto à exigência de notificação judicial, conforme disposto no art. 21⁷¹ da mesma lei, na hipótese de violação de intimidade em virtude da divulgação não autorizada de conteúdo relacionado a nudez e atos sexuais de caráter privado, sendo prevista a responsabilização subsidiária do provedor de aplicações de internet quando, após o notificado pelo participante ou seu representante legal, não o indisponibilizar em consonância com a diligência própria pertinente ao âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

No mesmo sentido, decisão do STJ proferida (05/08/2014) em Reclamação (Rcl n. 18.685) contra Quarta Turma do Colégio Recursal

⁷⁰ Lei n. 12.965/2014, Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. »

⁷¹ Lei n. 12.965/2014, Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

dos Juizados Especiais do Estado do Espírito Santo, que manteve decisão de primeiro grau, a qual concedeu a um magistrado, autor da demanda, o direito de retirada dos resultados do google notícia divulgada pela Gazeta Online relativa a processo administrativo disciplinar a que respondeu e que fora absolvido.

Advirta-se que não é sempre que a desindexação estará ligada a uma hipótese de esquecimento. O intento de se suprimir a indicação de *links* sugerida por um provedor de pesquisa pode ter outras motivações, como a violação de direito autoral, da privacidade, honra e imagem, independentemente de qualquer lapso temporal.

A Suprema Corte da Argentina proferiu decisão, em 28/10/2014, examinando o tema da desindexação em uma situação que não se acredita ter relação com o direito ao esquecimento.⁷²

Em suma, este julgado examinou pleito de reparação de danos proposto por María Belén Rodríguez, modelo e atriz, contra Google Inc. e Yahoo de Argentina SRL, sob o argumento de uso comercial e não autorizado de sua imagem, mediante *thumbnails* (imagens reduzidas resultantes da pesquisa que indicam o direcionamento aos sites que delas se utilizaram) e violação de direitos personalíssimos decorrente de ter o seu nome, quando digitado no campo de busca dos referidos provedores, vinculado indevidamente a *sites* de conteúdo erótico/pornográfico. Ao lado da condenação dos motores de busca ao pagamento de indenização, requereu que eles empreendessem o término de sua ligação com referidas páginas e imagens, bem como, a aplicação de filtros aptos a impedir que futuras pesquisas produzissem resultado equivalente.

A Corte Constitucional da Argentina, no entanto, estabeleceu que os provedores de pesquisa não podem ser responsabilizados objetivamente pela indexação de *links*, ou seja, por conteúdos

⁷² Ao menos, em nenhum momento o acórdão (Disponível em <http://www.lanacion.com.ar/1739359-la-corte-fallo-a-favor-de-google-y-yahoo-en-la-demanda-iniciada-por-una-modelo>) fez referência a ele. Apesar disso, para os que entendem que o pedido de retirada de conteúdo da internet, independentemente da fluência de tempo, deve ser fundamentado em um direito ao esquecimento (Ou de forma mais precisa, como explicado acima, no *right to be forgotten*, já que em português esta distinção na terminologia não é efetuada), tratou-se de uma decisão em que a Corte Argentina afastou-o (Ver <http://observatoriodainternet.br/post/a-argentina-e-o-direito-ao-esquecimento-por-carlos-affonso-de-souza>. Acesso em 20/02/2015. O autor não afirma tratar de uma hipótese de direito ao esquecimento, no entanto, a chamada do site para o texto de Carlos Affonso de Souza é “A Argentina e o direito ao esquecimento”).

produzidos por terceiros⁷³. E a supressão da indicação de *sites* dentre os resultantes de uma pesquisa dependerá da existência de uma notificação judicial ou de algum outro órgão competente que ateste a ilicitude do conteúdo e somente se não for atendida é que se caracterizará a negligência do provedor apta a responsabilizá-lo.

A solução é semelhante à prevista no art. 19 da norma brasileira, Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), já citado. Diferem, porém, no que tange às possibilidades de responsabilização a partir de uma notificação privada, pois enquanto no Brasil a mesma lei, no também já referido art. 21 limita-se a fazer previsão para cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, divulgadas sem autorização dos participantes, a decisão argentina amplia as possibilidades o que implica maior subjetividade na sua verificação falando de conteúdos manifestamente ilícitos, como pornografia infantil, dados que facilitem a prática de delitos, que coloquem em risco de vida ou a integridade física de alguma ou muitas pessoas, que façam apologia ao genocídio, ao racismo ou outra discriminação com manifesta perversidade ou incitação à violência, que violem o sigilo de investigações judiciais em curso, injúrias, montagens de imagens notoriamente falsas e, que de forma clara e indiscutível, importem em violação grave à privacidade através da exibição de imagens inquestionavelmente privadas, ainda que não tenham conteúdo sexual (2014, p. 16).

⁷³ Destaque-se da decisão: “La pretensión de aplicar responsabilidad « objetiva » en este tema, es de una llamativa insustancialidad. Si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita - que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél. Lo expuesto resulta suficiente a efectos de desechar- la aplicabilidad de un criterio "objetivo » de responsabilidad civil. La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que - por definición - prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad. »(p. 14) Ademais, é colocado (p. 13/14) que responsabilizar os provedores equivaleria a sancionar a biblioteca por seus catálogos e fichários, já que também facilitam o dano provocado por um livro, o que levaria ao fechamento de muitas bibliotecas (referência à Metropolitan International Schools Ltd. V. Google Inc., Court of Appeal-Queens’s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009).

O direito ao apagamento (*right to erasure; droit à l'effacement*) objetiva excluir/apagar/deletar as informações disponíveis na internet⁷⁴ e não apenas impedir que o provedor de pesquisa as indique.

Nesta hipótese, o direito é exercido contra o autor/veiculador da informação, podendo tratar-se de uma eventual responsabilização por conteúdo próprio (o pleito se dirige contra uma matéria jornalística de um site de notícias) ou mesmo por conteúdo de terceiro (quando, por exemplo, intentar-se apagar um comentário de um leitor em um provedor de conteúdo, também em um *site* de notícias).

Do mesmo modo que na desindexação, o pedido de apagamento da informação da internet não significa que necessariamente estar-se-á falando de um direito ao esquecimento, já que possível (aliás, adequada e necessária) a existência de um direito de retirar da rede de computadores conteúdo violador atentatórios de direito, sem qualquer relação com uma informação lícita do passado.⁷⁵

Acredita-se que são bons exemplos para a compreensão do direito ao apagamento⁷⁶ o caso Węgrzynowski e Smolczewski contra Polônia, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH, em 16 de

⁷⁴ Uma lei recente da Califórnia concede esta possibilidade aos que desejarem apagar os dados inseridos na rede enquanto menores de 18 anos. “The bill would, on and after January 1, 2015, require the operator of an Internet Web site, online service, online application, or mobile application to permit a minor, who is a registered user of the operator’s Internet Web site, online service, online application, or mobile application, to remove, or to request and obtain removal of, content or information posted on the operator’s Internet Web site, service, or application by the minor, unless the content or information was posted by a 3rd party, any other provision of state or federal law requires the operator or 3rd party to maintain the content or information, or the operator anonymizes the content or information. The bill would require the operator to provide notice to a minor that the minor may remove the content or information, as specified.” Disponível em http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140S_B568 Acesso em 01/08/2015.

⁷⁵ Novamente, salienta-se as dificuldades provocadas pela não distinção entre o direito ao esquecimento no contexto delineado na presente tese e a questão de controle de dados pessoais, o que se proxima, consoante já explicado, à distinção entre *right to forget* e *right to be forgotten*.

⁷⁶ Aliás, na origem, o requerente do caso Google Spain também se dirigiu contra o jornal que detinha a informação original, mas não teve êxito e a lide acabou por se concentrar contra o google.

Julho de 2013⁷⁷⁸, e também a lide entre Wolfgang Werlé e Manfred Lauber contra a Wikipedia, exitosa na Alemanha, mas sem qualquer repercussão nos Estados Unidos.

A decisão, por unanimidade, da CEDH, - firmou que os requerentes, os advogados Szymon Węgrzynowski e Tadeusz Smolczewski, não tiveram violado o direito à privacidade pelo fato de ter sido mantida publicação, no site do jornal *Rzeczpospolita*, artigo reputado como difamatório e que resultou na condenação, em 2003, de dois jornalistas e do redator chefe. A matéria insinuava que os advogados tinham feito fortuna ao assistirem políticos em transações de caráter duvidoso. A condenação fundada na negligência dos jornalistas que se basearam em boatos e não procederam à adequada verificação dos fatos, resultou no pagamento de indenização revertida à uma instituição de caridade e na publicação de pedido de desculpas no jornal.

Em 2004, os advogados, que haviam vencido no ano anterior a demanda judicial contra o jornal, propuseram nova ação contra o *Rzeczpospolita* justamente em razão, como dito acima, de o artigo, que dera origem à ação do qual saíram vitoriosos, permanecer disponível no *site* do jornal. Os autores pleitearam a retirada do texto e, novamente, publicação de pedido de desculpas.

Entretanto, a jurisdição polonesa estabeleceu (Tribunal Regional de Varsóvia, Corte de Apelação de Varsóvia e a Corte Suprema), em suma, que a retirada do artigo do site equivaleria a uma censura e a reescrever a história. Até se ponderou que se poderia discutir a possibilidade de se acrescentar uma nota ou um *link* que informasse aos leitores a existência e o resultado do processo de difamação, mas isto não era objeto da ação.

Inconformados, os advogados dirigiram-se à CEDH, sob a alegação de que a Polônia, ao decidir desta maneira, violou o direito à privacidade previsto no art. 8º da Carta Europeia de Direito Humanos.

Contudo, a Corte, alinhando-se à Justiça Polonesa, asseverou que não cabe ao Poder Judiciário reescrever a História, o que se daria se determinada a retirada do domínio público publicações do passado, ainda que reconhecidas como difamatórias por decisões judiciais definitivas. A decisão destacou a necessidade de se preservar o interesse do público, o acesso às informações e, consequentemente, a liberdade de expressão, prevista no art. 10 da mesma Carta. A decisão europeia

⁷⁷ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-122365#{%22itemid%22:%22001-122365%22}>} Acesso em 17/10/2014.

⁷⁸ Encerrado em 16/10/2013.

concluiu que foi dado o equilíbrio adequado entre a liberdade de expressão e o respeito à privacidade e dispôs que atender ao pleiteado equivaleria a uma restrição desproporcional ao primeiro direito.

Quando se examina este caso, observa-se que a expressão “direito ao esquecimento” não foi empregada. Mas, considerando a fluência do tempo, o pedido de retirada da informação do site do jornal, ainda que fundado na violação à privacidade, coaduna-se com o que se vêm denominando “direito ao esquecimento” e com a opção feita nesta tese.⁷⁹

A demanda de Wolfgang Werlé e Manfred Lauber contra o Wikipedia é igualmente um importante exemplo a ser examinado sobre o apagamento como mecanismo para o esquecimento.

Os irmãos Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados pelo homicídio, em 1993, do ator Walter Sedlmayr ocorrido em 1990 na cidade de Munique. A investigação e o julgamento receberam grande destaque da mídia alemã e também internacional. Os acusados alegaram inocência durante todo o processo e mesmo após o cumprimento da pena. Em 2008, Werlé, após ter sido liberado da prisão, requereu que o seu nome fosse retirado da wikipedia, tendo a Corte de Hamburgo acolhido seu pleito e os editores alemães suprimiram o nome dos condenados. Em 15/12/2009, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que os sites germânicos não estão obrigados a checar os seus arquivos a fim de proteger os direitos da personalidade dos condenados criminalmente. A atuação deste tribunal deu-se na lide entre os irmãos e o *site* Deutschlandradio que os havia citado em um arquivo de julho de 2000.⁸⁰

Em 2009, com fundamento na legislação germânica, o mesmo pedido foi dirigido contra Wikimedia Foundation, sediada nos Estados Unidos, para que não fossem mais citados também nas páginas em inglês da enciclopédia virtual.

⁷⁹ O Advogado-Geral Nillo Jääskinen, nas conclusões apresentadas ao caso Google Spain julgado pelo TJUE, analisou importante ponto no que tange às matérias jornalísticas e que se aplica ao caso examinado: “A liberdade de informação do editor de um jornal protege o seu direito de republicar digitalmente na Internet os seus jornais impressos. Em meu entender, as autoridades, incluindo as autoridades de proteção de dados, não podem censurar essa republicação” e prossegue “não pode haver nenhuma justificação para exigir a republicação digital de um número de um jornal com um conteúdo diferente da versão impressa”.

⁸⁰ Com informações da própria wikipedia. Disponível em https://en.wikipedia.org/wiki/Wolfgang_Werl%C3%A9_and_Manfred_Lauber Acesso em 10/08/2015.

Em 03/11/2009, o jornal The New York Times⁸¹, por John Schwartz, apresentou o caso e citou o advogado Floyd Abrams, para quem, sem dúvidas, os Ministros da Suprema Corte decidiriam em favor da wikimedia, perfeitamente, protegida pela Primeira Emenda. A matéria cita Jennifer Granick, advogado da EFF – Eletronic Frontier Foundation, que dispõe tratar-se de uma edição da História.

Este mesmo advogado é referenciado na versão francesa do wikipedia que aborda a mesma questão, destacando-se as seguintes palavras:

O que está em jogo é a integridade da própria História. Se todas as publicações tiverem de respeitar todas as leis de censura de cada jurisdição somente porque são acessíveis globalmente por meio da internet, então não poderemos mais crer no que lemos, seja em relação ao Falun Gong (censurado na China), sobre o rei da Tailândia (crime de lesa-majestade) ou assassinatos cometidos na Alemanha.⁸²

Desindexação e apagamento são, como visto, mecanismos invocados por aqueles que pretendem impor o esquecimento na internet.

Em uma primeira análise pode-se pensar que as chances de se esconder o passado são aumentadas através do direito ao apagamento, afinal, a informação é suprimida da internet. No entanto, a complexidade do mundo digital não confirma esta hipótese. Apaga-se a informação de um site, no entanto, ela pode ser replicada em muitos outros. Assim, a desindexação acaba sendo a opção primordial para quem pretende alcançar tal intento.

E, frise-se, é possível falar de desindexação e apagamento de modo desatrelado ao esquecimento. Mas, de qualquer maneira, recomenda-se cautela, na aplicação de ambas alternativas, a fim de que não seja violada a liberdade de expressão.

1.3.4. Caso Google Spain – Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE

Já se salientou que, no Brasil, o tema “direito ao esquecimento” ganhou notoriedade com as decisões do STJ, em especial, com o caso da

⁸¹ Disponível em http://www.nytimes.com/2009/11/13/us/13wiki.html?_r=0 Acesso em 10/08/2015.

⁸² Disponível em https://fr.wikipedia.org/wiki/Wolfgang_Werl%C3%A9 Acesso em 10/08/2015.

Chacina da Candelária em que ele foi reconhecido. Porém, do mesmo modo, foi salientado que a popularização do uso da internet foi determinante para que o assunto ganhasse força, em virtude da temática relativa ao controle de dados pessoais⁸³ e também pela facilidade de se ter acesso às informações do passado.

No âmbito internacional, é preciso destacar que, em maio de 2014, uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (caso Google Spain), provocou um grande reforço ao debate, particularmente, no que tange ao direito ao esquecimento digital.

Em virtude dos impactos produzido, abordá-lo tornou-se imprescindível.

1.3.4.1. Resumo do caso

Em 13/05/2014, a discussão sobre o direito ao esquecimento e a internet alcançou o seu ápice com uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção)⁸⁴, resultante de provocação feita pela Audiência Nacional da Espanha, após recurso a este órgão jurisdicional interposto pelo Google Spain SL e Google Inc., sendo recorridos Agência Espanhola de Proteção de Dados - AEPD e Mario Costeja González.⁸⁵

Em 2010, o advogado espanhol Mario Costeja González apresentou uma reclamação para a AEDP contra La Vanguardia Ediciones SL (responsável pelo jornal de grande tiragem “La Vanguardia”), bem como, contra o Google Spain e Google Inc. A queixa do reclamante decorria do fato de que quando alguém digitava o seu nome no campo de busca do Google, imediatamente, eram indicados os *links* do jornal citado, com as edições de 19 de janeiro e 9 de março de 1998⁸⁶, em que havia a publicação oficial da venda de imóvel de sua propriedade em hasta pública em virtude de dívidas de seguridade

⁸³ Reforça-se, não abrangida nesta tese.

⁸⁴ 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> Acesso em 04/06/2014.

⁸⁵ Os próximos parágrafos serão desenvolvidos a partir de informações extraídas da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, que pode ser acessada no *link* disponibilizado na nota anterior.

⁸⁶ Inicialmente, as edições eram impressas, mas, em data posterior, foram republicadas em versão eletrônica.

social. O propósito da reclamação era obter uma ordem para que o jornal alterasse as referidas páginas e, com isto, os seus dados pessoais não mais fossem apresentados, ou que, ao menos, estes dados fossem protegidos mediante ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca. Já em relação ao Google, a pretensão concentrava-se na supressão ou ocultação dos seus dados pessoais, para que não fossem mais apresentados na pesquisa e para que ele não estivesse mais conectado às publicações do La Vanguardia, até porque a dívida, da qual resultou o arresto e a hasta pública, foram resolvidas há anos, com a devida quitação, inexistindo pertinência atual para a divulgação de tais informações (TJUE, 2014, p. 7).

A AEPD, ainda em 2010, indeferiu o pedido feito em relação às edições La Vanguardia, em suma, por se tratar de uma informação oficial que foi publicada no jornal por determinação do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais. Por outro lado, entendeu exitosa a reclamação em relação ao Google Spain e Google Inc., basicamente, por se submeterem à legislação de proteção de dados, já que a atividade desenvolvida estaria enquadrada como tratamento de dados. Diante disto, a Agência entendeu ser competente para ordenar a retirada de determinadas informações disponibilizadas pelos motores de busca, quando identificada a potencialidade de lesão do direito fundamental de proteção dos dados e da dignidade da pessoa em sentido amplo, o que incluiria a simples vontade do interessado de que seus dados não fossem mais acessados por terceiros (TJUE, 2014, p. 8).

Desta decisão, Google Spain e Google Inc. recorreram para Audiência Nacional da Espanha, que, por sua vez, suspendeu a instância e submeteu algumas questões prejudiciais para o TJUE, tendo em vista a necessária interpretação da Diretiva 95/46/CE (Diretiva de Proteção de Dados – *Data Protection Directive*) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados⁸⁷ ⁸⁸, principalmente porque algumas das tecnologias envolvidas são supervenientes a sua edição.

⁸⁷ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 05/06/2014.

⁸⁸ Revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>.

Foram apresentadas três questões prejudiciais, subdivididas. No entanto, destaca-se a terceira:

3) No que respeita ao âmbito do direito de apagamento e/ou [de] oposição em conjugação com o « direito a ser esquecido »⁸⁹, submete-se a seguinte [questão]:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas web de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros?

Embora, em um primeiro momento, a impressão é a de que se está diante de uma questão restrita ao direito de controlar dados pessoais, ou seja, ao *right to be forgotten* e, portanto, em uma tradução mais precisa para o português, o “direito de ser esquecido”⁹⁰, inclusive, tendo sido o principal fundamento para a decisão uma interpretação inédita da Diretiva 95/46/CE, o que poderia, de conseguinte, parecer que inexistente interesse de o examinar neste estudo, é preciso considerar que: 1) o caso ficou famoso pelo que muitos acreditam tratar-se de prova contundente da consagração do direito ao esquecimento, o qual se defende que no Brasil não se restringe a um controle de dados; 2) ainda que, em um primeiro momento, atribua-se isto a uma incompreensão da dupla significação da expressão “direito ao esquecimento”, explicada anteriormente, acredita-se que aqui há, sem dúvida, uma lide envolvendo um dado pessoal, mas que também reúne as características do referido direito, quais sejam, fato com divulgação originária lícita, fluência temporal e recordação provocadora de perturbação com consequente oposição do envolvido, já que o assunto era trazido à tona pelo apontamento de *links* correspondentes a uma publicação oficial de

⁸⁹ Na versão em inglês, a expressão utilizada foi *the right to be forgotten*; em francês, *le droit à l’oubli*; em espanhol, *el derecho al olvido*.

⁹⁰ Esta, aliás, a tradução oficial do documento para o português.

uma hasta pública, no jornal La Vanguardia, de anos atrás, quando efectuada pesquisa no *google* através do nome do postulante; 3) a pretensão de controlar dados pessoais, em determinadas situações, como a presente que ora se examinará, pode reunir todos os elementos para o direito ao esquecimento no formato aqui desenhado.

1.3.4.2. Julgamento do TJUE

O acórdão recebeu a seguinte ementa (TJUE, 2014, p. 1):

Dados pessoais – Protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2º, 4º, 12º e 14º – 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 7º e 8º.

O julgado (TJUE, 2014, p. 23/25) concluiu que:

1) em relação ao art. 2º, alíneas b) e d)⁹¹, a atividade do motor de busca, no caso Google, que consiste em encontrar informações

⁹¹ Artigo 2º

Definições

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição;

d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;

publicadas ou inseridas na internet por terceiros, armazená-las, indexá-las e disponibilizá-las aos usuários, deve ser considerada como tratamento de dados pessoais⁹², cabendo, portanto, a submissão à diretiva e a responsabilização pertinente;

2) em relação ao art. 4º, n. 1, alínea a)⁹³, que o Google Spain, ainda que seja uma filial ou sucursal estabelecida em território espanhol, basicamente, para a comercialização de espaços publicitários, não afasta a aplicação das regras da diretiva para o Google Inc.;

3) com base no art. 12º, alínea b) e 14º, alínea a)⁹⁴, respectivamente, apagamento e oposição⁹⁵, foi decidido que há a

Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 05/06/2014.

⁹² O conceito de dados pessoais está no artigo 2º, a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;

⁹³ Artigo 4º

Direito nacional aplicável

1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais adoptadas por força da presente directiva ao tratamento de dados pessoais quando:

a) O tratamento for efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável; Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 05/06/2014.

⁹⁴ Artigo 12º

Direito de acesso

Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:

b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados;

Artigo 14º

Direito de oposição da pessoa em causa

Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de:

a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objecto de

obrigação do motor de busca de suprimir, da lista de resultados, os *links* para outras páginas da *web* que tenham sido publicadas por terceiro e que contenham informações pessoais sobre o interessado, ainda que tais publicações sejam lícitas. Neste ponto, no corpo do acórdão, a Corte fez referência, ainda, ao art. 6º, n. 1, alíneas c) e e)⁹⁶, dispondo que mesmo que tenha ocorrido um tratamento de dados inicialmente lícito, com o tempo, ele pode se tornar incompatível com a diretiva, ocorrendo esta hipótese quando os dados já não forem mais necessários, tendo em vista as finalidades para os quais foram recolhidos ou tratados, e quando não forem (ou deixarem de ser) adequados, pertinentes, relevantes ou quando excessivos levando-se em conta, para tanto, os objetivos da coleta ou o tempo decorrido.⁹⁷

4) Ainda em relação aos mesmos dispositivos do item 3, combinados aos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Tribunal julgou que cabe examinar se a pessoa tem o direito de disassociar uma informação do seu nome, e com isto, afastar a

tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados; Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>. Acesso em 05/06/2014.

⁹⁵ Decide com base no apagamento, pois, de alguma maneira, corresponde a “apagar” da lista de resultados. Mas, acredita-se que se deve ao fato de não estar prevista a possibilidade de desindexação na diretiva, o que seria mais apropriado quando se trata de provedores de busca. Este é só um dos problemas da decisão.

⁹⁶ Artigo 6º

1. Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão:

(...)

c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente;

d) Exactos e, se necessário, actualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sejam apagados ou rectificados;

e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos.

⁹⁷ Mas o que pode ser entendido como relevante, adequado, pertinente? Para quem? E quando? Será que o «irrelevante» de hoje, não pode ser imprescindível amanhã?

apresentação de uma lista de resultados correspondentes, sem que, no entanto, presuma-se que a existência de registros sobre ela seja causa de um prejuízo. Então, com fundamento nos direitos fundamentais de respeito à vida privada (art. 7º)⁹⁸ e de proteção dos dados pessoais (art. 8º)⁹⁹, é possível demandar que a informação não permaneça disponível por meio de uma lista de resultados, prevalecendo tais direitos sobre o interesse econômico do explorador do motor de pesquisa, bem como sobre o interesse do público sobre esta informação. Tal direito, entretanto, não preponderará, diante de razões particulares, como por exemplo o papel desempenhado pela pessoa na vida pública, quando, então, a interferência nos direitos citados será justificada pelo direito de acesso à informação pelo público¹⁰⁰.¹⁰¹

No corpo do acórdão (TJUE, 2014, p. 22/23) e de forma mais específica ao desejo de as pessoas serem “esquecidas” com a fluência do tempo, interessante apontar que Google Spain, Google Inc., e os

⁹⁸ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Artigo 7º - Respeito pela vida privada e familiar - Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C.2012.326.01.0391.01.POR> Acesso em 10/10/2014.

⁹⁹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Artigo 8º - Proteção de dados pessoais - 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C.2012.326.01.0391.01.POR> Acesso em 10/10/2014.

¹⁰⁰ Não está na conclusão do julgado, mas a decisão faz referência (2014, p. 6) ao art. 9º da Diretiva 95/46/CE, que determina: “Os Estados-Membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão.”

¹⁰¹ E, o que é um fim exclusivamente jornalístico? Um blog de opiniões sobre os fatos da atualidade estaria protegido? Ou apenas a «imprensa» em seu clássico formato estaria tutelada?

governos da Grécia, da Áustria e da Polónia e, ainda, a Comissão Europeia, que também participou do julgamento, sustentaram que a leitura da Diretiva deveria ser no sentido de que não caberia a exclusão da informação pelo fato de a pessoa entender que a informação a prejudica e/ou de desejar que caia no esquecimento, mas sim por ser efetivamente contrária à diretiva ou em virtude de motivos preponderantes e legítimos ligados a uma situação particular. Grécia e Áustria defenderam que o interessado deveria dirigir-se ao editor do *site* acusado e não ao provedor de pesquisa. Já Mario Costeja González e os Governos da Espanha e da Itália colocaram que pode o interessado opor-se à indexação dos seus dados pessoais pelo motor de busca, quando isto puder prejudicá-lo e quando afetar os direitos fundamentais de proteção de dados pessoais e respeito à vida privada, que, alegam, englobam o “direito a ser esquecido”, os quais devem prevalecer sobre os interesses do operador e, igualmente, sobre o interesse geral de liberdade de informação.

A conclusão, como visto, é identificada, principalmente, nos itens 3 e 4, acima apresentados e, em relação ao caso concreto, a posição do Tribunal (2014, p. 24) é a de que a indicação do Google sobre o anúncio da venda do imóvel por hasta pública do jornal *La Vanguardia* é um fato sensível da vida privada do requerente Mario Costeja González e como transcorridos 16 anos, há o direito de que tais informações não estejam mais ligadas ao seu nome por meio da lista indicada pelo provedor, até porque inexistente interesse do público, o que deverá ser examinado pelo órgão jurisdicional de reenvio. Mas, a princípio, o interessado solicitante, com base nos artigos 12º, alínea b) e 14º, alínea a), da Diretiva 95/46, pode, portanto, exigir a supressão dos *links* da lista de resultado apresentado pelo provedor de busca.¹⁰²

1.3.4.3. Repercussão e efeitos colaterais¹⁰³

A decisão do TJUE teve grande repercussão, provocando diversas reflexões e críticas.

¹⁰² Consoante já salientado, a Diretiva 95/46/CE foi revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

¹⁰³ O item concentra-se nas críticas à decisão, pois acredita-se que já foi apresentado um número considerável de autores que defendem o direito ao esquecimento.

Como se colocou acima, a atividade do provedor de pesquisa foi enquadrada como tratamento de dados, sendo isto considerado suficiente para que o google se tornasse responsável pelo índice que apresenta após busca feita com o nome do requerente, Mário Costeja González, configurando-se a permanência do apontamento da dívida, resolvida há 16 anos, ainda que mediante uma publicação oficial e, portanto, lícita, um atentado à vida privada.

Não se tratou da discussão habitual da responsabilidade do provedor de pesquisa por conteúdo ilícito de terceiro que, conforme abordado acima, quando envolvido motor de busca, como regra, vem sendo entendida como devida a partir de uma notificação judicial¹⁰⁴, para que não se configure violação da liberdade de expressão e se garanta o contraditório e a ampla defesa.

Niilo JÄÄSKINEN, Advogado-Geral que atuou no caso, em seu parecer¹⁰⁵, opinou no sentido de que a legislação europeia vigente não contemplaria um direito geral a ser esquecido. Além de fazer uma análise bem elucidativa da atividade técnica dos provedores de pesquisa, ele explica que a questão examinada se concentra na atuação do google como um prestador de serviço de motor de pesquisa. Isto é relevante no sentido de que com esta delimitação, Jääskinen afirma que a Diretiva 95/46/CE não seria aplicável ao google, pois, em regra, ele não pode ser considerado como responsável pelo tratamento de dados pessoais (ainda que se esteja diante de um tratamento de dados) contidos em páginas web com origem em terceiros, sob pena de se dar uma interpretação extremamente ampliada, o que alcançaria muitas situações envolvendo pessoas naturais, inclusive, exemplifica, um professor que tivesse baixado decisões do Tribunal (que inevitavelmente contém dados pessoais) para o seu computador próprio e praticamente todos que possuem um *smartphone*, um *tablet* ou um *notebook* e façam este tipo comum de armazenamento de informação. Argumentou, ainda, que mesmo que o Tribunal concluísse que os motores de pesquisa são responsáveis pelo tratamento de dados pessoais contidos em *sites* de terceiros, não existiria um direito de ser esquecido a ser invocado perante eles, já que para tanto “teria de abandonar a sua função intermediária entre o utilizador o editor e assumir a responsabilidade

¹⁰⁴ Por exemplo, Legislação brasileira e decisão da Corte Constitucional da Argentina.

¹⁰⁵ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30dd8ac7668815444a36a2c0fd73ed0a4465.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz>

pelo conteúdo das páginas-fonte, e, se necessário, censurar o conteúdo, impedindo ou limitando o respectivo acesso.”(JÄÄSKINEN, 2013, p. 23)

Google, como visto, em virtude da atividade de pesquisa oferecida, foi considerada responsável pelo tratamento de dados e o direito de apagamento e de oposição garantiram o direito de supressão de *links* do resultado automaticamente gerado a partir de uma busca lançada.

Laure Marino (2014) chama atenção para a oposição do tribunal às conclusões do Advogado-Geral Nillo Jääskinen e ao que era relativamente um consenso entre os doutrinadores, ou seja, que a legislação vigente não comportava o pedido de Mario Costeja Gonzalez.

Denys Simon (2014) chamou a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia a uma interpretação extensiva e mesmo “acrobática”, o que gera, inevitavelmente, uma discussão, inclusive, no que tange à separação dos poderes entre quem faz e quem diz a lei.

Anne Debet (2014) também critica a decisão, asseverando que a interpretação ampliada a partir dos direitos previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, deixou a impressão que os fins justificam os meios e que para os cidadãos europeus se alegrarem, foi permitido que os juristas tenham sido menos convincentes.¹⁰⁶

Outros pontos da decisão também foram alvo de contestação doutrinária.

¹⁰⁶Esta questão de não previsão expressa na Diretiva 95/46/CE do direito ao esquecimento foi resolvida pela revogação da norma pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, que em seu artigo 17º trata do direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”). Cuida-se, porém, de ponto complexo, que merece uma análise cuidadosa, já que o próprio dispositivo em seu item 3 determina que não será aplicável quando o tratamento de dados tornar-se necessário para o exercício da liberdade de expressão e de informação. Como se trata de texto normativo recente, as reflexões deverão ser amadurecidas, não sendo possível aprofundar neste momento. Porém, muito do que se apresenta nesta tese, acredita-se, pode ser transportado para o exame do regulamento, especialmente no que se refere a um processo de identificação entre controle de dados pessoais e privacidade, e que ambos estariam salvaguardados pela existência de um direito ao esquecimento. Estes pontos serão melhor elaborados no capítulo seguinte.

Para atender ao julgamento, o Google preparou um formulário¹⁰⁷ para que os usuários possam fazer os seus pedidos de desindexação. Somente no primeiro dia foram 12000 pedidos, em 48 horas mais de 40000 e, em um mês, foram 70000 pedidos relacionados com 267550 *links*, estando a França, neste período, em primeiro lugar do pódio europeu com 14086 demandas, como informam Denys Simon (2014) e Christophe Caron (2014).

Simon (2014) alerta para a dificuldade de análise do pedido, bem como para os custos financeiros para os motores de busca. Google anunciou a instalação de um comitê de *experts*, para que sejam pensados critérios aptos a avaliar o pedido de desindexação dos conteúdos que envolverem dados pessoais, tendo em vista a dificuldade de se avaliar o papel público da pessoa interessada, bem como o exame dos fins históricos, estáticos ou científicos.

E se os números iniciais indicados já são estarrecedores, o susto é ainda maior quando se observa que em consulta ao google, em 05/06/2016, há a informação que já são 556.834 URL suprimidas.¹⁰⁸ É possível deduzir que nem todas as supressões correspondam a uma hipótese típica de direito ao esquecimento, o citado número pode comportar também violações reais à privacidade, honra e imagem. Na página de transparência da google, alguns exemplos de pedidos efetuados são apresentados¹⁰⁹ e a empresa informa a obrigatoriedade, a partir da decisão do TJUE, a ela imposta de avaliar, conforme o pedido de cada indivíduo, as demandas de supressão, sendo cabível a permanência apenas das informações que apresentarem um interesse para o público.

Anne Debet (2014), além do que já foi referido por ela acima, critica o fato de se ter colocado o Google na posição de uma autoridade judiciária ou mesmo de autoridade de proteção de dados.

Marino (2014) também questiona como será a atuação dos motores de busca a partir do formulário disponibilizado, já que é uma

¹⁰⁷ Link para o documento: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=fr
Acesso em 20/10/2014.

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=fr>

¹⁰⁹ Dos exemplos indicados, a maioria relaciona-se com condenações criminais, ou seja, típica hipótese de direito ao esquecimento no contexto aqui formulado. Alguns foram suprimidos, outros não, sendo difícil examinar a coerência sem maiores detalhes dos pedidos.

tarefa de grande responsabilidade para um ator privado. Ainda, afirma que serão inevitáveis os diferentes entendimentos entre os Estados pertencentes à União Europeia e salienta que “beneficia” apenas pessoas naturais atingidas diretamente e não aos seus herdeiros, pois, como ironiza, a eternidade digital já é uma outra história.

Christophe Caron (2014) afirma que os efeitos colaterais já são muitos. Como ele alerta, por exemplo, não é difícil após uma pesquisa no campo de busca do Google deparar-se com a informação “*certaines résultats peuvent avoir été supprimés conformément à la loi européenne sur la protection des données*”¹¹⁰. O autor ainda chama atenção para o fato de que se para muitos o esquecimento parece ser ótimo, há no entanto uma forte reação contra esta decisão, acusando-a de censura e de atentado à liberdade de expressão. Ele cita por exemplo os jornalistas dos jornais britânicos (The Guardian, The Daily Mail e a BBC), fazendo um paralelo com os livros que eram queimados.

Igualmente, Laure Marino (2014) afirma que o julgamento gerou muitas críticas, não apenas do google, mas também do wikipedia, repórteres sem fronteiras, NextImpact, The Guardian e informa que o The Daily Mail anunciou que publicará a lista dos artigos desindexados para que permaneçam acessíveis. Assevera que jornalistas já manifestaram a sua indignação com a desindexação de matérias por eles escritas. Um deles, em um blog da BBC, que tratou, do caso da instituição financeira Merrill Lynch e como ela afastou seu CEO durante a crise dos «*subprimes*», viu seu artigo ser desindexado, não obstante, ele ter a convicção de se tratarem de informações de interesse público. Ademais, ela coloca que Google admitiu alguns erros de apreciação e que está preparando uma «*de-desindexação*» para restabelecer os *links*.

Do mesmo modo, em tom de crítica à decisão, Jean-Michel Bruguiere (2014) provoca, dispondo que é preferível esquecer este direito ao esquecimento, ou ao menos, dar-lhe um nome diverso. Afirma que juridicamente, o esquecimento é um objeto de difícil operacionalização. Ele conclui dizendo que o *droit à l'oubli* é um direito inconsistente, de natureza imprecisa, e que se o Direito é a mais poderosa escola de imaginação, isto não pode conduzir a criação de direitos fantasmas.

¹¹⁰ “Certos resultados podem ter sido suprimidos conforme a lei europeia sobre a proteção de dados”. Durante a realização desta tese, por diversas vezes, ao se pesquisar informações e ao se buscar por mais alguns detalhes no Google, por exemplo, sobre os casos da jurisprudência francesa analisados no segundo capítulo, deparamo-nos com este aviso.

E há limitações práticas imediatas, como aponta Clémentine Kleitz (2014), já que após a desindexação o mesmo conteúdo pode ser colocado em outro *site* e estando a supressão do *link* limitada ao domínio europeu, bastaria acessar o motor de busca americano para encontrar os *links* apagados pela procedência da demanda feita através dos formulários.

Com o objetivo de resolver essa limitação e ampliar a proteção do indivíduo, ao menos sob a ótica dos defensores do direito ao esquecimento, a CNIL, que é a autoridade administrativa de proteção de dados da França, notificou o google para que a supressão ocorresse em âmbito global, ou seja, que não ficasse restrita ao google.fr. No blog do próprio google¹¹¹, em tom de indignação, chama-se a atenção para o sério risco de um *chilling effect* (efeito inibidor ou dissuasivo pelo receio de futuras sanções) e alerta-se para o fato de que são inúmeros os exemplos de conteúdos que são considerados ilícitos em um país e não em outros, na linha do que já se citou quando se examinou o caso da wikipedia, fazendo-se referência ao fato de que a Tailândia criminaliza críticas ao rei, que na Turquia é considerado crime o discurso contra ao Ataturk e na Rússia proíbe-se o que for considerado propaganda gay.

E, ao menos no que foi observado, não há distinção de como os dados se tornaram públicos. Se decorreu de uma notícia publicada, por jornais, revistas, televisão etc. Se foi o próprio indivíduo que voluntariamente publicizou no passado a informação, por exemplo, em uma rede social¹¹². Ou ainda se os dados foram fornecidos e/ou publicados compulsoriamente, em virtude de uma exigência legal.

Por fim, reforça-se que o STJ não examina a atividade de pesquisa prestada pelos motores de busca sob o ângulo do direito ao esquecimento, como o fez o TJUE. Acredita-se que isto foi esclarecido quando se falou acerca da desindexação e exemplificou-se com o caso da apresentadora Xuxa e também do juiz que pretendia retirar do

¹¹¹ Disponível em <http://googlepolicyeurope.blogspot.fr/2015/07/implementing-european-not-global-right.html> Acesso em 10/08/2015.

¹¹² Verifica-se que a rede social *facebook* é o espaço virtual onde se concentra o maior número de pedidos de retiradas de urls, de acordo com informações do Google que, conforme já explicado, para atender decisão do TJUE vêm examinando um grande volume de pedidos de desindexação. Em 28/05/2016, o número chegava a 12897 urls suprimidas, apenas do *facebook*. Informação disponível.

<https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=fr>. Acesso em 28/05/2016.

resultado de pesquisa google as referências de notícias relativas a processo administrativo a que respondeu. Contudo, não é possível deduzir o não acolhimento de entendimento em outro sentido, mais próximo do apagamento, na hipótese de ser invocado diretamente perante um determinado *site* que trata da notícia do passado, tendo em vista a condição de ilicitude, por não ser mais considerada atual, que lhe foi atribuída pelo mesmo tribunal brasileiro.

1.4. Retomada do conceito e detalhamento dos elementos

Após terem sido apresentados os principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao direito ao esquecimento, é interessante retomar o conceito, aprofundá-lo e detalhar os seus elementos, inclusive para que se identifique melhor a problemática, contribuindo para o avanço da pesquisa.

Relembre-se que o direito ao esquecimento foi conceituado como o direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (acessível através da internet), um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função de sua perturbação à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação.

Desse modo, entende-se cabível destacar:

a) parte-se da ocorrência de um evento que se tornou público lícitamente, no entanto, não há uma definição de qual a amplitude da divulgação;

b) se existente a premissa de se tratar de uma divulgação lícita, imprescindível concluir que é o caso de uma comunicação protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, logicamente, não violadora de privacidade, honra, imagem ou qualquer outro direito;

c) as comunicações feitas na origem podem abordar os mais diversos assuntos e fatos, apesar de se ter observado uma predominância de questões criminais;

d) ocorrência de um lapso temporal, que não foi precisado por nenhum dos defensores do direito, falando-se apenas em período suficiente para que a informação não seja mais considerada atual;

e) retomada do assunto, igualmente sem especificar se a redivulgação é mais ampla, idêntica ou mais restrita do que a originária, ainda que não limitada ao mesmo meio de comunicação;

f) redivulgação considerada ilícita, impactando negativamente a vida atual do personagem retratado;

g) perturbação que, deduz-se, opera-se tanto interna quanto externamente, caracterizadora de um dano, principalmente, moral¹¹³. O efeito interno corresponde às sensações em virtude das más recordações e o efeito externo liga-se ao impacto social desfavorável pela retomada da informação;

h) ainda que dos casos narrados, tenha-se observado que, majoritariamente, o direito ao esquecimento foi invocado pelo sujeito envolvido no episódio, os defensores não estabelecem a legitimidade para o pleito, cabendo ressaltar que em “*Red Kimono*”, a demanda foi proposta pelo marido e não pela retratada no filme e no caso “*Aída Curi*” foram os irmãos da vítima que alegaram violação ao pretenso direito¹¹⁴.

i) sanção estatal correspondente a uma censura prévia, mediante uma tutela inibitória, ou à condenação ao pagamento de indenização;

j) no que concerne ao direito ao esquecimento digital, em virtude da facilidade do acesso à informação disponibilizada na internet, que, aliás, ocorre, a qualquer momento, de modo pulverizado, especialmente, através de consultas individuais feitas por usuários de provedores de pesquisa, há uma peculiaridade, em especial, que deve ser salientada: a alegada perturbação na vida presente não depende necessariamente de uma comunicação nova, eis que há o argumento de que a permanência das informações contemporâneas ao evento, ainda que à época legítimas, tornam-se, igualmente, ilícitas pelo passar do tempo;

Entretanto, é possível dizer que a passagem do tempo, a não atualidade, a ausência de contemporaneidade são suficientes para fazer com que comunicação torne-se violadora de direito, transformando o lícito em ilícito, ainda quando o tema abordado permanece sendo integralmente o mesmo?

Adiante-se que não se compreende ser possível lidar com tal ideia sem que isto represente um atentado à liberdade de expressão.

E é o que se sustentará, em suma, nesta tese.

¹¹³ Embora não se tenha vislumbrado na jurisprudência uma hipótese de dano patrimonial, se há a defesa de um dano ressarcível, na hipótese de ele impactar a esfera patrimonial, o prejuízo, portanto, terá a mesma qualidade.

¹¹⁴ Questão que certamente vai além da obviedade do falecimento da vítima.

2. DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: análise crítica dos argumentos favoráveis

El olvido está lleno de memoria
(Mario Benedetti)

O presente capítulo examinará criticamente os argumentos favoráveis apresentados ao direito ao esquecimento, especialmente, pela doutrina brasileira e pelas decisões do STJ (casos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”), tendo o propósito de demonstrar a não plausibilidade de referido direito.

Em suma, como visto, a doutrina brasileira recorre às seguintes linhas de raciocínio:

- a) autonomia do direito ao esquecimento, com fundamento na dignidade da pessoa humana;
- b) direito ao esquecimento como uma faceta do direito à privacidade;
- c) autonomia do direito ao esquecimento, resultante de uma múltipla fundamentação, destacando-se, inclusive, dignidade e privacidade, mas também imagem e situações jurídicas conectadas à fluência do tempo, como prescrição, anistia, reabilitação criminal, prazo máximo para manutenção de informações em bancos de dados, etc.

A ilicitude decorreria, portanto, da ausência de atualidade e da conseqüente lesão à dignidade ou à privacidade ou mesmo à uma combinação de direitos que tutelariam a proteção do indivíduo de seu próprio passado, tendo em vista o desejo de que eventos não sejam lembrados.

No que concerne aos precedentes do STJ, recorda-se que, no caso da “Chacina da Candelária” (REsp n. 1.334.097 – RJ), quando a decisão foi apresentada, foram formulados tópicos, que, acredita-se, auxiliaram na sistematização do estudo e retrataram adequadamente a linha interpretativa aplicada.

Os tópicos apresentados foram os seguintes:

- a) Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos – definição e caracterização;
- b) Direito ao esquecimento para o caso de publicações na mídia televisiva - exclusão da internet;

- c) Direito ao esquecimento e o direito comparado;
- d) Direito ao esquecimento – adequação ao ordenamento jurídico brasileiro;
- e) Liberdade de expressão – mídia do século XXI;
- f) Direito ao esquecimento e a historicidade de crimes;
- g) Decisão com base no método da ponderação.

Ainda que os citados itens tenham sido desenvolvidos com base na decisão do caso da “Chacina da Candelária”, eles estendem-se para o caso “Aída Curi” (REsp n. 1.335.153-RJ), ao qual ligam-se também outros pontos a serem examinados, com destaque para a legitimidade, tempo decorrido e direito à imagem.

No estudo que será efetuado neste capítulo, o objetivo, inicialmente, será debater os argumentos doutrinários favoráveis ao direito ao esquecimento e refutá-los. Assim, demonstrar-se-á que ele não encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, nem na privacidade, tampouco em uma combinação de normas ligadas, especialmente, à questão do tempo.

Em um segundo momento, a partir do que se sistematizou para o exame dos acórdãos do STJ, far-se-ão, preliminarmente, algumas considerações gerais e introdutórias sobre o caso da “Chacina da Candelária”, seguindo-se para o estudo do conceito dado ao direito ao esquecimento. Advirta-se que o tópico “direito ao esquecimento e o direito comparado” será apresentado, porém, ao final do capítulo, será elaborado um item próprio relativo à jurisprudência francesa. Já os tópicos “direito ao esquecimento – adequação ao ordenamento jurídico brasileiro”, “liberdade de expressão – mídia do século XXI”, “direito ao esquecimento e a historicidade de crimes”, ainda que recebam no presente capítulo uma breve reflexão, em virtude de se ligarem diretamente com o estudo da liberdade de expressão, serão aprofundados no próximo (e último) capítulo que versa especialmente sobre este direito fundamental. Do mesmo modo, o tópico “decisão com base no método da ponderação” será analisado e refutado no capítulo seguinte. E o relativo à exclusão da internet não será (re)examinados, pois já se registrou, ao se tratar do direito ao esquecimento digital que, não obstante as peculiaridades, o formato de divulgação da comunicação não impede um estudo conjunto do direito ao esquecimento, independentemente de ele ser invocado em decorrência da veiculação de fatos na televisão, livro, rádio, cinema, internet etc.

Ainda, reserva-se espaço para a análise crítica do Tema n. 786 formulado na repercussão geral concedida ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ (Caso Aída Curi)

Por fim, será dedicado um momento para a investigação da jurisprudência francesa, devendo-se, inicialmente, advertir que a presente pesquisa não tem a ousadia de afirmar que se valeu do método comparado, muito menos há a pretensão de esgotar o estudo do direito ao esquecimento na França. O objetivo, tão-somente, é o de refletir acerca do tema sob o ângulo de dois países, Brasil e França, especialmente, a partir de cortes superiores, respectivamente, Superior Tribunal de Justiça e Corte de Cassação¹¹⁵. A justificativa deste estudo é demonstrada por dois motivos: o primeiro é que é habitual informar que a França consagrou um direito ao esquecimento (inclusive o faz as decisões do STJ, aqui examinadas, e também a doutrina, com destaque para a referência no tema, o autor René Ariel Dotti), o que não é verdade, pois ainda que existam doutrina e decisões judiciais favoráveis, como se observará, o posicionamento da Corte de Cassação, que é a

¹¹⁵ A Corte de Cassação (la Cour de Cassation), localizada em Paris, é na ordem judiciária francesa, a jurisdição mais elevada. Em suma, na França, o primeiro grau de jurisdição dos processos civil, comercial, social ou penal dá-se através dos Tribunais de Instância e de Grande Instância, Tribunal do Comércio, Conselho dos Homens Prudentes (matéria trabalhista/social), cabendo recurso para as Cortes de Apelação (Cour d'Appel). Na sequência, em caso de recurso, os processos vão para a Corte de Cassação, que tem por função primordial a uniformização da jurisprudência. Importante salientar que a Corte de Cassação não é propriamente uma terceira instância, não fazendo um reexame dos fatos, mas sim uma análise do direito, podendo a decisão recorrida ser cassada e anulada, quando, então, será encaminhada para uma Corte de Reenvio (a mesma corte de apelação, mas com outra composição, ou para uma corte de apelação diferente), que fará novo julgamento. A Corte de Reenvio tem plena liberdade para a nova decisão, exceto se for o caso de uma segunda cassação sobre o mesmo ponto de direito, ou seja, se a Corte de Reenvio decidir de forma diversa à Corte de Cassação e novo recurso for interposto perante esta, o julgamento será efetuado pela Assembleia Plenária, que se cassar o acórdão, enviará para nova corte, que, no entanto, deverá decidir nos limites estabelecidos pela Corte de Cassação. Há casos excepcionais, no entanto, em que a decisão da Corte de Cassação não envolverá o reenvio para outra corte, por exemplo, quando se dá a perda de objeto ou a próprio julgado esvazia a demanda. Informações disponíveis em

http://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/savoir_plus_institution_2845/ Acesso em 02/11/2014. Ainda em <http://www.justice-en-ligne.be/article62.html> e <http://www.cda-strasbourg.org/orgjud10.htm> Acesso em 11/11/2014.

instância máxima jurisdicional francesa para solucionar conflitos sobre o tema não o reconhece e é categórica ao afirmar que não há direito ao esquecimento e que é possível a publicação de informações lícitamente obtidas que envolvam a retomada de fatos públicos do passado (com isto, imagina-se que fica clara a importância do estudo para também enfraquecer o discurso favorável ao direito ao esquecimento no Brasil); o segundo decorre de se acreditar que muitos dos problemas associados à existência de um direito ao esquecimento já foram, por lá, discutidos (especialmente, considerando-se o pioneirismo do país no debate), enquanto muitos destes pontos ainda não se apresentaram no cenário brasileiro.

2.1. Análise crítica dos argumentos doutrinários defensores do direito ao esquecimento

2.1.1. Dignidade da pessoa humana

Conforme já se apresentou em capítulo anterior, a VI Jornada de Direito Civil (2013), promovida pelo Conselho Federal de Justiça/Superior Tribunal de Justiça - CJF/STJ, aprovou o Enunciado 531¹¹⁶ relativo ao direito ao esquecimento atrelando-o diretamente à dignidade da pessoa humana, o que demonstra adequadamente o quão a doutrina brasileira aderiu a este entendimento. A formulação foi vinculada ao art. 11 do Código Civil¹¹⁷ e a justificativa focou no direito de ressocialização do ex-detento, o que, estipulou-se, corresponderia a origem histórica do direito ao esquecimento, no acúmulo de danos provocados pelas novas tecnologias e na necessidade de se assegurar a discussão sobre o uso que é concedido aos fatos pretéritos, especialmente ao modo e a finalidade da recordação, advertindo-se que não abrangeria a prerrogativa de apagar fatos ou de reescrever a própria história.

Contudo, há, pelo menos, três indagações.

A primeira corresponde à relação feita com o art. 11 do Código Civil que pouco oferece para compreender o vínculo com o direito ao esquecimento já que trata sobre a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

¹¹⁶ Enunciado 531: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

¹¹⁷ CC, Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

A segunda é mais preocupante, pois, em um contexto de livre expressão, não há outra palavra possível para a regulação e restrição do modo e da finalidade das lembranças, que não seja censura.

E a terceira, que é a pertinente a este tópico, liga-se à conexão feita à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se depreende do art. 1º, III da Constituição.

Mas é possível admitir a aplicação direta da dignidade a um caso concreto? E mais, como conciliar que o mesmo fundamento não seja aplicado para assuntos distintos e opostos?

Sustenta-se que a resposta é negativa, porém, o direito ao esquecimento é um exemplo da conexão imediata que vem sendo realizada e, igualmente, da variedade de situações a que, com este pensamento, a dignidade poderia atender.

E não é um recurso que vem sendo utilizado apenas pela doutrina. Como também já se apresentou, no caso da Chacina da Candelária, tanto o TJRJ quanto o STJ valeram-se da dignidade da pessoa humana para concluir pela preponderância dos direitos da personalidade em detrimento da liberdade de informação, na hipótese de colisão entre eles.

O acórdão do STJ já na ementa informa que se aplicou a “filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das ‘coisas humanas’.”(2013, p. 3) E no corpo do acórdão há a citação de trecho da obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” de Immanuel Kant, destacando a existência do homem como um fim em si mesmo e não como um meio (2013, p. 31).¹¹⁸

¹¹⁸ Ainda que não seja objeto de pesquisa deste estudo, interessante salientar que não se trata de uma referência isenta de divergências, até porque, como Ingo Sarlet adverte, Schopenhauer já havia destacado que a “fórmula de Kant é vazia de sentido, insuficiente e até mesmo problemática, podendo servir de fundamento para qualquer coisa” (2015, p. 44). Para Ingo Sarlet (2015, p. 70/71) o conceito de dignidade é o seguinte: “Outrossim, o conceito que se propõe, vale repisar, representa uma proposta em processo de reconstrução, visto que já sofreu dois ajustes desde a primeira edição, com o intuito da máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana. Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato

Porém, falar sobre o passado já licitamente publicizado é “coisificar” o ser humano, significando a atribuição de um preço a ele e transformando-o em um meio?

E tolher a liberdade de expressão não é uma violação da dignidade, eis que condição intrínseca à condição humana?¹¹⁹

Inevitável pensar em um contraponto. Por exemplo, esquecer pessoas que de alguma maneira receberam um amplo destaque positivo não fere à dignidade humana? Haveria um direito de ser lembrado ao invés de um direito de ser esquecido? Ou um direito de ser lembrado pelo “grandes feitos”, mas esquecido pelos fracassos?

Trata-se, por certo, de uma provocação, com o intuito de demonstrar a volatilidade gerada pelo recurso à dignidade da pessoa humana.

Aliás, Leonardi (2011, p. 97) recorda que “um dos primeiros instrumentos jurídicos a declarar a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana foi, em trágica ironia, o Ato Institucional Número Cinco (AI-5), que implementou, em 1968, os ‘anos de chumbo’ no País.”

O debate em torno da dignidade da pessoa humana é problema mais amplo, que foge ao propósito da pesquisa.

Remete-se, portanto, para João Baptista Villela (2009, p. 562), que adverte que “a dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo.”

Do mesmo modo, Fernando Leal (2015, p.141) que identifica como problema a justificação de decisões fundamentadas na dignidade da pessoa humana, especialmente, diante da amplitude da expressão o que o leva a afirmar que “ela está em todo o lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para explicar tudo, mas é incapaz de orientar efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado.”

de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

¹¹⁹ Novamente, recorre-se à ementa da ADPF n. 130: “O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.” (p. 3)

Igualmente, faz-se referência a Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010, p. 25), o qual alertou para o fato de que o entusiasmo brasileiro com a teoria argumentativa de Robert Alexy tornou frequente, mesmo para casos de solução típica pelo Direito Civil, a “ponderação” ou o “sopesamento” de direitos fundamentais e seus princípios respectivos, sendo a dignidade da pessoa humana o mecanismo chave para tanto.¹²⁰

Enfim, o direito ao esquecimento não é uma decorrência óbvia e direta da dignidade da pessoa humana, que, portanto, não pode ser indicada como fundamento para a existência dele na ordem jurídica brasileira.

2.1.2. Direito à privacidade: o direito de estar só (*right to be let alone*) e o controle temporal de dados

O segundo ponto a ser examinado é a linha doutrinária que defende que o direito à privacidade é capaz de proteger o indivíduo de seu próprio passado perturbador.

Essa possibilidade, em suma, parte da ideia de que as origens do direito ao esquecimento teria como fonte primária um direito de estar só (*right to be let alone*) consagrado no artigo *The right to privacy* de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*.¹²²

No entanto, a doutrina, majoritariamente¹²³, sustenta que o fundamento para o direito ao esquecimento estaria ligada a uma nova concepção de privacidade, relacionada com o controle de dados, em especial, o temporal.

O propósito, assim como se fez em relação à dignidade, não é esgotar o estudo sobre a privacidade (até porque a ideia de privacidade

¹²⁰ A relação entre o direito ao esquecimento e o neoconstitucionalismo será examinada na sequência.

¹²¹ “O Direito Constitucional foi arrastado para dentro do rodado de disputas privadas de relevância duvidosa, com todos os desagradáveis inconvenientes para si e para a Constituição, como o barateamento da dignidade e da importância das normas constitucionais, que se veem citadas em pequenos conflitos individuais, como a cobrança de uma dívida ou a definição dos danos pelo abaloamento de automóveis.” (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 24)

¹²² Disponível em <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>

¹²³ Conforme se apresentou no primeiro capítulo, este é o entendimento de Daniel Bucar, Anderson Schreiber, Renata Steiner, Cíntia Rosa Pereira de Lima.

vai além dos pontos de aproximação com a liberdade de expressão e a delimitação do tema da presente tese não comportaria um estudo euxariente acerca do assunto), mas sim o de oferecer elementos para que, com convicção, afirme-se que o direito ao esquecimento não pode ser nela fundamentado.

Assim, serão explorados os tópicos seguintes: dificuldades de se identificar e definir o que é privado, o que se reflete na legislação brasileira; inadequação de se fundamentar o direito ao esquecimento no direito à privacidade seja com base no direito de estar só ou seja em uma versão atualizada de controle temporal de dados.

Destaque-se, inicialmente, que a primeira dificuldade é observada na falta de uniformidade da própria terminologia para se referir ao que é privado, sendo utilizadas as expressões vida privada, intimidade, privacidade, às vezes como sendo sinônimas e em outros momentos, de acordo com o autor, comportando diferenciação.

René Ariel Dotti, por exemplo, afirma não se tratar de noções coincidentes, correspondendo a intimidade a um círculo mais restrito da vida privada. No entanto, o autor (DOTTI, 1980, p. 68). fala que foram “empregadas, indistintamente, as denominações: direito à vida privada, direito à intimidade da vida privada e direito à privacidade”

O legislador brasileiro sequer utiliza a expressão “privacidade”. Na constituição lê-se intimidade e vida privada e no Código Civil é feita referência apenas a esta última.

A CRFB no art. 5º estabelece no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

E no art. 21 do Código Civil está disposto: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Danilo Doneda (2008), ao responder à questão sobre se o uso de “intimidade e vida privada”, pela Constituição brasileira, significaria valorações diversas, responde negativamente e defende como opção mais razoável e eficaz o termo privacidade.¹²⁴

¹²⁴ “Responderemos que não, pelos seguintes motivos: (i) a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganhou assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso e referir ambas as expressões mais correntes relacionadas à privacidade, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma;

Dessa forma, não se fará distinção entre privacidade e intimidade, ainda que, com frequência, opte-se pelo uso da primeira.

A diversidade de expressões acaba por ser o menor dos problemas e é o retrato da complexidade da matéria, pois o grande desafio está na identificação da linha que separa o público do privado e de se concluir quando se dá a violação deste espaço.

O legislador brasileiro, conforme se depreende dos artigos citados acima, não esclarece o que deve ficar circunscrito ao âmbito privado. Todavia, a falta de delimitação através de previsão legal não é uma exclusividade brasileira, já que, por exemplo, no direito francês, o *Code Civil* em seu art. 9º também não o faz¹²⁵, limitando-se, basicamente, a dispor que todos tem direito ao respeito de sua privada.

Sem precisar o que é privado, inevitavelmente será árdua a tarefa de se concluir pela ofensa à privacidade.

Michel Foucault (1999, p. 9/17), na obra *História da Sexualidade I (A vontade de saber)* apresenta que até o início do século XVII a própria temática da sexualidade, o que atualmente, de forma genérica, não se discute ser questão atinente à esfera privada, não era tratada com o pudor que o século XIX passou a exigir.¹²⁶

(ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental em questão, em sua emanação constitucional. (...)

Utilizar o termo privacidade parece a opção mais razoável e eficaz. O termo é específico o suficiente para distinguir-se de outros termos com os quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, honra ou a identidade pessoal; e também é claro bastante para especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade. Mas esta escolha não surge somente da fragilidade das demais; ela revela-se por si só a mais adequada – por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.” (DONEDA, 2008)

¹²⁵ Art. 9º - Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

¹²⁶ “Diz-se que no início do século XVII ainda vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo; as palavras eram ditas sem reticência excessiva e, as coisas, sem demasiado disfarce; tinha-se com o ilícito uma tolerante familiaridade. Eram frouxos os códigos da grosseria, da obscenidade, da decência, se comparados com os do século XIX. Gestos diretos, discursos sem vergonha, transgressões visíveis, anatomias mostradas e facilmente misturadas, crianças astutas vagando, sem incômodo nem escândalo, entre os

Como afirma Bauman (2013, p. 108) vive-se uma sociedade confessional, e o que era impensável após a construção, pela modernidade, da noção de privacidade, está sendo, literalmente, assistido por todos na atualidade. Invoca-se a intimidade e, simultaneamente, ela é apresentada, espontaneamente, para milhões de pessoas.^{127 128}

Ademais as oscilações do comportamento decorrem inevitavelmente das inovações tecnológicas cada vez mais presentes na organização social. Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADI n. 4851: “E há câmeras que, a propósito de segurança, gravam, mostram e esparram-se em redes que repercutem no mundo em questão o que se quer e o que não se deseja mostrar. O tempo é outro. Não adianta chorar. Sorria, você está sendo filmado.” (STF, 2016, p. 96)

risos dos adultos: os corpos ‘pavoneavam’. Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala.” (FOUCAULT, 1999, p. 9)

¹²⁷ “Olhando o passado com o benefício que uma visão retrospectiva nos proporciona, podemos dizer que o aparecimento de Vivienne diante de milhões de franceses, homens e mulheres, grudados a suas telas de TV, também introduziu os espectadores e, por meio deles, o resto de nós a uma *sociedade confessional*, um tipo de sociedade até agora desconhecido e inconcebível, em que microfones são fixados dentro de confessionários, esses cofres e depósitos geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem divulgados apenas a Deus ou a seus mensageiros e plenipotenciários terrestres; e em que alto-falantes conectados a esses microfones são montados em praças públicas, lugares antes destinados a debater e expor questões de interesse, preocupação e urgência comuns. O advento da sociedade confessional sinalizou o derradeiro triunfo da privacidade, essa distinta invenção moderna – embora também o início de sua vertiginosa queda dos píncaros de sua glória.” (BAUMAN, 2013, p. 108)

¹²⁸ Explica o autor (BAUMAN, 2013, p. 107) que Vivienne, uma “mulher francesa comum”, em 1980, falou em um *talk-show* da TV, “portanto, diante de vários milhões de espectadores, que, uma vez que seu marido Michel sofria de ejaculação precoce, ela jamais experimentara um orgasmo em toda a sua vida de casada.” Bauman, fazendo referência a Alain Ehrenberg, dispõe que este analista do homem moderno apontou esta noite da televisão francesa como a “data de nascimento da primeira revolução cultural moderna (pelo menos em seu ramo francês), a qual nos abriu as portas para o mundo líquido-moderno que continuamos a habitar” (BAUMAN, 2013, p. 107)

Diante de todos estes complicadores, cabe considerar também a afirmação de Daniel Solove (2011, P. 8/9) de que a principal dificuldade para se formular um conceito de privacidade¹²⁹ deve-se ao fato de a ela serem atribuídas situações muito distintas sem que exista necessariamente um denominador comum. Ele (SOLOVE, 2011, p. 13) conclui pela inevitável admissão de um conceito plural para privacidade, devendo-se focar no enfrentamento dos problemas que podem estar a ela relacionados, sem, porém, que se obtenha uma definição específica.¹³⁰

E compartilha-se da constatação de que a ausência de uma previsão fechada do que seria privacidade não pode impedir que problemas sejam identificados e que a eles seja oferecida uma solução.

¹²⁹ “For quite some time, scholars have proclaimed that privacy is so muddled a concept that it is of little use. According to Arthur Miller, privacy is ‘exasperatingly vague and evanescent.’ As Hyman Gross declares, ‘the concept of privacy is infected with pernicious ambiguities.’ Colin Bennett similarly notes, ‘[a]ttempts to define the concept of ‘privacy’ have generally not met with any success.’ Robert Post declares that [p]rivacy is a value so complex, so entangled in competing and contradictory dimensions, so engorged with various and distinct meanings, that I sometimes despair whether it can be usefully addressed at all.’ ‘Perhaps the most striking thing about the right to privacy,’ Judith Jarvis Thomson observes, ‘is that nobody seems to have any very clear idea what it is.’ “ (SOLOVE, 2011, p.10)

¹³⁰ O autor propõe então uma taxonomia que organiza os problemas de privacidade em quatro categorias gerais e uma subdivisão em dezesseis subcategorias: Information Collection *Surveillance Interrogation*. Information Processing *Aggregation Identification Insecurity Secondary Use Exclusion* Information Dissemination *Breach of Confidentiality Disclosure Exposure Increased Accessibility Blackmail Appropriation Distortion* Invasion *Intrusion Decisional Interference*.

¹³¹ E não apenas Daniel Solove salienta tamanha dificuldades. Igualmente, Dorothy J. GLANCY (1979, p.1), no artigo THE INVENTION OF THE RIGHT TO PRIVACY: «3. Paul v. Davis, 424 U.S. 693, 713 (1976) (Rehnquist, J.). Justice Rehnquist is not alone in his puzzlement over what, if anything, the right to privacy means. Twenty years earlier Judge Biggs more whimsically likened the law of privacy to a haystack in a hurricane. Ettore v. Philco Telev. Broad. Corp., 229 F.2d 481, 485 (3d Cir. 1956). Even such a strong advocate of increased protections for the right to privacy as Arthur R. Miller had to admit that privacy law is "a thing of threads and patches" in his seminal work, THE ASSAULT ON PRIVACY (1971).”

Consoante já se falou, no momento, o propósito restringe-se a investigar se a ideia de um direito ao esquecimento encontra guarida sobre a abrangência do direito à privacidade na sistemática brasileira.

Dessa forma, considerando o obstáculo de se formular um conceito apto a abrigar todas as situações sem ser demasiadamente amplo, a inexistência de parâmetros normativos suficientes, especialmente, no que tange aos pontos de aproximação entre a privacidade e a liberdade de expressão, já que a CRFB, em suma, limita-se a tratar da inviolabilidade de domicílio, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, e a legislação infraconstitucional tampouco oferece elementos adequados, o intérprete acaba por assumir um papel de protagonista.

Diante disso, cabe destacar, novamente, a recente decisão do STF proferida na ADI n. 4851, questionadora da constitucionalidade dos art. 20 e 21 do CC¹³² quanto à necessária autorização do biografado. Aos citados artigos que, registre-se não são específicos para biografias e livros, que o tornavam uma ameaça ainda maior para a liberdade de expressão, a corte suprema brasileira, por unanimidade, julgou procedente o pedido para dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, “para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).” (STF, 2016, p. 3/4)

Acredita-se que o STF, ao concluir pela inexigibilidade de autorização para a publicação de biografia, tenha enfraquecido a tese do direito ao esquecimento. Embora este gênero de obra literária não coincida com o que foi delimitado para o direito ao esquecimento, pois

¹³² CC, Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

além de não se referir a um episódio isolado acaba por se referir às pessoas consideradas públicas, que atraem naturalmente, portanto, o interesse de terem a vida narrada por outrem, é interessante observar que há uma manifestação favorável à abordagem dos episódios do passado. A liberdade de expressão foi, como não poderia deixar de ser, tutelada ao se admitir a narrativa de toda uma vida, mesmo sem autorização, devendo, porém, o autor responder pelos eventuais direitos violados. Assim, com mais razão, o mesmo deve ocorrer quando objeto da comunicação é a retomada de um evento isolado.

Enfim, a publicidade lícita do passado já oferece elementos para se concluir que não houve lesão à privacidade e o passar do tempo, independentemente de a informação alcançar um novo público e de se valer de um outro veículo de comunicação, não faz desaparecer a legitimidade da expressão e tampouco recolhe a informação para a esfera do privado. Se a comunicação na origem não invadiu, não será o tempo que vai modificar isto. Não se observa, seja na Constituição ou seja no Código Civil, qualquer dispositivo que ofereça interpretação diversa desta.

De qualquer modo, o presente tópico propõe-se a refutar a privacidade como fundamento para o direito ao esquecimento e, para tanto, é preciso ainda examinar os dois principais argumentos doutrinários.

2.1.2.1. *The right to be let alone* não é fundamento para o direito ao esquecimento

Segue-se, então, para o estudo acerca da impossibilidade de se fundamentar o direito ao esquecimento no direito de estar só (*the right to be let alone*), expressão que se tornou célebre a partir de “The Right to Privacy” de Samuel Warren e Louis Brandeis¹³³, publicado em 15/12/1890, na Harvard Law Review, vol. IV, n. 5¹³⁴

Como a expressão «direito a estar só» ou «direito a ser deixado em paz» é imediatamente associada ao referido artigo, que é referência para o estudo da privacidade^{135 136}, é importante examiná-lo, ainda que de forma sucinta.

¹³³ Este será citado novamente no próximo capítulo, pois anos após, tornou-se Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos.

¹³⁴ Disponível em <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>

¹³⁵ Em uma edição espanhola (“El derecho a la intimidad”), por exemplo, a apresentação de Benigno Pendás destaca a importância do texto, inclusive, pelo

São necessárias algumas considerações iniciais.

a) A primeira delas é que “*the right to be let alone*”, repetida quase que de forma automática quando o assunto é privacidade e associada a Warren e Brandeis, na verdade, como apontado no próprio texto, trata-se de uma formulação feita pelo magistrado Cooley em “*Cooley on Torts*”.¹³⁷

b) A segunda consideração é que “*the right to be let alone*”, que aparece apenas em três momentos em todo o artigo, não é apresentada no texto como sinônimo exclusivo para “*the right to privacy*”.

A referência é feita nos seguintes pontos.

É colocado que a proteção plena da pessoa e dos seus bens é um antigo princípio que demanda de tempos em tempos uma redefinição em decorrência das mudanças sociais, políticas e econômicas, inclusive mediante o reconhecimento de novos direitos, o que é facilitado pela “eterna juventude” da *common law*. É citada, então, à atualização do direito à vida, à liberdade e à propriedade, constatando-se que o direito à vida estava limitado à proteção contra as agressões físicas, o direito à liberdade à não existência de obstáculos físicos e o direito à propriedade restringia-se à proteção das terras e do gado, porém, com a extensão dos valores jurídicos às sensações e aos sentimentos, progressivamente, o

número de citações em revistas de grande prestígio: “Es sabido que en los Estados Unidos (y ahora, también aquí) hay gente que dedica su esfuerzo al recuento de las citas científicas que determinan quiénes son *the classics of the legal scholarship*. Pues bien, Warren y Brandeis ocupan el primer puesto en tan singular concurrencia, de acuerdo com el más fiable de los censos: según los datos de Fred. R. SHAPIRO, em “The Most Cited Law Review Articles”, artículo de *California Law Review*, volumen 73, 1985, *El derecho a la intimidad* aparece citado 256 veces em las 180 revistas jurídicas norte-americanas más prestigiosas, a partir de 1947.” (PENDÁS; BASELGA, 1995, p. 10)

¹³⁶ Para Daniel Solove (2007, p. 110): “Warren and Brandeis’s article was a big hit in legal world. Between 1890 and 1900, more than ten articles examined Warren and Brandeis’s proposal to create privacy torts. (...) Many commentators consider the article to be one of the primary foundations of privacy law in the United States. One famous scholar [Harry Kalven Jr] even declared that it was the ‘most influential law review article of all’.”

¹³⁷ “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”.

direito à vida passou a significar o direito de aproveitar a vida – o direito de estar sozinho (“*and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone*”), o direito à liberdade garantiu o exercício de privilégios civis e o direito de propriedade passou a compreender bens materiais e imateriais. Daí o surgimento da proteção contra a ameaça, calúnia, difamação, sons e odores em questões de direito de vizinhança, bem como os direitos de propriedade intelectual, proteção da clientela e marcas.

Na sequência, a menção à expressão refere-se à necessária proteção do indivíduo das então recentes invenções e das atividades empresariais da época e indicado, então, o que juiz Cooley, como colocado acima, já havia firmado acerca da necessidade de um “*right to be let alone*”, o que representaria uma nova etapa na proteção da pessoa. As mudanças sociais impuseram a necessidade de um instrumento para impedir a invasão da vida privada, em especial através do reconhecimento de um direito específico e da proibição da circulação de retratos não autorizados.

E, por fim, a expressão é utilizada quando sustentam que já haveria um princípio geral de o indivíduo ser deixado sozinho (*the right to be let alone*) quando do reconhecimento da proteção aos pensamentos, emoções, sensações presente subliminarmente em determinados direitos, cujo substrato, como se verá a seguir, pode ser estendido para a proteção da vida privada.¹³⁸

c) E a terceira consideração liga-se ao cenário social da publicação do artigo e a inevitável referência a algumas peculiaridades pessoais, especialmente as que se referem ao autor Samuel Warren. No século XIX, os Estados Unidos da América conheceu o fenômeno, conhecido como “*yellow journalism*” (SOLOVE, 2007, p. 116) ou “*newspaperization*” (GLANCY, 1979, p. 8), resultante de um barateamento da impressão, dando origem a jornais que, basicamente, publicavam notícias sensacionalistas e com frequência invadiam a privacidade de personalidades da época. Ainda, deve ser destacada a invenção da “*snap camera*” pela Companhia Eastman Kodak que

¹³⁸ “These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. It is like the right not be assaulted or beaten, the right not be imprisoned, the right not to be maliciously prosecuted, the right not to be defamed.”

revolucionou e popularizou a fotografia, por ser portátil e de valor acessível, em uma época em que se dependia de equipamentos caros, pesados e cujo ato de capturar imagens era difícil e demorado (SOLOVE, 2007, p. 116). E Samuel Warren pertencia a uma família abastada, era um advogado famoso de Boston e casou-se com a filha de um senador, tendo os eventos sociais que promovia e mesmo o seu ambiente particular tornado-se alvo da referida imprensa sensacionalista (GLANCY, 1979, p. 5).

Assim, sintetizando o contexto de utilização do “*the right to be let alone*”, consoante o apresentado acima, a autoria da expressão não pode ser atribuída a Warren e Brandeis; “*the right to be let alone*” é um direito mais amplo conectado a uma atualização feita pela *common law* para o direito à vida e o reconhecimento de uma necessária proteção jurídica aos sentimentos, não correspondendo, portanto, a um equivalente para o direito à privacidade dotado, portanto, de maior especificidade¹³⁹; a redação do artigo se dá sob os impactos das inovações tecnológica e de uma reconfiguração social inevitavelmente a elas atrelada.

Mas, qual a essência do artigo e, de forma específica, como é desenhado o direito à privacidade por Warren e Brandeis?

Os autores não definem o que é privacidade e nem criam o direito à privacidade. Eles falam, como dito, sobre a necessidade de se avançar na evolução dos direitos para garantir um direito de estar só, de ser deixado em paz, especialmente em função das atividades empresariais referenciadas¹⁴⁰. Apresentam como propósito do estudo investigar se no

¹³⁹ Como explica Glancy (1979, p. 3): “They placed the right to privacy within the more general category of the individual’s right to be let alone. The right to be let alone was itself part of an even more general right, the right to enjoy life, which was in turn part of the individual’s fundamental right to life itself.”

¹⁴⁰ Extraí-se do artigo “The right to privacy”: “The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle. The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental

direito já existente haveria um princípio que poderia ser invocado para a proteção à vida privada e, na hipótese de resposta positiva, definir a sua natureza e extensão. São analisadas algumas possibilidades, estudando-se o tratamento jurídico dado à calúnia e à difamação, analisando o direito à propriedade intelectual e artística, fazendo referência também a contratos, proteção de segredos empresariais e sigilo de correspondência. E, segundo eles, o direito de propriedade intelectual e artística demonstraria uma distinção entre a proteção dos sentimentos e sensações das questões patrimoniais, correspondente à proibição da utilização indevida da obra artística e publicação não autorizada, pois por um lado visaria a proteção dos lucros do autor mas em outro corresponderia a aplicação de um direito geral de ser deixado em paz, no contexto citado acima, que não equivaleria ao direito à propriedade, mas sim à inviolabilidade da personalidade. Porém, o direito à privacidade que eles defendem existir não tem qualquer aspecto de proteção material. Ademais, o direito de propriedade intelectual não alcança a proibição que se comente sobre a obra ou se faça uma descrição dela.

A conclusão a que chegam é a de que a proteção aos pensamentos, emoções e sentimentos corresponderia a um direito genérico do indivíduo a ser deixado em paz, ligado à inviolabilidade da personalidade, oponível contra todos, aí incluído o direito à privacidade. Afirmam, então, que o direito contempla um princípio que pode ser invocado para proteger a vida privada do indivíduo contra a intrusão da imprensa, fotografia, registros modernos em geral, de som e de imagem, decorrentes especialmente dos novos inventos.

E, assim, se existente uma invasão na vida privada o dano estaria caracterizado sendo devida uma indenização.¹⁴¹

Partem, então, para o oferecimento de parâmetros concretos para a aplicação do “the right of privacy”. E, mediante analogia à lei de difamação e à lei de propriedade intelectual, são formulados os seguintes critérios: a) O direito à privacidade não impede a publicação daquilo que é de interesse público ou de interesse geral; b) O direito à privacidade

pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury. Nor is the harm wrought by such invasions confined to the suffering of those who may be the subjects of journalistic or other enterprise.” (BRANDEIS; WARREN, 1890)

¹⁴¹ “If the invasion of privacy constitutes a legal *injuria*, the elements for demanding redress exist, since already the value of mental suffering, caused by an act wrongful in itself, is recognized as a basis for compensation.” (BRANDEIS; WARREN, 1890)

não proíbe a informação sobre um tema, mesmo que tenha natureza privada, se as circunstâncias da publicação forem consideradas como privilegiada, conforme à legislação de calúnia e difamação (tornar-se público em razão de um julgamento, por exemplo); c) Não há direito à reparação quando a violação à privacidade tenha ocorrido de forma oral e sem provocar danos especiais; d) Não há direito à privacidade quando a publicação é feita pelo próprio indivíduo (sendo que uma comunicação privada, não é considerada como uma publicação) ou com o seu consentimento; e) A veracidade do publicado não se constitui uma defesa; 6) A ausência de “*malice*” não se constitui, igualmente, em uma defesa, pois a ma-fé não integra a conduta violadora.

Ao lado da já salientada importância acadêmica do artigo, POST (1989, p. 958) assevera ser ele a inspiração para o “*tort of the invasion of privacy*”.

E, consoante o “*Restatement of the Law, Second, Torts*”¹⁴², 652B, 652C, 652D, os ramos atuais do “*tort of the invasion of privacy*” são os seguintes: intromissão no isolamento de outrem, considerando o que seria entendido como altamente ofensivo para um padrão médio de comportamento (*reasonable person*) (652B *Intrusion upon seclusion*); apropriação do nome de outrem ou similar (652C *Appropriation of name or likeness*); publicização da vida privada que seja considerada ofensiva para o homem médio (*reasonable person*) e que não seja um tema do legítimo interesse do público (652D *Publicity given to private life*). Há, ainda, o 652E que corresponde à uma publicação que coloca a pessoa em um falsa luz (*publicity placing person in false light*), quando se ficcionaliza algo sobre ela, que, porém, não tem se mostrado compatível com decisões da Suprema Corte proferidas em favor da liberdade de expressão.¹⁴³

Mas qual a relação que pode ser estabelecida com o direito ao esquecimento? Um direito a ser deixado sozinho, a ser deixado em paz

¹⁴² “Os ‘Restatements’, uma das formas mais prestigiadas de autoridade secundária, são preparados pelo American Law Institute. Desde 1923, um grupo de juízes, advogados notórios e professores de direito, têm se reunido com a intenção de esclarecer as ambiguidades em questões jurídicas e ‘restabelecê-las’ (restating it) de maneira clara e ordenada. Atualmente, o instituto não apenas analisa as decisões judiciais, mas também busca prever o posicionamento futuro dos tribunais. Apesar de as cortes não serem obrigadas a seguir os ‘restatements’ elas frequentemente os citam.” (EDWARDS; EDWARDS, 2002, P. 170-171)

¹⁴³ https://cyber.law.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm

oferece o suporte para que um evento do passado já publicado não seja lembrado?

A defesa do direito ao esquecimento concentra-se demasiadamente na expressão “*the right to be let alone*”, sem, porém, investigar de forma adequada o que ela pode significar seja na sua origem, já que citado com frequência o estudo de Warren e Brandeis, seja em uma possível atualização da ideia.

É certo que não é porque se utilizam da famosa expressão que somente poderiam valer-se dela a partir da literalidade do artigo. Aliás, nem caberia, pois se trata de um texto do final do século XIX, época em que não se havia consagrado nos Estados Unidos o direito à privacidade e cuja grande preocupação era a popularização da fotografia¹⁴⁴, o jornalismo sensacionalista e uma forma de registro inédito da vida privada.

Como se viu, *the right to be let alone* fundamenta a existência de direitos, independentemente de qualquer conexão a um interesse patrimonial, que atestam a legitimidade e essencialidade da proteção de uma esfera da vida do indivíduo em que ele seja deixado tranquilo, que não seja molestado, sendo esta a essência do direito à privacidade.

Porém, a expressão vista isoladamente é extremamente ampla. Não é por outra razão, acredita-se, que Samuel Warren e Louis Brandeis formularam parâmetros para a aplicação do direito à privacidade.

Aliás, se o ponto de partida for o artigo examinado, inclusive, o direito ao esquecimento não poderá ser incluído no direito à privacidade, pois dentre os parâmetros está justamente o fato de a informação, ainda que de natureza privada, não se ter tornado pública, por exemplo, em função de um processo judicial ou até mesmo pelo fato de a divulgação ter ocorrido pela vontade do próprio indivíduo, o que abarcaria um número considerável de casos que exemplificam o direito ao esquecimento. O caso da “Chacina da Candelária” como é sabido envolve um processo judicial.

Dizer que o fundamento para o direito ao esquecimento insere-se no direito à privacidade entendido como um direito a ser deixado sozinho, sem qualquer caracterização e detalhamento, é dar uma amplitude desmedida, o que acaba por não dizer muita coisa. Com esta

¹⁴⁴ Como prova da mudança de cenário, no século XXI, a Companhia Eastman Kodak enfrentou grandes dificuldades financeiras, o que a levou declarar falência em 2012, o que foi resolvido em 2013. <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/kodak-sai-da-falencia-com-foco-em-impresao-comercial>

concepção, até é possível afirmar que o sujeito que não quer ter um evento do seu passado relebrado deseja ser deixado em paz, mas muitas outras coisas também poderiam se aproveitar de tal amplitude, ainda que se tratasse de situações sem qualquer conexão com uma concepção do que seja privado.

Enfim, não é possível ligar o direito ao esquecimento à privacidade por intermédio do *right to be let alone*.

2.1.2.2 A ideia de um controle temporal de dados pessoais como uma faceta atual da privacidade não justifica a existência do direito ao esquecimento¹⁴⁵

Conforme apresentado no capítulo anterior, boa parte dos doutrinadores¹⁴⁶ favoráveis ao direito ao esquecimento, que foram citados, sustentam que ele decorre de uma atualização do direito à privacidade, que deixou de estar atrelado ao pensamento individualista do *right to be let alone* e passou a corresponder a um controle de dados pessoais.¹⁴⁷

Porém, defende-se que esse caminho, ou seja, o direito ao esquecimento como a prerrogativa de controlar no tempo os seus dados pessoais, igualmente, não oferece o amparo para a existência dele.

¹⁴⁵ Recorde-se que o limite de investigação neste tópico está em informações publicizadas no passado no contexto do direito ao esquecimento já delineado, não abrangendo, portanto, todo e qualquer dado disponível, especialmente, na internet, sem que caracterizada razoável fluência temporal que configure a informação como não mais atual, conforme já se salientou em tópico do capítulo anterior (1.3.1. Direito ao esquecimento – *right to forget* (direito de esquecer); *right to be forgotten* (direito de ser esquecido). De qualquer modo, parte-se inevitavelmente desta consideração porque a própria linha doutrinária ora examinada fala em controle temporal de dados.

¹⁴⁶ Neste sentido, foram citados Daniel Bucar, Anderson Schreiber, Renata Steiner, Cruz et. al., Cíntia Rosa Pereira de Lima.

¹⁴⁷ É interessante, porém, observar que para Glancy (1979, p. 21), o famoso artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis tratava justamente da privacidade a partir da presunção de o indivíduo ter o controle sobre as suas informações pessoais. E, de fato, falar em direito à privacidade é inevitavelmente referir-se ao controle das informações sobre si, através de mecanismos jurídicos que inibam, proíbam e sancionem a violação perpetrada. Reconhece-se, todavia, que a atual concepção de privacidade conectada diretamente a um controle de dados vai além, objetivando a retirada de circulação e mesmo o apagamento de informações.

Registre-se, inicialmente, que não se questiona a relevância de se tutelar os dados pessoais, o que pode ocorrer seja mediante o direito à privacidade, quando, por óbvio, tratar-se de dados privados, ou através de uma regulamentação específica, principalmente, diante das novidades e dos desafios proporcionados pelo ambiente virtual. De fato, deve-se garantir que dados pessoais disponibilizados na internet sejam excluídos, por exemplo, ao término da relação entre as partes, como determina o Art. 7º, X da Lei n. 12.965/2014¹⁴⁸; que se impeça que dados fornecidos para se fazer o cadastro de uma compra eletrônica sejam repassados a terceiros; que não sejam aproveitadas as pesquisas efetuadas em provedores de busca para ser alvo de estratégias de marketing sem consentimento como se dá pelo levantamento do perfil do usuário e por intermédio dos *cookies*; que sejam protegidos dados médicos, etc.

Mas é preciso ter cautela ao se avançar em tais argumentos.

Ter o direito de controlar os seus dados pessoais não é sinônimo de direito à privacidade, simplesmente porque há dados pessoais que não são privados. Há uma esfera comum de proteção a determinadas informações, mas não se pode estabelecer uma identidade.

Ademais, se a proteção de dados pessoais estiver abrangida pelo direito à privacidade, a conclusão inevitável é que se tratará de informações que não podem ser objeto de uma comunicação, já que a liberdade de expressão não a salvaguarda quando violadora de direito.

Não é possível resolver diferentes situações considerando-as regidas do mesmo modo, mediante controle de dados pessoais. A senha do cartão de crédito, a notícia de um jornal, informações de um currículo em um plataforma pública, dados de um processo judicial e postagens em redes sociais igualmente fornecem dados pessoais, mas não são equivalentes e nem estão igualmente tuteladas pelo direito à privacidade.

Há muita diferença entre manter, compartilhar ou publicar informações de forma não autorizada relativas à uma compra eletrônica, a um cadastro médico ou à uma matéria jornalística.

Todavia, a defesa de um direito ao esquecimento coloca especialmente a notícia como passível de um controle temporal, o que é um grande equívoco.

¹⁴⁸ Art. 7º, X da Lei n. 12.965/2014 “X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nestas Lei”.

Certamente que as vozes favoráveis à uma ideia de se controlar o passado dirão que a liberdade de expressão, considerando-se também o direito de acesso à informação, não será afetada.

Mas, lembre-se o caso Google Spain. Verificou-se que, ao longo da própria decisão e de acordo com o texto normativo aplicado, a liberdade de expressão não foi ignorada do debate¹⁴⁹. Não obstante entendeu-se que a publicação oficial da hasta pública no jornal La Vanguardia era um fato sensível da vida privada do Sr. Mario, que a empresa google era responsável pelo tratamento de dados e que tais dados atualmente, já que transcorridos 16 anos, são irrelevantes, inadequados e não pertinentes. Ao provedor de pesquisa foi, então, imposta a obrigatoriedade de desindexá-la, a fim de garantir o direito ao esquecimento.

No entanto, como já se questionou antes, o que é relevante, adequado, pertinente? Quem o definirá? E quando? Afinal, o «irrelevante» de hoje, não necessariamente o será amanhã.

Do parecer, não acolhido pelo TJUE, do Advogado-Geral, extrai-se:

O direito dos utilizadores da Internet de procurar e de receber informação disponibilizada na Internet está protegido pelo artigo 11.º da Carta. Isto refere-se tanto à informação contida nas páginas-fonte, como à informação fornecida pelos motores de pesquisa na Internet. Como já referi, a Internet revolucionou o acesso à difusão de todos os tipos de informação e permitiu novas formas de comunicação e de interação social entre as pessoas. A meu ver, o direito fundamental à informação merece uma especial proteção no direito da União, especialmente tendo em conta a tendência crescente dos regimes autoritários para limitarem o acesso à Internet ou censurarem os conteúdos disponibilizados por esta. (...)

Na sociedade de informação contemporânea, o direito de pesquisar informação publicada na Internet por meio de motores de pesquisa é uma

¹⁴⁹ A decisão faz referência (2014, p. 6) ao art. 9º da Diretiva 95/46/CE, que determina: “Os Estados-Membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão.”

das formas mais importantes de exercer este direito fundamental. (...)

Os direitos ao apagamento e ao bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, alínea a), da Diretiva 95/46 não conferem à pessoa em causa o direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referentes à sua pessoa, legalmente publicada em páginas web de terceiros, alegando não desejar que tais informações sejam conhecidas pelos utilizadores da Internet por considerar que as mesmas lhe podem ser prejudiciais ou pretender ser esquecida. (JÄÄSKINEN, 2013, p. 25-28)

Não se dúvida que desindexar em favor de um direito ao esquecimento é tolher a liberdade de expressão, tendo em vista o papel imprescindível na obtenção de informações que é desempenhado pelos motores de busca.

É importante reforçar que os efeitos colaterais tem sido impactantes e tem ido além de publicações em jornal referentes a hastas públicas.

O primeiro, que é inclusive paradoxal, é que a decisão, que condenou o Google, atribuiu a ele, uma entidade privada, um grande poder, que foi o de definir o que poderá ser acessado pelo motor de pesquisa ou não, a partir do pedido de um interessado expresso em poucas linhas de um formulário.

O segundo refere-se ao expressivo número de desindexações, atingindo, inclusive, duramente muitos jornalistas, como apontado no capítulo anterior.

Falar em direito ao esquecimento como um controle temporal de dados é uma hipótese de censura, pois nenhuma outra palavra indica melhor o impedimento de se acessar uma informação lícita em função de o tempo ter fluído e por não ser mais o dado considerado necessário, adequado, pertinente, relevante ou excessivo.

Enfim, é reduzir o direito à liberdade de expressão a uma legislação de proteção de dados, formulada de forma demasiadamente ampla.

2.1.3 Direito da personalidade autônomo a partir de uma múltipla fundamentação

Ao lado dos argumentos da dignidade da pessoa humana e da privacidade, acima examinados, há parte da doutrina que, sem necessariamente excluí-los, reforçam a existência do direito ao esquecimento no cenário jurídico nacional mediante uma gama de previsões legais.

Destaca-se, pela frequência em que são apresentados, o prazo máximo de manutenção do nome do devedor em banco de restrição ao crédito (art. 43, § 1º da Lei 8.078/90 – CDC¹⁵⁰); a reabilitação criminal (art. 748 do CPP¹⁵¹ e art. 202 da Lei de Execução Penal¹⁵²), bem como, prescrição, decadência e anistia.

Cabe recordar que, anteriormente, quando foram apresentados os contextos diversos do direito ao esquecimento, já se chamou a atenção para a necessária distinção entre examinar esses temas e o estudo do direito ao esquecimento como fator restritivo à liberdade de expressão.

É certo que existem normas voltadas para a estabilização do passado, como as indicadas acima, mas apesar de ser usual o direito ao esquecimento vir acompanhado de uma análise conjunta de todas estas questões e de se afirmar que a proibição de se falar sobre o passado encontraria fundamento, por exemplo, em disposições legais que determinam a retirada de um dado do sistema ou que impõem a não mais possibilidade de se sancionar alguém, defende-se não ser possível a transposição deste raciocínio.

O primeiro aspecto que deve ser salientado é que para todas estas situações (prescrição, decadência, reabilitação criminal, etc) há previsão legal expressa. É nada mais necessário que a modificação de direitos pelo tempo seja estabelecida pela lei.

¹⁵⁰ Lei n. 8.078/90, Art. 43, § 1º. Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

¹⁵¹ CPP, Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

¹⁵² Lei de Execução Penal, Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

O segundo é que a lei até pode especificar os efeitos do tempo nas situações indicadas, mas mesmo que não seja mais admissível a propositura de uma ação, que não se possa mais aplicar a reincidência ou não caiba mais a punição, não se pode concluir que é proibido falar sobre o débito prescrito, sobre as pessoas anistiadas ou sobre os reabilitados criminalmente. Assim, não há, ou não deveria existir, a obrigatoriedade do sigilo, do silêncio, do ignorar, do fingir que não existiu.¹⁵³

Por fim, cumpre reforçar que, na hipótese de negatização de nome em bancos de restrição ao crédito, a informação é sigilosa desde o primeiro instante, ou seja, em regra, desde a origem, a privacidade será aplicável.

Em suma, não há qualquer semelhança entre as situações apontadas que justifique interpretação nestes moldes.

2.2. Análise crítica dos acórdãos do STJ

Do mesmo modo que se procedeu em relação à doutrina, segue-se para o exame crítico dos parâmetros decisórios do acórdão do STJ (Chacina da Candelária - REsp 1.334.097 – RJ) que, como visto, reconheceu-o.

Na sequência, serão também analisados os pontos principais que foram determinantes para a não aplicação do direito ao esquecimento, pelo mesmo tribunal, no caso “Aída Curi”.

2.2.1. Caso “Chacina da Candelária”- REsp 1.334.097 – RJ -

Inicialmente, entende-se que são relevantes algumas constatações que se relacionam às questões fáticas do caso da Chacina da Candelária.

O autor da demanda, Jurandir Gomes de França, foi um dos réus do processo relativo à tragédia de repercussão nacional conhecida como Chacina da Candelária. Ele foi absolvido após a confissão de um dos reais autores do crime, ocorrida poucos dias antes do julgamento pelo Tribunal do Juri. O fundamento da ação indenizatória, proposta contra a

¹⁵³ Ressalte-se também que toda a discussão envolvendo graça, anistia e imprescritibilidade e a Justiça de Transição, em nenhum momento passa pela discussão da privacidade. Fala-se em ressocialização, em um direito penal menos punitivo, em paz social e mesmo em um direito ao esquecimento, mas não em privacidade, que é, como visto, um importante argumento quando o tema se aproxima da liberdade de expressão.

emissora Globo, que 13 anos após retratou o julgamento no programa Linha Direta – Justiça, concentrou-se no direito à paz, à privacidade, ao anonimato e no uso indevido de sua imagem e nome, já que havia manifestado oposição à veiculação do programa, que acabou por lhe trazer perturbações na vida presente.

O que se pretende ressaltar neste momento são alguns aspectos do programa, objeto do litígio, ou seja, do conteúdo da comunicação propriamente dita.

Aliás, inicialmente, registra-se uma curiosidade, que se crê legítima, e que diz respeito a saber se os julgadores, quando instados a se manifestar sobre uma comunicação, antes de examinar o que habitualmente tratam como uma colisão de direitos, analisam cuidadosamente e concretamente o objeto do litígio. De forma mais direta, a pergunta que se formula é se o Programa Linha Direta Justiça sobre a Chacina da Candelária foi visto por quem teve o poder decisório.

Isto porque depois de se assistir o programa, afirma-se que a certeza da inocência do Sr. Jurandir é tão enfatizada e é colocada de forma tão clara e nítida, que fica ainda mais difícil de se compreender a atribuição de uma responsabilização civil para o caso.¹⁵⁴

Já na primeira intervenção do apresentador, após a apresentação de algumas cenas, fica evidente que o episódio fez como vítimas, além das crianças que viviam nas proximidades da igreja carioca, três pessoas acusadas injustamente, dentre elas o Jurandir, que somente foram ter a sua absolvição reconhecida no Tribunal do Juri, praticamente, passados três anos de uma prisão absurda. O programa reúne depoimentos de policiais militares, de jornalistas, de promotores, de um sobrevivente da chacina que, depois de ter sofrido um novo atentado, atualmente vive protegido em Genebra na Suíça, da artista plástica que desenvolvia um trabalho social com as crianças e os adolescentes, pesquisadores, etc. A tragédia envolvendo as crianças é narrada, mas arrisca-se a dizer que o enfoque do programa está justamente nos equívocos do inquérito e na sequência de despropósitos que fez com que três pessoas inocentes fossem expostas nacionalmente como os responsáveis pela chacina. As fotos reais do julgamento e a comemoração da absolvição são, inclusive, mostradas. São apresentadas também matérias jornalísticas da época que

¹⁵⁴ Relembre-se que o programa continua disponível na internet. <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm> Acesso em 15/09/2015.

questionavam como estava se dando o reconhecimento dos possíveis culpados. O programa é integralmente conduzido neste viés. Aliás, ele é muito mais esclarecedor e enfático neste ponto do que o próprio acórdão.

Para quem desejar informação sobre a chacina da Candelária o programa é, sem dúvida, um instrumento válido.

É, portanto, difícil de assimilar como uma narrativa sobre um evento trágico deste porte no Brasil, com diligência, com pesquisa histórica, com ouvida das pessoas envolvidas diretamente, preocupando-se com a veracidade, pode ser condenado a pagar uma indenização. Aliás, este é o ponto chave do direito ao esquecimento, pois estranhamente ele não se ocupa de nenhum destes fatores, eis que a ilicitude da comunicação, o que a torna não protegida segundo seus defensores, deriva tão somente da ausência de contemporaneidade e da oposição do envolvido.

Feitas estas considerações, segue-se para o exame dos tópicos indicados, consoante explicação apresentada ao início do presente capítulo.

- Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos – conceito e caracterização

Consoante se apresentou no capítulo anterior, na ementa do acórdão foi registrado que o direito ao esquecimento é “um 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.”

Não é possível dizer que a decisão formulou um conceito geral para o direito ao esquecimento, pois se limitou à situação do demandante, que fora absolvido. Todavia, o acórdão é claro ao estender para os condenados que cumpriram a pena e, na fundamentação, verifica-se também a referência da matéria a questões não criminais.

O foco foi colocado na ausência de contemporaneidade por se ter veiculado um programa relativo a um crime ocorrido há mais de uma década e no impacto negativo na vida atual do autor, seja por lhe ter obrigado a reviver o episódio, seja pela desconfiança gerada contra ele.

A crítica principal, certamente, refere-se à admissão de uma ideia geral da existência de um direito ao esquecimento, o que, aliás, é o objeto principal de análise do presente estudo.

- Direito ao esquecimento e o direito comparado

-

O acórdão informa ter-se valido de precedentes de direito comparado que, portanto, demonstrariam a consagração do direito ao esquecimento nos Estados Unidos, na Alemanha e na França.

Contudo, é preciso apontar algumas atualizações aos precedentes apresentados.

Do direito norte-americano é citado o caso *Melvin vs. Reid* (1931, Tribunal de Apelação da Califórnia), como uma hipótese de reconhecimento explícito do direito ao esquecimento vinculado à privacidade.

Entretanto, esta orientação da Suprema Corte da Califórnia foi superada em 1971. LEWIS (2011, p. 94/95) esclarece que o entendimento atual é que “a imprensa pode chamar atenção de forma verídica para fatos antigos, por mais embaraçosos que sejam”, que “a cultura jurídica americana tal como é hoje não aceitaria a proibição da publicação de fatos que já fossem de conhecimento público” e que “uma vez conhecido, nenhum fato da vida privada pode ser enterrado”.

Igualmente, o STJ fundamenta-se no caso *Lebach*, célebre caso de direito ao esquecimento da jurisprudência alemã, também já referenciado no primeiro capítulo.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2013), porém, informa que houve um caso “*Lebach II*”, em 1999, mas, nesta ocasião, o Tribunal Constitucional Federal não impediu a apresentação do programa. O autor esclarece que, em 1996, outra televisão alemã produziu uma série sobre crimes históricos, dentre eles o caso *Lebach*, e houve nova tentativa de impedir a veiculação, no entanto, desta vez, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que, diferentemente, da transmissão do programa na década de 70, a série dos anos 90 não tinha teor sensacionalista e os riscos à ressocialização dos condenados haviam sido minorados consideravelmente, além de apontar para a forte violação a um direito fundamental que se dá quando ocorre a proibição de um programa.¹⁵⁵

Da jurisprudência francesa são citados, em favor do reconhecimento do direito ao esquecimento, o caso *Mme. Filipachi Cogedipresse*, de 20 de abril de 1983, do “Tribunal de última instância

¹⁵⁵

<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em 13/01/2014.

de Paris” (sic) e a decisão do caso Marlene Dietrich¹⁵⁶, julgado pelo Tribunal de Paris.

Todavia, apesar de o precedente do STJ afirmar que o direito ao esquecimento está consagrado definitivamente na jurisprudência francesa, como se verá ainda neste capítulo em tópico específico, é possível afirmar, com convicção, que estas duas decisões não a retratam em seu estado atual, especialmente se for considerado o posicionamento da Corte de Cassação.

- Direito ao esquecimento – adequação ao ordenamento jurídico brasileiro

O acórdão reconhece a existência do direito ao esquecimento a partir de uma múltipla fundamentação, nos moldes da sistematização feita acima para a doutrina.

Em suma, como já examinado, o direito ao esquecimento foi amparado na dignidade da pessoa humana e nos limites previstos à atividade informativa, como vida privada, intimidade, honra, imagem que, consoante estabelecido no acórdão, devem preponderar quando em conflito com a liberdade de expressão. Assentou-se ainda em normas infraconstitucionais, como os artigos 11¹⁵⁷, 20¹⁵⁸ e 21¹⁵⁹ do CC, bem

¹⁵⁶ Recorda-se informação apresentada no capítulo anterior de que o “caso Marlene Dietrich” não trata sobre o direito ao esquecimento. Aliás, este caso sequer será citado no estudo sobre a jurisprudência francesa, tendo em vista, defende-se, não guardar correspondência direta com o tema. O caso Marlene Dietrich é uma importante decisão para o estudo da privacidade, mas não propriamente para o direito ao esquecimento. Em 1950, a revista France-Dimanche publicou por três semanas seguidas, uma série de artigos intitulados “Minha vida, por Marlene Dietrich”, sem que no entanto tivesse sido autorizada a revelação do que disseram ser as suas memórias e o uso de imagens suas. Em 1952, o Tribunal de La Seine condenou a sociedade responsável pela revista ao pagamento da indenização de 50.000 francos. E em 1955, a Corte de Apelação de Paris majorou o valor para 1.200.000 francos, levando em consideração o fato de que a atriz tinha a pretensão de publicar as suas memórias, o que havia sido prejudicado pela revista. (SAINT-PAU, 2010, p.7)

¹⁵⁷ CC, Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁵⁸ CC, Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem

como, em normas que, conforme a decisão, garantem o esquecimento, como perdão, anistia, reabilitação penal, sigilo das folhas de antecedentes, prescrição, etc. Estes dispositivos forneceriam a prova de que uma notícia lícita pode tornar-se ilícita pelo passar do tempo.

Defende-se que não há nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que garanta um direito ao esquecimento, bem como que não é possível deduzi-lo do sistema normativo, ainda quando limitado aos condenados que já cumpriram pena e aos absolvidos, que é o caso do julgamento envolvendo a chacina da candelária.

Os argumentos já foram avaliados quando do exame das linhas doutrinárias, sendo cabível, ainda, um aprofundamento quando do estudo acerca da liberdade de expressão no próximo capítulo. De qualquer modo, registra-se que o ordenamento não o comporta, e qualquer esforço neste sentido resultará no estabelecimento de uma censura, fazendo com que a passagem do tempo, em suma, se transforme em um mecanismo limitador no direito fundamental da livre manifestação do pensamento.

Concorda-se com a afirmação de que a veracidade não necessariamente garanta a circulação de uma comunicação, sendo, de fato, ilícita a divulgação de informações sobre a intimidade de outrem, ainda quando rotuladas de verdadeiras, no entanto, isto não é suficiente para caracterizar e justificar o direito ao esquecimento. Isto é válido para a tutela da privacidade, porém não é o caso de a invocar, pois não apenas está-se lidando com fatos ditos verdadeiros, mas também com eventos que já foram amplamente publicizados no passado. E até é possível refletir sobre como se deu a divulgação na origem, contudo, o ataque deveria se concentrar na ofensa do passado, caso existente, de fato, uma ilicitude.

Enfim, não existe base jurídica para afirmar que uma notícia lícita transforme-se em ilícita em função do passar do tempo.

de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

¹⁵⁹ CC, Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

- Liberdade de expressão – mídia do século XXI

O acórdão assevera que a repressão à liberdade de expressão ocorrida no passado recente brasileiro não autoriza uma atuação informativa absoluta. A própria constituição, segundo a decisão, impõe restrições, tendo sido feita uma opção pela proteção da pessoa humana.

Consoante se explicitará no próximo capítulo, o direito ao esquecimento não encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente, por atentar contra a liberdade de expressão.

Não é porque não mais se vive em uma ditadura que o conceito de liberdade de expressão deva ser modificado ou reduzido. Não é porque se vive em uma democracia, felizmente, com a imprensa livre, que proteções conquistadas tornam-se supérfluas.

Parte-se da ideia equivocada de que direitos colidem e que os defensores da liberdade de expressão ansiariam um vale tudo, um direito absoluto intangível, isolado de todo o sistema jurídico.

Na sequência, essa questão será melhor explorada, mas, de qualquer modo, adiante-se que há o direito fundamental à liberdade de expressão desde que outros direitos não sejam violados, ou seja, uma comunicação que revele dados da privacidade de alguém não estará protegida. Entretanto, acessar um evento do passado, à época, tornado público licitamente e manifestar-se sobre ele não se subsume a nenhuma das hipóteses de comunicação vedadas pelo direito brasileiro, expressas ou implícitas e, por óbvio, não é o fato de se ter um regime democrático que permitirá que ele seja deduzido.

- Direito ao esquecimento e a historicidade de crimes

A decisão está atenta para a importância da História e para o fato de que ela não é composta apenas dos considerados “grandes feitos”.

Mas, paradoxalmente, ao se referir aos crimes históricos, são apresentadas restrições incompreensíveis, pois a individualização e a identificação do condenado ou do absolvido somente é admitida caso não seja possível desenvolver a narrativa sem referência a eles. É sugerida a supressão de nome e de imagem daqueles que não forem indispensáveis para a comunicação.

É, porém, totalmente inadequado colocar a questão nestes termos. Além da dificuldade de se concluir se é o caso de um crime histórico ou não, na hipótese de uma resposta positiva, é impróprio exigir que um episódio seja retratado parcialmente, o que equivale a dizer com parte da

história censurada, não obstante terem sido informações elementares e públicas no passado.

Existe uma verdade oficial, que distingue personagens principais e coadjuvantes? A História pode ser contada apenas com os personagens principais? Afinal, quem são os partícipes relevantes?¹⁶⁰

E a ressalva, de supressão de nome e de imagem daquele que não é imprescindível para o relato, seria, segundo a decisão, a ser considerado apenas para os crimes históricos, pois, no geral, como visto, a proibição é ainda mais ampla.

Na hipótese de processos penais, considerou-se que a notícia deixa de ser atual, em regra, com o cumprimento da pena ou com a decisão que concluiu pela absolvição. Isto nada mais é do que o estabelecimento de um prazo de “vida útil da informação criminal”. Alertou-se, inclusive, para a necessidade de restrição de publicidade dos processos ainda durante o seu trâmite.

Será preciso, portanto, reformular todo o conceito e fundamentação para o princípio da publicidade processual. E acolhido este pensamento, o primeiro obstáculo a ser superado será em relação aos próprios bancos de dados jurisprudenciais fornecidos pelos Tribunais, que precisarão de uma atualização contínua para retirada de decisões do repositório ou, pelo menos, de uma estratégia para garantir o anonimato dos envolvidos.

Infelizmente, a vida de Jurandir França, acusado injustamente no caso da Chacina da Candelária está fatalmente atrelada ao referido episódio. E não é possível mudar o ocorrido. Lá no passado houve dano e conduta ilícita, o que foi suficiente para a caracterização de uma resposta estatal a ser atribuída aos ofensores. Não há dúvidas, portanto, da violação aos direitos deste homem e do trauma a ele causado. As lesões contra ele perpetradas na ocasião do inquérito e do processo penal devem (ou deveriam ter sido tuteladas), mas a narrativa do ocorrido, como se verá, é um exercício regular do direito da livre expressão e não há que se falar em violação de privacidade, honra, imagem e muito menos em um direito ao esquecimento.

Ainda que não tenha sido proibida a divulgação, a liberdade de expressão atingida, no caso, mediante a condenação ao pagamento de uma indenização, resta também enfraquecida pelo receio de futuras sanções, causadora, portanto, de um efeito inibidor ou dissuasivo (*chilling effect*).

¹⁶⁰ Esta análise será retomada no último capítulo.

E além de conter quem deseja se comunicar, prejudicando o acesso à informação, têm-se um verdadeiro efeito em cadeia, pois, partindo-se de uma boa e aparentemente inofensiva intenção, que foi a de proteger o Sr. Jurandir, ao se valer de todas estas considerações (validade da notícia criminal, crimes históricos, partícipes relevantes, personagens principais, irrelevância da veracidade, ausência de contemporaneidade), a gama de proibições torna-se incontrolável. Até porque o acórdão concentra a decisão para os condenados que já cumpriram pena e para os absolvidos, mas na fundamentação verifica-se a referência da matéria a questões não criminais. E isto conduz a um outro grave problema, seguindo-se este pensamento ampliativo do direito ao esquecimento, o “direito de retorno ao anonimato” concretizar-se-ia a partir de qual momento?

O direito ao esquecimento não é um corretivo tardio para as vicissitudes do passado, como sugere o acórdão. A sanção deve ser dirigida contra a conduta ilícita e não há ilicitude em um ato comunicativo legítimo.

Por fim, o fato de existirem programas sensacionalistas pautados em notícias criminais atentatórias de direito como nome, honra, imagem e privacidade, expondo pessoas que sequer foram condenadas (e mesmo quando o forem, a ofensa a direitos não pode ser admitida), despreocupados com o jornalismo ético, podendo, sim, até influenciar os jurados convocados para decidir o caso, do mesmo modo, não justifica a invenção de um direito ao esquecimento. As ilicitudes praticadas devem ser sancionadas. Mas o passado não se modifica, e uma vez publicizado legitimamente não se acoberta, não se camufla, ao menos, não se deveria.

2.2.2. Caso “Aída Curi” - REsp n. 1.335.153-RJ

Consoante se apresentou no capítulo anterior, no caso Aída Curi, embora tenha sido repetida a tese em defesa do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o tribunal concluiu pela sua não aplicabilidade.

Não serão repetidos os pontos em comum com o caso da “Chacina da Candelária”, eis que já examinados acima.

Nesse momento, as indagações particulares que o caso “Aída Curi” provocam concentram-se nas questões relativas à legitimidade, ao tempo decorrido e ao direito à imagem.

O acórdão reconhece a possibilidade de o direito ao esquecimento poder ser invocado por vítimas de crimes e familiares.

Lembre-se que quando se estabeleceu um conceito, na presente pesquisa, para o direito ao esquecimento, já se levou em consideração a possibilidade de diversas pessoas sentirem-se atingidas pela comunicação.

Os irmãos da vítima, imagina-se que, à época, foram também alvo de notícias, inclusive a foto mostrada no programa, mostra-os ao lado do corpo da jovem Aída Curi. Recorde-se também que no caso “Red Kimono”, quem alegou prejuízos pela retomada do passado foi o marido de Gabrielle Darley. De qualquer modo, deve-se registrar que são, por certo, situações diversas, pois no último caso, o marido não é objeto de nenhuma das comunicações, nem da originária e nem da redivulgação, mas se vale do argumento de que a sua vida foi impactada ao se narrar episódio da vida de sua mulher.

Dos casos franceses, que serão examinados a seguir, destaca-se o *affaire* Pull-over rouge, tendo em vista o direito ao esquecimento ter sido invocado igualmente pelos familiares da vítima, bem como pelo fato de a discussão ater-se principalmente à redivulgação de imagens.

Considerando-se que não se vislumbra a existência do direito ao esquecimento, definir a sua legitimidade mostra-se desnecessária, no entanto, parece ser um elemento não explorado por seus defensores.

Imagina-se que até aqui já se tenha salientado a imprescindível conexão entre o direito ao esquecimento e o tempo. Mas, também se registrou que a doutrina que sustenta a existência do direito ao esquecimento não detalha esta relação e não aponta qual o período necessário para se poder falar nele, referindo-se apenas em perda de atualidade e ausência de contemporaneidade.

Ao se contrapor o exame do caso “Chacina da Candelária” com o “Aída Curi”, são observados alguns complicadores para a análise do tempo. Como se sabe, o direito ao esquecimento somente foi aplicado para o primeiro, tendo sido negado aos irmãos de Aída Curi, dentre outros motivos, ironicamente, pelo fato de já se ter passado muito tempo (aproximadamente, 50 anos, enquanto, no outro caso, o período era de 13 anos entre a ocorrência do evento e a transmissão do programa). Assim, o lapso temporal que é elemento central do direito ao esquecimento recebeu tratamento diverso nos dois casos, não obstante tenham sido relatados pelo mesmo ministro e julgados perante a mesma composição da Quarta Turma do STJ. É inclusive dito que poderia estar presente a ilicitude, mas não o abalo moral, pois o prazo dilatado tornava a dor diminuída, não mais se podendo falar em indenização por danos morais pela lembrança da morte da jovem Aída. Ademais, este aspecto mostra-se também controverso quando do enfrentamento das

duas decisões, eis que se verifica que para o ministro relator, no caso da Chacina da Candelária, o interesse público relativo à divulgação de detalhes de um crime aptos a identificar os sujeitos envolvidos encerraria com o cumprimento da pena ou absolvição, mas não se justificaria a divulgação dos dados durante o trâmite processual. Entretanto, para a Ministra Maria Isabel Galotti o interesse público configurar-se-ia, unicamente, durante a persecução criminal.

E se até o momento, as críticas ao direito ao esquecimento concentraram-se em refutá-lo, especialmente, por não ser possível fundamentá-lo na dignidade da pessoa humana, tampouco no direito à privacidade, no caso Aída Curi, tendo em vista a divergência entre os ministros, o exame acaba por se concentrar na imagem.

O direito à imagem foi consagrado de forma autônoma pela CRFB em seu art. 5º, X. No entanto, o CC tratou do tema em seu art. 20, de forma limitada e inadequada. Aliás, este dispositivo foi um dos alvos da ADI n. 4815, especialmente no que concerne às biografias não autorizadas. E assim como se verificou ao se estudar o direito à privacidade, o direito brasileiro não regulou a questão de maneira satisfatória.

Entretanto, não se deve ignorar que imagem também é expressão¹⁶¹.

Dessa forma, impedir de forma generalizada o uso de imagens e, do mesmo modo, exigir, em qualquer caso, a autorização do retratado é limitar o exercício da liberdade de expressão.¹⁶²

2.3. Análise crítica do Tema n. 786 formulado na repercussão geral concedida ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 833.248/RJ (Caso Aída Curi)

Conforme se salientou em capítulo prévio, o reconhecimento da repercussão geral deu origem ao tema n. 786 (“aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares”). Para o Relator, Ministro Dias Toffoli, é necessário harmonizar a liberdade de expressão e o direito à informação

¹⁶¹ Não se duvida do teor informativo da foto da menina aterrorizada que corre após ataque de *napalm* durante a Guerra do Vietnã; do homem na frente de uma fila de tanques na Praça Celestial na China; dos presos em Abu Ghraib; do corpo do menino refugiado sírio em uma praia após naufrágio.

¹⁶² E o que dizer das famosas fotos de anônimos capturas por Henri Cartier-Bresson e Robert Doisneau?

com a dignidade humana e seus corolários, como imagem, intimidade e vida privada.

Repete-se a necessidade de extrema cautela na leitura do referido tema.

Primeiramente porque ele induz, equivocadamente, à ideia de que já há o reconhecimento do direito ao esquecimento para outros legitimados e que caberia agora examinar a questão em favor da vítima e de seus familiares.¹⁶³

Ademais, consoante a linha de entendimento que está sendo aqui apresentada, inexistente direito ao esquecimento e isto independe em favor de quem se está alegando. Em quaisquer circunstâncias, a ideia de restrição de informações legítimas sobre o passado é violadora do direito fundamental à liberdade de expressão, conforme se detalhará no próximo capítulo..

2.4. A jurisprudência francesa não consagra um direito ao esquecimento

Ni le bien, qu'on m'a fait
Ni le mal, tout ça m'est bien égal!
Non... Rien de rien...
Non... Je ne regrette rien
C'est payé, balayé, oublié,
Je m'en fous du passé!
Avec mes souvenirs
J'ai allumé le feu
Mes chagrins, mes plaisirs
(Charles Dumont e Michel Vaucaire)

¹⁶³ Repete-se informação apresentada no capítulo que apresentou o direito ao esquecimento: “Como se trata de um recurso interposto pela família da vítima, a fundamentação concentrou-se na invocação de um direito ao esquecimento adequado à situação concreta, ou seja, a eles relacionada. No entanto, ao contrário do que uma leitura apressada poderia indicar, é fundamental que se registre, não há no STF nenhuma decisão que garanta o direito ao esquecimento como elemento limitador da liberdade de expressão mesmo quando se refira aos condenados, seja na esfera cível ou não. Há julgados relacionados à reabilitação criminal, atestado de antecedentes criminais e à questão da reincidência, mas nada ligado ao tema delimitado na presente tese, ou seja, à liberdade de falar sobre assuntos do passado.”

Há alguns casos franceses célebres, que acabaram por condensar importantes discussões envolvendo direito ao esquecimento e liberdade de expressão.

Desse modo, para apresentar um panorama da jurisprudência da Corte de Cassação foram selecionados três julgados, com destaque para a decisão do caso *Madame Monanges contra Kern e Marque-Maillard* (1990) que firmou o posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento.

Acredita-se que são as principais decisões da referida corte francesa, as quais serão narradas em linhas gerais, seguindo-se para o exame de seus principais desdobramentos.

Antes porém de se examinar estas decisões, abre-se espaço para o estudo de três outras, que não foram proferidas pela Corte de Cassação.

O primeiro é o caso (*affaire*) Landru (1965), que será estudado pela sua importância histórica¹⁶⁴. Foi a primeira vez que, na França, a expressão direito ao esquecimento (*droit à l'oubli*) foi utilizada e arrisca-se a dizer ser este o momento da sua origem.

O segundo caso, *affaire* Madame M. contra Filipacchi et Societé Cogedipresse (1983)¹⁶⁵, também é apresentado pelo aspecto histórico, pois foi nele que um tribunal francês (Tribunal de Grande Instance de Paris), pela primeira vez, consagrou o direito ao esquecimento. Aliás, este é o caso assinalado nas decisões do STJ.

O terceiro é o caso Mamère. Na verdade, trata-se de uma decisão da CEDH, em que foi reconhecido que a França violou o direito fundamental à liberdade de expressão. A razão de a apresentar decorre da então existência na legislação francesa de dispositivos que se sustentava configurar uma previsão normativa para o direito ao esquecimento, que, posteriormente, foram declarados inconstitucionais pelo Conselho Constitucional francês.

Como se verá, na maioria dos casos (*affaires*), há uma ligação direta com processos judiciais criminais, mas não apenas no que se refere ao agente acusado ou condenado, mas também às vítimas e às pessoas que, de alguma maneira, se relacionaram ao evento.

¹⁶⁴ Será oferecido um detalhamento do caso por se tratar de decisão de difícil acesso no Brasil.

¹⁶⁵ A decisão não revela o nome da autora, apenas fazendo referência à Madame M... contra M. Filipacchi e Societé Cogedipresse.

2.4.1. *Affaire Landru*

Em 1921, Henri Desire Landru, Le Barbe Bleue de Gambais, foi condenado à morte, por guilhotina, acusado de ser um assassino em série no primeiro processo desta espécie na França. Landru, que era casado e tinha filhos, valendo-se de nomes falsos, passava-se por um homem abastado, aproximando-se de mulheres sozinhas e ricas, sob o pretexto de com elas manter um relacionamento amoroso e contrair núpcias. Após enganar as vítimas e aproveitar-se das economias delas, ele teria matado, ao menos, dez mulheres. Ele foi preso, em Paris, e acusado destas mortes, em 1919. No momento da prisão, sua amante, Mademoiselle Marceline Fernande Segret, estava em sua companhia. O julgamento de Landru foi acompanhado pela imprensa e pelas grandes personalidades da época, tendo alcançado grande notoriedade na sociedade francesa.¹⁶⁶ Durante todo o processo, o acusado negou, de forma veemente, a prática dos crimes e com a sua eloquência acabou por conquistar a simpatia de parte dos franceses, que acreditaram em sua inocência. Apesar de nenhum corpo jamais ter sido encontrado, as provas utilizadas contra ele só aumentaram a repercussão do *affaire*.¹⁶⁷

¹⁶⁶ A defesa foi empreendida pelo advogado Vincent de Moro Giafferi e a ele é atribuída a seguinte estratégia para comprovar a inocência de Landru diante do fato de não terem sido encontrados os corpos das vítimas: “O advogado vai ainda mais longe, em uma cena célebre, argumentou que uma das vítimas pretensamente morta teria sido encontrada e que ela estava pronta para se apresentar. Toda a sala virou-se para a porta... demonstrando que ninguém estava certo da culpabilidade de Landru. Mas, imediatamente, o advogado geral replicou que somente Landru não moveu o olhar. Defesa brilhante, mas não suficiente para salvar Landru, que foi condenado à morte em 30 de novembro de 1921. Henri Landru foi guilhotinado em 25 de fevereiro de 1922 na prisão Saint-Pierre de Versailles às 06:05h, após o seu pedido de graça ter sido rejeitado pelo Presidente da República Alexandre Millerand. Ao seu advogado que, ao pé do cadafalso, perguntou-lhe, finalmente, se ele teria assassinado todas aquelas mulheres, Landru respondeu: ‘Isto, Mestre, é a minha pequena bagagem...!’ .” Disponível em <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/le-proces-de-landru-24504.html> Acesso em 10/11/2014.

¹⁶⁷ Destaca-se a existência de um diário com todas as informações das vítimas; recibos de passagens de trem para Gambais, local das mortes, sendo duas passagens de ida e apenas uma de retorno; e a existência de cinzas humanas, na cozinha e na chaminé da cozinha, que estava sempre lançando fumaça negra, inverno e verão, conforme relato dos vizinhos.

Landru foi condenado à morte em 30/11/1921 e guilhotinado em 25/02/1922.¹⁶⁸

A conexão do *affaire* com o direito ao esquecimento dá-se quando, em 1963, o diretor de cinema Claude Chabrol e a Societé Rome-Paris Films lançam o filme Landru¹⁶⁹, distribuído pela empresa Lux Compagnie Cinématographique de France, e Mademoiselle Segret propõe uma ação indenizatória contra todos, alegando que o filme, ao relembrar um evento dramático do seu passado e ao representá-la como amante de Landru, indicando o seu nome, sem a sua autorização, causou-lhe prejuízos. Segret, citada acima, recordando, mantinha uma relação amorosa com o criminoso, tendo sido poupada por ele (o que só aumentou a repercussão e a especulação sobre o caso), e ao seu lado estava no momento em que foi preso. Não obstante o seu pleito, importante esclarecer que a própria demandante já havia publicado, no passado, as suas memórias.

Conforme se extrai do acórdão do Tribunal de Grande Instance de La Seine, de 4 de outubro de 1965¹⁷⁰, a autora valeu-se da expressão “*la prescription du silence*” (prescrição do silêncio). No entanto, a decisão refutou a possibilidade de a retomada dos fatos, em um formato cinematográfico, ser ilícito:

A pessoa que, envolvida em um caso criminal célebre, publicou suas memórias e ofertou nova divulgação, não pode culpar o autor de um filme relativo a este caso pela lembrança de eventos fartamente notórios de sua existência e do uso de seu nome, já que basta consultar documentos igualmente conhecidos para identificá-la.

Especialmente, a amante de Landru não pode invocar em seu benefício a prescrição do silêncio, pois é impossível tratar da personalidade deste personagem complexo, sádico e meticuloso, sem fazer referência, além das suas vítimas, às únicas pessoas que, aparentemente, inspiraram-lhe sentimentos humanos, seja a sua família legítima,

¹⁶⁸ Dados, e maiores detalhes, disponíveis em <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/le-proces-de-landru-24504.html> Acesso em 10/11/2014.

¹⁶⁹ Filme na íntegra disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=yMgXh51mlzk> Acesso em 10/11/2014.

¹⁷⁰ França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

seja a sua amante, que se mostrou, segundo documentos históricos e consoante suas próprias memórias, como alguém ignorante e sensível, que acreditava ser o seu companheiro livre, quando do começo da relação.¹⁷¹

O Tribunal excluiu do polo passivo a distribuidora do filme, não responsabilizou o diretor com base nos argumentos citados acima, no entanto, concluiu pela condenação da sociedade produtora da obra, Société Rome-Paris Films, por não ter solicitado a autoriza o da autora. Entretanto, interessante destacar que se concluiu pela responsabiliza o da produtora, precisamente, em fun o de a autora ter sido representada nua, ou praticamente¹⁷², ao lado de Landru, constituindo um atentado ao seu pudor.¹⁷³

A demandante solicitou, a título de perdas e danos, o valor de 200.000 francos. Todavia, como já ressaltado, por se tratar de um caso criminal extremamente notório e por ela mesma ter publicado as suas memórias, o pedido de reconhecimento do que foi denominado de prescri o do silêncio e de responsabiliza o civil em decorrência da retomada de seu passado doloroso não foram atendidos.¹⁷⁴

Porém, foi entendido que a representa o não autorizada de cenas íntimas, por atentar contra o pudor da autora, foi fato gerador de

¹⁷¹ França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

¹⁷² Trecho do julgamento: “(...) Considerando, por outro lado, que ela reclama, com razão, de não ter sido consultada quanto a ser representada praticamente nua nos braços de Landru, e mesmo deitada com costas, ombros e coxas desnudos; considerando que cada um dos membros do Tribunal viu o filme e que as imagens, aliás muito bonitas, são, com exce o da cena da cama, relativamente pudicas se comparadas com as que audaciosamente são projetadas em outros filmes (...); as necessidades desta nova arte, que se exprime muito mais por imagem do que por texto, representam um perigo particular quando se trata de evocar a vida privada de uma personagem real e apresentá-la diante de muitos espectadores de todo o país; considerando que o dever do produtor   solicitar autoriza o dos interessados, antes de os mostrar praticamente nus sob o pretexto de que   historicamente verdadeiro que eles estavam sem roupa;(...)”. França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

¹⁷³ França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

¹⁷⁴ França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

obrigação indenizatória da produtora, que cometeu uma *faute*¹⁷⁵, sendo devida a indenização do montante de 10.000 francos. Não foi acolhida a alegação da defesa de que se tratava de um fato historicamente verdadeiro, já que, sendo amantes, isso certamente teria acontecido. Do mesmo modo, foi ignorado o argumento de que imagem similar já havia sido publicada pela *France-Soir*, em 1952, pois, para os magistrados, tratava-se apenas de um desenho, sendo as imagens móveis do cinema, muito mais sugestivas.¹⁷⁶

Além destas considerações, que podem ser trazidas para a atual discussão sobre resgate de fatos do passado, esta decisão é de fundamental importância para o estudo do “direito ao esquecimento”, pois foi a partir deste acórdão que, pela primeira vez, na França, falou-se em “*droit à l’oubli*”, expressão cuja autoria se atribui a Gérard Lyon-Caen, o que faz com ele seja referência obrigatória quando se aborda o tema.¹⁷⁷

Lyon-Caen (1966) inicia o estudo salientando a peculiaridade do caso, ironizando que se identificou um prejuízo específico resultante de uma “representação viva do amor”, o que lhe provocou o questionamento de que caso se tratasse de uma representação imóvel ou mesmo de uma imagem da nudez em repouso não haveria problemas. Ademais, propôs uma reflexão sobre a diferenciação feita entre o diretor e a produtora em relação às cenas controvertidas do filme. Para ele, a decisão reforça a complexidade do estudo dos direitos da personalidade, primeiramente, porque não se trata de proteção à imagem, pois não foi a própria Segret mostrada no filme, mas sim uma representação sua. Na sequência, situa a discussão no contexto do direito à privacidade e questiona se a relação entre o famoso criminoso e a autora, tratados em um processo judicial público e apresentados voluntariamente em um livro de memórias, podem ser ainda considerados como fatos da vida privada. Identifica, então, que a base principal do julgamento está,

¹⁷⁵ De acordo com o que, comumente, traduz-se *faute* como culpa. A relação entre *faute* e culpa é, no entanto, mais complexa e será analisada em item próprio.

¹⁷⁶ França. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

¹⁷⁷ Na França, é habitual que as publicações oficiais das decisões sejam acompanhadas de análises de juristas, especialmente de professores de universidades. É o caso do estudo deste acórdão, em que Gérard Lyon-Caen formulou a expressão “*droit à l’oubli*”, desenvolvendo, conseqüentemente, a primeira análise sobre ele.

relacionado com a vida privada de Segret, na violação do pudor através das cenas do filme já referidas. Mas quanto a isto, propõe uma distinção entre cenas de uma ficção e as que pretendem retratar uma realidade amorosa, afirmando serem perfeitamente toleráveis no primeiro caso, dependendo, contudo, de autorização no segundo, razão pela qual concorda ser esta devida. Assim, dispõe que na falta da concordância da retratada, caracterizou-se a violação, pois, ainda que ela tivesse oferecido recentemente nova divulgação da sua história, ao menos, teria uma contrapartida por isto.¹⁷⁸ Analisa também um possível direito à verdade, pois na decisão os magistrados dispõem que a verdade histórica (ou como pondera o autor, a verdade judicial) foi respeitada, concluindo, porém, tratar-se de uma busca em vão. Além disso, o pleito de Segret concentra-se justamente no detalhamento dos fatos e não na falta de verdade ao retratá-los. O problema seria um excesso de imaginação ou de realismo? Por fim, o comentarista da decisão do Tribunal de Grande Instance de La Seine demonstra dificuldade em compreender o sentido do pleito de “*la prescription du silence*”¹⁷⁹ e, nos últimos três parágrafos de sua análise, ele questiona se o “*droit à l’oubli*” não teria sido um fundamento mais exato para o caso, respondendo que a verdadeira coloração do julgamento deveria mesmo ter se concentrado na lembrança de um período distante, talvez já esquecido, ainda que se tratasse da amante de Landru, pois, já envelhecida, ela teria conquistado um direito ao silêncio em relação às loucuras de sua juventude, como um condenado que já purgou a sua culpa, o que, afirma, entretanto, não poder ser invocado pela autora, justamente, pelo fato de ela mesma ter publicado as suas memórias.

Observa-se, portanto, que Gérard Lyon-Caen defende expressamente a existência de um direito ao esquecimento, e é o primeiro a fazê-lo na França, porém, reconhece que não caberia ter sido invocado no caso concreto.

Roseline Letteron (1996, p. 388-389), uma das pioneiras a escrever um artigo científico específico sobre o assunto na França, confirma que foi no caso Landru que a expressão “*droit à l’oubli*” foi utilizada no país pela primeira vez. A autora (1996, p. 411-412) dispõe que a noção de prescrição do silêncio, de fato, não era suficiente para proteger a autora da ação do seu distante passado, já que esta ideia envolve um automatismo, sem que caiba ao magistrado a análise do mérito, caso a caso, em função dos interesses envolvidos. Para ela, a

¹⁷⁸ “O pudor tem seu preço.” (LYON-CAEN, 1966).

¹⁷⁹ “(...) sem que se compreenda claramente o sentido (...)”.

expressão de Gérard Lyon-Caen, nas anotações feitas ao caso Landru, mostra-se mais interessante, razão pela qual “*droit à l’oubli*” passou a ser utilizado em outras decisões e não “*prescription du silence*”.

Em grau de recurso, a Corte de Apelação de Paris, em 15 março de 1967, reformou a decisão do Tribunal de Grande Instance de la Seine, afastando a responsabilidade da sociedade produtora, concluindo que a demanda de Segret era destituída de fundamento. Reproduz-se o seguinte trecho do acórdão:

Se cada um tem, a princípio, **o direito de se opor à divulgação** de fatos de sua vida privada, este não é o caso de quando estes já foram legalmente publicizados e não se identifica qualquer culpa nas circunstâncias de uma nova divulgação.

Uma sociedade produtora não viola o segredo que deve proteger a vida privada de alguém que foi a amante de um criminoso célebre, quando esta pessoa havia anteriormente, por diversas vezes, tentado publicar suas memórias, o que prova que ela não aspirava que se fizesse silêncio sobre este período da sua existência. (...) A designação desta pessoa pelo seu nome, não constitui um atentado ao direito que ela possui ao seu nome.¹⁸⁰

Como visto, o *affaire* Landru representa o primeiro momento em que a justiça francesa tratou diretamente sobre a relação entre acontecimentos passados públicos e a sua redivulgação, afastando a ilicitude de tal retomada, cabendo ao doutrinador Gérard Lyon-Caen denominar que a pretensão estaria fundada em um “*droit à l’oubli*”, ou seja, em um direito ao esquecimento. Interessante que nas duas instâncias, ficou evidente a impossibilidade de se proibir o resgate de momentos do passado que já tenham se tornado conhecidos amplamente por um processo judicial ou mesmo por relato feito pelo próprio interessado, mas, no primeiro grau de jurisdição, encontrou-se outro fundamento (um atentado ao pudor pelas cenas de maior intimidade amorosa, que não foram acompanhadas de prévia autorização) para configurar a ilicitude do produtor e atribuir uma indenização à autora, ainda que em montante muito inferior ao pleiteado. O que não fica claro é no que consistiria este atentado ao pudor, gerador da indenização. Estaria ele fundado na privacidade, como analisou Lyon-Caen? É certo que se trata de um julgamento de 1965, no entanto, mesmo assim, não é facilmente compreensível que por um lado tenham afastado qualquer

¹⁸⁰ França. CA Paris, 15 mars 1967, J.C.P. 1967, II, 15107, note Lindon.

possibilidade de se reparar o prejuízo provocado pela abordagem das memórias de Segret e seu vínculo com o famoso Landru, mas por outro tenham exigido autorização para determinadas cenas. Com mais acerto, portanto, atuou a Corte de Apelação de Paris que afastou integralmente o pleito.

O caso Landru provoca indagações interessantes. A primeira é genérica e concerne ao cabimento de alguma restrição à liberdade de expressão na retomada de eventos pretéritos já publicizados legalmente? E há outras. Não obstante a inexistência de um direito ao esquecimento, é possível falar em lesão à privacidade, em função do formato em que se apresenta a notícia referente a um evento do passado? Ainda, se os dados tipicamente privados que se tornaram públicos, em função de um processo judicial ou mesmo de um relato pessoal como um livro de memórias, continuam sendo fatos da vida privada? Ou, embora considerados como fatos da vida privada, deixa de existir um direito de oposição à divulgação?

2.4.2. *Affaire Madame M. contra Filipacchi et Societé Cogedipresse (revista Paris Match)*^{181 182}

Apesar do não reconhecimento de um “*droit à l’oubli*” no momento que marcou a primeira vez em que foi referenciado (Caso Landru em 1965), como visto acima, o Tribunal de Grande Instance de Paris, em 1983, tratou sobre ele e o acolheu expressamente.¹⁸³

A revista semanal Paris Match publicou a fotografia de uma mulher, classificando-a na categoria de “criminosos” e informando que ela era a assassina da mulher e do filho do seu amante. O Tribunal, considerando que o crime havia sido cometido há mais de 10 anos, e com fundamento no então vigente dispositivo da Lei de 29 de Julho de 1881 (art. 35)¹⁸⁴, concluiu pela impossibilidade de exceção da verdade a fim de afastar a acusação de difamação. Ainda, decidiu que a publicação da fotografia representou atentado à honra da autora da demanda; que a

¹⁸¹ A decisão não revela o nome da autora, apenas fazendo referência à Madame M... contra M. Filipacchi et société Cogedipresse.

¹⁸² Decisão citada nos acórdãos examinados do STJ (caso “chacina da candelária” e caso “Aída Curi”).

¹⁸³ França. T.G.I. Paris, 20 abril 1983, Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse; J.C.P., 1983, II. 20434, obs. Lindon.

¹⁸⁴ Este dispositivo da lei será analisado no item a seguir no estudo do caso Mamère.

boa-fé estava ausente; que a divulgação da foto não estava ligada à nenhuma necessidade de informação imediata ou à cultura histórica dos leitores e que o uso da imagem dependia de autorização.¹⁸⁵

E, especialmente, sobre o direito ao esquecimento foi disposto:

Toda a pessoa que se envolveu em um evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes eventos e do papel que ela desempenhou é ilegítimo se não estiver fundado em necessidades históricas ou se tiver natureza de ferir sua sensibilidade.

Este direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve igualmente ser aproveitado por todos os condenados que “pagaram a sua dívida com a sociedade” e buscam reinserir-se.

No caso em espécie, a lembrança do passado criminal da interessada violou este direito ao esquecimento.¹⁸⁶

A indenização foi fixada em 40.000 francos.

As observações à decisão são de Raymond Lindon, importante nome francês quando se trata dos direitos da personalidade.

Lindon (1983) afirma que esta decisão fez renascer a discussão sobre o direito ao esquecimento, que, recorda, apareceu pela primeira vez no *affaire* Landru a partir das anotações feitas por Gérard Lyon-Caen.

Para Lindon (1983), há apenas uma aparente contradição entre as soluções do caso Landru e o da Madame M. contra contra Filipacchi et Société Cogedipresse, pois sendo os contextos diversos, a solução aplicada não poderia, de fato, ser a mesma. No primeiro caso, no julgado da Corte de Apelação de Paris ficou evidente a característica histórica do filme. Já no segundo, o uso da imagem não havia qualquer relação com a história ou com a atualidade. O autor (1983) concluiu que se a evocação do passado, seja ela literária, teatral ou cinematográfica, tiver por objetivo uma caracterização histórica ou mostrar-se atual, o direito individual de privacidade deve ceder em favor do direito geral à informação. Entretanto, se não for este o caso, os fatos do passado reconstituem-se com a vida privada, que retoma o seu império.

Segundo Letteron (1996, p. 412), a decisão analisada reconheceu que toda a pessoa envolvida em um acontecimento público do passado

¹⁸⁵ França. T.G.I. Paris, 20 abril 1983, Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse; J.C.P, 1983, II. 20434, obs. Lindon.

¹⁸⁶ França. T.G.I. Paris, 20 abril 1983, Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse; J.C.P, 1983, II. 20434, obs. Lindon.

pode reivindicar, com o passar do tempo, o direito de ser esquecido e que a retomada de tais fatos é ilícita quando não fundada nas necessidades da história ou quando seja ofensiva à sensibilidade. Para a autora, foi estabelecido que tal direito se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, e deve ser aproveitado igualmente por todos, mesmo os condenados que já quitaram a sua dívida com a sociedade e que buscam se reinsserir.

O estudo deste segundo caso fortalece os primeiros sinais da acolhida do direito ao esquecimento por parte importante da doutrina francesa ao direito. Como se viu, já no primeiro momento em que o debate se apresentou, Gérard Lyon-Caen reconheceu não ser aplicável ao caso concreto, defendendo a decisão da Corte de Apelação de Paris, mas sustentou a ideia de um direito de se proteger do passado, após o transcurso do tempo, com o objetivo de poupar o envolvido de novas perturbações. No mesmo sentido, como visto aqui, Raymond Lindon concorda com o julgado do Tribunal de Grande Instance de Paris e de forma contundente e específica argumenta que a lembrança do passado somente se justificaria pela atualidade e pela história e, não sendo o caso, o direito ao respeito à vida privada do sujeito envolvido deve prevalecer.

Entretanto, os questionamentos se repetem. O tempo teria o poder de reconduzir ao âmbito da privacidade, eventos que já alcançaram notoriedade? O fato deixa de ser privado pela sua divulgação, ainda que involuntária? Há privacidade em fatos que já se tornaram públicos?

2.4.3. *Affaire Mamère*

Uma outra referência que se reputou importante para o estudo ao direito ao esquecimento na França é o caso Mamère.

Este caso, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH (2007), foi decisivo para o Conselho Constitucional francês declarar a inconstitucionalidade de dois dispositivos da Lei de 29 de Julho de 1881 (que trata sobre a liberdade de imprensa), limitadores da exceção da verdade a ser oposta nas acusações de difamação (art. 35, “b” e “c”)¹⁸⁷¹⁸⁸, justamente em virtude da passagem do tempo. Em

¹⁸⁷ Loi du 29 Juillet A881. Article 35. (...) La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf:

- a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;
- b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;

suma, eles impediam a comprovação dos fatos difamatórios quando se tratasse de situação que remontasse há mais de 10 anos; ou quando se referisse a fato correspondente a infração anistiada ou prescrita, bem como, uma condenação atingida pela reabilitação ou pela revisão. Salienta-se que estes dispositivos foram acrescentados à Lei de 1881, em 1944, ou seja, após a liberação da França da ocupação nazista, com o intuito, basicamente, de limitar temporalmente a discussão da colaboração de parte dos franceses aos alemães.

Para Lamy (2013), excetuando-se a alínea “a”, do art. 35, que se refere à impossibilidade de uso da exceção da verdade quando envolvidos fatos da vida privada, o propósito da lei, em relação às alíneas “b” e “c, citadas acima, era amenizar episódios dolorosos do passado, favorecendo o esquecimento.

Na mesma linha, Daniel Amson (2003) assevera que a ideia de um direito ao esquecimento foi introduzido no direito francês justamente por estes dispositivos, inseridos na Lei de 29 de Julho de 1881, pela *ordonnance* de 6 maio de 1944.

Em um breve resumo, retomando-se o caso que se pretende examinar, o senhor Noël Mamère, político francês, membro do Partido Les Verts, ex-membro do Parlamento Europeu, ex-Prefeito da cidade de Bègles e ex-deputado do departamento francês Gironde, tendo também exercido a função de jornalista de 1977 a 1992, no canal de televisão France 2, participou, em outubro de 1999, de um programa desta emissora chamado “Tout le monde en parle”, conduzido por Thierry Ardisson, quando, então teceu críticas ao senhor Pellerin diante da sua atuação, por ocasião do acidente na usina nuclear de Chernobyl, no cargo por ele então ocupado no SCPRI – Service central de protection contre les rayons ionisants. O senhor Mamère, recordando que à época do acidente ele era jornalista, afirmou que “havia um sinistro personagem no SCPRI que se chamava senhor Pellerin, que não parava de falar que a França era tão forte – complexo de Asterix – que a nuvem

c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ;

¹⁸⁸ Este dispositivo da lei francesa assemelhava-se, o art. 21, § 2º da Lei de Imprensa brasileira (Lei n. 5.250/67), não recepcionada pela CRFB/1988, conforme decisão proferida no julgamento da ADPF n. 130. O artigo dispunha que “constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”.

de Chernobyl não tinha atravessado nossas fronteiras”, apesar de sustentar que, em data próxima ao do programa, havia sido identificado céσιο em cogumelos produzidos em território francês.

Mamère foi condenado pelos tribunais franceses a indenizar o agente público, sendo o fundamento principal a lei que impedia a exceção da verdade quando se tratasse de fatos ocorridos há mais de 10 anos e teve que se socorrer à CEDH para garantir o seu direito de livre expressão.

Conforme se extrai da decisão da CEDH de 07/11/2006 (definitiva em 07/02/2007), o senhor Pellerin, em 2000, acusou o requerente de difamação pública contra um funcionário, conforme previsão dos artigos 29 e 31 da lei 29 de julho de 1881, bem como a ação também foi direcionada contra a emissora France 2 e contra o Diretor do programa senhor Marc Tessier. A decisão em primeira instância, do Tribunal Correctionnel de Paris (*chambre de la presse*) condenou os réus ao pagamento de uma multa de 10000 francos e a uma indenização de 50000 francos, além de determinar ao canal de televisão a publicação de um texto informando sobre a condenação. A Corte de Apelação de Paris, em 2001, confirmou o julgamento, dispondo que a honra do autor foi atingida quando a ele foi atribuída a responsabilidade por declarar informações equivocadas sobre os reflexos do acidente em Chernobyl e que o fato de terem sido lançadas em tom humorístico não descaracterizava a difamação. E como se tratava de evento ocorrido há mais de 10 anos não se deveria falar em exceção da verdade e que a alegação de boa-fé, possível nesta situação, não lhe seria útil, pois esta não se caracterizou quando o réu insistiu que o autor afirmou com veemência que a França estaria protegida, quando utilizou a palavra “sinistro”, bem como, quando ironizou sobre o complexo de Asterix, tratando-o como uma personagem risível e de pouca credibilidade, ou seja, segundo o tribunal faltou moderação ao réu, quando da insistência e da utilização de tons pejorativos. A Câmara Criminal da Corte de Cassação confirmou a presença do caráter difamatório das declarações e portanto das condenações.

Importante salientar que por ocasião da reclamação direcionada a CEDH, Mamère apresentou inúmeros documentos aptos a corroborar a opinião por ele expressada, ou seja, que poderiam ter sido utilizados se admitida a exceção da verdade, quando, então, invocou a violação do

art. 10 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁸⁹.

O governo francês em defesa das decisões condenatórias proferidas, argumentou que a lei de 1881, em seu art. 35, “b”, quando impede a exceção da verdade em fatos ocorridos há mais de 10 anos, busca colocar um ponto final na discussão de assuntos, que poderiam ficar indefinidamente sendo debatidos. Sustentou ainda a França, que o jornalista poderia ter tratado a questão com boa-fé mediante a prudência ao se expressar, ausência de animosidade contra a pessoa, objetivo legítimo e investigação séria.

A Corte Europeia, ao decidir favoravelmente a Mamère, dispôs:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, uma das condições essenciais de seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sob a reserva do parágrafo 2 do artigo 10, ela vale não apenas para as “informações” ou “ideias” favoráveis ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que chocam ou inquietam: assim, garante-se o pluralismo, a tolerância e a abertura intelectual, sem os quais não há sociedade democrática. (2007, p. 10/11)

E quanto à limitação temporal, destaca-se:

Entretanto, quando se trata de eventos que se inscrevem na História ou relacionam-se com a ciência, diversamente, com o passar do tempo o debate parece alimentar-se de novos dados suscetíveis de permitir uma melhor compreensão das coisas. (2007, p. 13)

A Corte concluiu, portanto, pela violação do art. 10 da Convenção, atestando que a condenação do requerente não foi proporcional, necessária e nem adequada para uma sociedade democrática.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Disponível em <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>
Acesso em 15/10/2014.

¹⁹⁰ A Corte, por unanimidade, declarou que o pedido deveria ser aceito e que reconheceu a violação do art. 10 da Convenção. Interessante, ainda, esclarecer, que com base no art. 41 da mesma norma, quando há a declaração de violação da Convenção ou dos seus Protocolos, se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir alterar totalmente as consequências de tal violação, a Corte, se demandada, poderia estabelecer uma reparação razoável. No caso, o requerente não fez esta solicitação.

Lamy (2013) sugere que este acórdão (*affaire Mamère c. France*) da CEDH foi determinante para o posicionamento do Conselho Constitucional francês que, em duas decisões, 2011 e 2013, concluiu pelo conflito destes dispositivos citados com a Constituição Francesa de 1958 e com o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Assim, no que concerne ao impedimento da exceção da verdade envolvendo fatos, a princípio, difamatórios, ocorridos há mais de 10 anos (art. 35, b da Lei de 29 de julho de 1881), o Conselho Constitucional julgou, em 2011, que a impossibilidade de se provar a verdade corresponde a um atentado à liberdade de expressão, bem como, aos direitos de defesa. Além disso, a corte salientou que tal interdição afeta os trabalhos históricos e científicos.¹⁹¹

Na segunda decisão (2013), o Conselho Constitucional analisou o artigo 35 “c” da Lei de 29 de Julho de 1881, tendo, igualmente, declarado a sua inconstitucionalidade, por julgar que o impedimento de se provar a verdade de um fato relacionado a um evento que tenha sido anistiado, prescrito ou que se relacione a uma condenação alcançada pela reabilitação ou mesmo por uma revisão também fere a liberdade de expressão e o direito de defesa. Dos considerandos da decisão, destaca-se, inicialmente, que os dispositivos relacionados à anistia, prescrição de ação pública, reabilitação e revisão não têm propriamente o objetivo de se impedir que se faça referência aos fatos pertinentes e conectados às infrações praticadas. Além disso, quando as imputações referirem-se a eventos em que a retomada ligar-se a estudos históricos ou científicos e se inserir em um debate público de interesse geral, a interdição representará um atentado à liberdade de expressão.¹⁹²

Defende-se o acerto dos julgados do Conselho Constitucional.

Aliás, acredita-se que só mesmo a contextualização com um período traumático de uma nação, como o de um pós-guerra, e, em especial, o desejo de muitos de esconderem e apagarem um passado colaboracionista a um regime nazista, para explicar (ainda que não justifique e se discorde) a existência de instrumentos tão fortemente violadores da liberdade de expressão. Como impedir a exceção da verdade e acabar por condenar alguém pelo crime de difamação pelo fato de ter falado acerca de um evento ocorrido há mais de 10 anos ou

¹⁹¹ Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011131qpc.htm Acesso em 15/10/2014.

¹⁹² Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013319qpc.htm Acesso em 14/10/2014.

por se ligar a um crime prescrito ou hipótese de reabilitação ou mesmo de revisão?

E isto fica ainda mais difícil de ser entendido no contexto da Corte de Cassação que, desde 1990, consolidou posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento.

Tardou imensamente a justiça francesa em reconhecer o conflito destes dispositivos com o direito fundamental da liberdade de expressão. Foi preciso, inclusive, derrota na Corte Europeia de Direitos Humanos, que aliás tem se mostrado forte aliada dos jornalistas franceses que acabam recorrendo a ela com uma frequência considerável¹⁹³.

2.4.4. Corte de Cassação

2.4.4.1 *Affaire Madame Monanges contra Kern et Marque-Maillard*¹⁹⁴

Madame Monanges contra Kern e Marque-Maillard é um caso que se destaca, pois é a partir dele que se pode firmar que a Corte de Cassação da França estabeleceu o posicionamento pela inexistência de um direito ao esquecimento.

É, portanto, o precedente que demonstra claramente a jurisprudência da Corte de Cassação da França, que, reiteradamente, vem decidindo neste sentido desde então.

Ainda que se identifiquem decisões favoráveis, em instâncias inferiores, ao direito ao esquecimento¹⁹⁵, a Corte de Cassação, em 1990, com este julgado da Primeira Câmara Civil, firmou entedimento pelo seu não acolhimento.

Kern publicou um livro intitulado “Un toboggan dans la tourmente, 1940-1945”, pela editora Marque-Maillard, resgatando as

¹⁹³ Conforme afirmação de Raphaëlle Bacqué, jornalista do jornal Le Monde durante sua exposição no colóquio “Le sens et la raison d’Etat: quelle actualité?” Participação presencial. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Le-Conseil-d-Etat-vous-ouvre-ses-portes/Les-colloques-en-vidéos/Le-sens-et-la-raison-d-Etat-quelle-actualite> Acesso em 10/11/2015.

¹⁹⁴ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025328&fastReqId=1356475608&fastPos=1> Acesso em 13/10/2014. França. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 nov 1990, 89-12.580, Publié au bulletin. *Affaire Madame Monanges c. Kern et Marque-Maillard*.

¹⁹⁵ Conforme se seguirá demonstrando na análise dos outros casos.

suas memórias como resistente durante a ocupação nazista na França. Na obra, um capítulo, chamado “O processo dos traidores”, tratou do julgamento e da condenação, em 1946, de Chatelat, um colaboracionista, e de sua amante Madame Monanges, que, então, quando da publicação do livro, em 1986, invocou violação da sua vida privada, bem como argumentou ter sido beneficiada em 1947 por uma graça, estando reabilitada desde a edição da lei de 5 de Janeiro de 1951.

Madame Monanges obteve, no primeiro grau de jurisdição, Tribunal de Grande Instance de Besançon, a ordem para apreensão dos livros e supressão de inúmeras passagens.

A Corte de Apelação de Besançon, todavia, afastou a ordem, dispondo que o autor de uma obra, que tem intuito histórico, tem o direito de, sem o consentimento dos interessados, tratar sobre fatos ligados à vida privada, se eles tiverem relacionados com o tema do estudo, forem relatados com objetividade e sem a intenção de prejudicar e, ainda, se já forem públicos pelo processo judicial, inclusive disponibilizado, à época, na imprensa local. A corte firmou ainda que o fato de não ter, no livro, o registro da graça e da reabilitação, que beneficiaram a autora, não é causa para a responsabilização do autor, eis que ele se propôs a analisar os anos de 1940-1945 e que a referência à condenação da autora teve por motivo exemplificar o referido período, não se podendo obrigá-lo a fazer referência aos benefícios, que foram posteriores à data, respectivamente, 1947 e 1951.

Na Corte de Cassação a questão foi analisada sob dois ângulos¹⁹⁶, cassando e anulando o acórdão da Corte de Apelação de Besançon.

O primeiro deles, que interessa diretamente neste momento, decide que não há que se falar em um direito ao esquecimento com o propósito de se impedir uma redivulgação, quando os fatos apresentados tiverem, anteriormente, tornado-se conhecidos pelos debates judiciários e publicados pela imprensa local.

¹⁹⁶ A ementa do acórdão da Corte de Cassação é a seguinte: VIDA PRIVADA – Atentado à intimidade da vida privada. Publicação de informações lícitamente obtidas. a) Debates judiciários. Relatos da imprensa. Relacionados em uma obra. Direito ao esquecimento (não). b) Condenação de uma pessoa por certos fatos. Medida de graça. Reabilitação. Obra relatando os fatos. Autor. Dever de prudência e de objetividade (sim). Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025328&fastReqId=1356475608&fastPos=1> Acesso em 13/10/2014.

O segundo ponto julgou que faltou ao autor dever de prudência e de objetividade, pois deveria ter abordado na obra não apenas a condenação, mas também a graça e a reabilitação.

Do mesmo modo, que nos casos anteriores, o acórdão também teve sua publicação acompanhada pelo estudo de um jurista. A análise é de Jacques Ravanas.¹⁹⁷

Ravanas concentra a sua crítica justamente na não acolhida do direito ao esquecimento. Ele ironiza, falando em “direito ao esquecimento” e “esquecimento do Direito”, já que reputa um equívoco a decisão da Corte de Cassação.

Das suas considerações, salientam-se as seguintes: a importância de se esquecer o passado para se garantir a felicidade do indivíduo, o que foi ignorado pela Corte de Cassação que descartou o “direito ao esquecimento” ao impedir que a amante de um antigo colaborador se opusesse, quarenta anos após, à divulgação de fatos privados de sua vida em razão de já terem se tornado públicos pelos debates judiciais; cita o relatório do ano judiciário de 1990 da Corte de Cassação, no qual se encontra disposto que, pela primeira vez, foi apresentado, expressamente, o princípio da liberdade da lembrança de fatos antigos, mesmo quando se tratarem de fatos da vida privada, desde que já tenham sido lícitamente divulgados anteriormente, porém entende que não é isto que autoriza nova divulgação, representando uma violação à privacidade prevista no art. 9º do Code Civil¹⁹⁸; que uma concordância no passado não autoriza a reprodução contínua de um texto ou de uma fotografia relacionada à vida privada; que a publicidade processual tem por objetivo um processo justo e equilibrado, o que se dá também mediante o controle da opinião pública, mas que não tem por finalidade estocar na memória tudo o que foi relatado em audiência e muito menos permitir de forma indefinida no tempo a divulgação de fatos privados abordados; a duração da exposição da privacidade em um processo judicial, seja como vítima, acusado ou testemunha está condicionada ao período da

¹⁹⁷ França. Cass. Civ. 1re, 20 novembre de 1990, Mme Monanges c. Kern, J. C. P., 1992. II. 21908, Note Ravanas.

¹⁹⁸ Code Civil. Article 9. Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721> Acesso em 10/10/2014.

atualidade e às necessidades das informações correspondentes; que não é admissível afirmar que um acontecimento de 1946 relacionado à vida privada tenha se tornado de domínio público; que a reabilitação da autora foi ignorada pela Corte de Cassação, e que o direito ao esquecimento manifesta-se de inúmeras maneiras, como, por exemplo, pela graça, pela prescrição, pela impossibilidade de comprovação de fatos difamatórios quando relacionados a eventos ocorridos há mais de 10 anos¹⁹⁹ e, inclusive, pela reabilitação; que o esquecimento, sob uma ótica positiva é uma necessidade social e pessoal; que, passados quarenta anos, Madame Monanges tem o direito de exigir que seja apresentada como ela é hoje e não como foi ou era e que a retomada de fatos é uma ilicitude e um grave atentado à sua vida privada; que somente após a morte, em nome da história, é que os especialistas poderiam abordar tais fatos, devendo a liberdade de expressão ceder diante do respeito à privacidade.

Como pode se observar, são muitas as críticas desferidas por Ravanais à decisão da Corte de Cassação. Da mesma maneira que Lyon-Caen e Lindon, Ravanais defende a existência de um direito ao esquecimento.

Contudo, ainda que não se concorde com a a posição dos autores, como colocado ao início desta análise dos casos da jurisprudência francesa, elas provocam questionamentos interessantes a serem debatidos na busca pela compreensão do tema.

Em especial, das colocações efetuadas por Ravanais, destacam-se, em suma, o critério da “atualidade” para se admitir a retomada dos fatos narrados em um processo judicial; a “validade” de uma autorização concedida no passado; a ilicitude da retomada de fatos, tendo a pessoa o direito de ser apresentada socialmente pelo que ela é no presente; e que somente após a morte do envolvido, por demandas históricas, é que eventos como o abordado no livro em discussão poderiam ser apresentados.

Em relação às decisões, registra-se, inicialmente, a preocupação com o decidido pela Corte de Apelação de Besançon, que apesar de não ter reconhecido o direito ao esquecimento, condicionou a liberdade de expressão do autor da obra, além da publicidade anterior promovida pelo processo judicial e pela imprensa, à existência de uma relação entre a vida dita privada e o tema abordado, à objetividade do relato e à ausência de prejudicar. São questões eminentemente subjetivas,

¹⁹⁹ Questão relacionada à Lei 19 de Julho de 1881, examinada no estudo do caso Mamère.

fortemente limitadoras de uma atividade intelectual, pois de difícil aferição pelo magistrado.

No que concerne ao decidido pela Corte de Cassação, salienta-se a sua importância ao firmar que fatos que se tornaram públicos, mediante debates judiciais e publicados pela imprensa, saem da esfera privada, ainda que isto não agrade considerável parte da doutrina, como bem representou em suas anotações Ravanais. Todavia, resta tecer uma crítica ao segundo ponto deste julgado, quando afirma ter faltado ao autor dever de prudência e de objetividade, exigindo que no livro tivesse sido abordado não apenas a condenação, mas também a graça e reabilitação, pois não cabe ao Poder Judiciário fazer este tipo de análise, não podendo o magistrado avaliar o conteúdo faltante de uma obra, tampouco se o autor fez a opção pela melhor abordagem.

2.4.4.2. *Affaire Pull-over rouge*

Em 1997, a revista Paris Match publicou, em uma sequência de reportagens chamadas “Série noire Paris-Match. Retour sur les lieux du crime”, casos criminais não resolvidos, dentre eles, justamente o *affaire* “pull-over rouge”.

A revista ligada à Editora Gogedi Presse – Compagnie Générale d’édition e Société Hachette Filipacchi, em 1997, abordou em semanas distintas quatro casos criminais antigos e famosos. Uma das matérias foi intitulada « L’enigme du pull-over rouge », tratando da morte de Marie Dolorès Z. (1974), que culminou na condenação e execução, em 1976, de Christian Ranucci, um dos últimos casos de pena de morte na França (guilhotina). A reportagem, além de recordar as informações do evento criminal, valeu-se de uma foto do pai da menina, feita quando da reconstituição do crime (1974), à época, autorizada à imprensa, retratando momento de profunda comoção e tristeza. A legenda colocada na fotografia, que o mostrava, amparado por um amigo e com um lenço no rosto, foi a seguinte: « Pierre R. incapaz de suportar, precisou ser retirado ». Ainda, foi publicada uma foto da menina Marie. A matéria levantou também a questão da própria culpabilidade do condenado e do acerto da execução. Pai, mãe e irmão da vítima propuseram a ação, alegando violação ao direito de imagem, já que não deram autorização para nova divulgação, à vida privada e a existência de um prejuízo de « affection ».²⁰⁰

²⁰⁰ França. Cour de Cassation – Premier Chambre Civile. 13 nov. 2003. Consorts R. c/ Hachette Filipacchi. Disponível em

A Corte de Cassação, confirmando decisão da Cour d'Appel (Aix-en-Provence), dispôs que a foto, que já havia sido publicada em vários outros veículos de comunicação, reproduz a dor do pai da vítima e que isto é indissociável do evento, fartamente noticiado à época. E que a foto da menina, sorrindo, não desrespeita a sua memória, tampouco, o luto dos parentes. Ademais, a corte de Cassação atestou a correção da decisão do tribunal de que a questão da culpabilidade de Christian Ranucci não teve o propósito de atingir a vítima ou os autores, pertencendo o processo à história dos grandes casos criminais, não se reduzindo, portanto, à vida privada dos demandantes. Afirmou-se ainda que se tratava de um típico caso de liberdade de comunicar informações, acompanhada de imagens das pessoas envolvidas, que deveria estar condicionado apenas ao respeito da dignidade.

Isabelle Paulik (2004), reconhecendo tratar-se de uma questão relacionada diretamente ao tema do direito ao esquecimento, critica a Corte de Cassação por admitir muito amplamente a concepção de informação a ser tutelada, inadequada, segundo a autora, especialmente, no que tange à divulgação da imagem. Para ela, seria preciso estabelecer uma distinção entre o direito ao esquecimento apenas com relatos escritos e a retomada do passado envolvendo a imagem.

Consoante afirma a autora (2004), no caso concreto, adequado o prevailecimento da liberdade de expressão, ainda que defenda a possibilidade de o nome dos interessados ser protegido e o relato acompanhado somente das iniciais. Mas, para Paulik, equivocou-se a decisão, que não fez prevalecer um direito ao esquecimento da imagem²⁰¹.

Para Paulik (2004), aliás, a oposição da família não era propriamente contra a retomada dos fatos, mas sim pelo uso das imagens, o que não seria necessário para a matéria jornalística. Assim, sugere a especificidade de um direito ao esquecimento quando se tratar da divulgação da imagem, devendo a retomada desta estar condicionada à uma imprescindível qualidade informativa, à existência de um liame entre a imagem utilizada e o conteúdo abordado no texto, cabendo, portanto, estar atrelada exclusivamente ao objetivo que é o de informar.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048747&fastReqId=995054220&fastPos=1>. Acesso em 12/11/2014.

²⁰¹ “La possible reprise de faits du passé preserve l’information légitime du public; l’impossible reprise d’images du passé preserve la vie privée des personnes concernées.” (PAULIK, 2004)

Desse modo, a autora (2004) exemplifica que se deve admitir, por exemplo, as imagens de um atentado terrorista mesmo anos após, pois têm maior capacidade de descrever a atmosfera do momento. No entanto, afirma, não ser este o caso da foto do pai da menina na reconstituição do crime, em uma matéria que, entende, tinha por objetivo questionar a possível inocência do condenado. Dispõe, ainda, que se a revista tivesse focado na influência da opinião pública, em julgamentos muito mediatizados, o que foi o caso do *pull-over rouge*, tendo a foto do pai gerado uma grande comoção durante o processo criminal e mesmo influenciado, talvez, na não concessão da graça ao condenado, que acabou por ser guilhotinado, a exposição da imagem estaria justificada. Mas não tendo sido esta a abordagem, a redivulgação, segundo ela, da imagem foi ilícita. Do mesmo modo, reputa ilegal a foto da vítima, que teria funcionado simplesmente como publicidade para a matéria que estaria na revista da semana seguinte, tendo, portanto, meramente fins lucrativos, sensacionalistas e não informativos, não estando protegida, assim, pela liberdade de expressão.

Então, é possível afirmar que a imagem tem um direito ao esquecimento peculiar, diverso do ato comunicativo escrito? Ou, cabe condicionar a utilização de imagens, mesmo que de grande divulgação no passado, à existência de um propósito informativo e de uma ligação direta entre imagem e texto?

2.4.4.3. *Affaire Enrico*²⁰²

O sexto caso que ocupa importante espaço no estudo do tema decorre também do lançamento de um filme, em 1999, chamado “Fait d’hiver”²⁰³, dirigido por Robert Enrico, com roteiro de Jean Claude Grumberg²⁰⁴.

O referido filme é inspirado em um acontecimento que chocou a França, em 1969, com grande repercussão na mídia. André X., divorciado, pai de três filhos, cuja guarda foi definida pelo Poder

²⁰² Neste caso, também foram encontradas restrições à pesquisa efetuada por intermédio do google.

²⁰³ Fait d’hiver pode ser traduzido como “Fato de inverno”. Interessante, porém, salientar que parece existir um trocadilho com a expressão “fait divers” que significa fato policial, notícia criminal. O primeiro título dado ao filme foi “Nous mourirons ensemble”, ou seja, “Nós morreremos juntos”.

²⁰⁴ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ONQX4Mktr9M> Acesso em 10/11/2014.

Judiciário para a mãe, recusou-se a entregar as crianças após o final de semana a que tinha direito de visita. Após duas semanas, o desfecho foi trágico, tendo André assassinado um policial, dois dos seus filhos e se suicidado após. Uma filha, Chantal, então com 13 anos, conseguiu fugir e sobreviveu ao evento. E foi ela quem, após quase trinta anos da tragédia e diante do lançamento do filme, propôs ação indenizatória, alegando violação à privacidade em virtude de terem estes acontecimentos do seu passado sido rememorados pela obra cinematográfica, ainda que os nomes tenham sido modificados. O caso ficou conhecido como *affaire* Enrico em virtude do nome do diretor do filme.²⁰⁵

A Corte de Cassação cassou e anulou a decisão de 14 de novembro de 2002 da Corte de Apelação de Paris, determinando o reenvio para a Corte de Apelação de Versailles²⁰⁶.

Segundo Daniel Amson (2003), o Tribunal de Grande Instance de Paris, em 14/09/2000, havia condenado os réus, com base no art. 9^o²⁰⁷ (vida privada) e 1382²⁰⁸ (responsabilidade civil extracontratual) do Code Civil ao pagamento de 150.000 francos.

A Corte de Apelação de Paris manteve a condenação do diretor, do roteirista e da sociedade produtora da obra ao pagamento de perdas e danos por violação da vida privada, em virtude da autenticidade das cenas que, apesar de inseridas em uma divulgação lícita, pois referentes

²⁰⁵ França. Cour de Cassation. Chambre Civile 2. 3 Juin 2004. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049509&fastReqId=1100233883&fastPos=64> Acesso em 13/11/2014.

²⁰⁶ Que julgou no mesmo sentido, ou seja, pela inexistência de violação à vida privada. Trecho da decisão é citado por Theo Hassler (2007), “*a recordação de uma lembrança dolorosa não é em si um atentado à vida privada.*”

²⁰⁷ Code Civil. Article 9. Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721> Acesso em 10/10/2014.

²⁰⁸ Code Civil. Article 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006438819&cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em 15/08/2014.

a fatos já públicos, provocaram uma interferência indevida ao recordar situações que, por mais que fossem antigas, não deixaram de ser traumatizantes e cuja evocação significou uma ingerência no patrimônio constitutivo da vida e, portanto, dos direitos da personalidade da demandante.²⁰⁹

Todavia, a Corte de Cassação foi enfática: “(...) a divulgação de fatos públicos já divulgados não pode, ela mesma, constituir um atentado ao respeito devido à vida privada.”²¹⁰

Novamente, a doutrina criticou o posicionamento da Corte de Cassação.

Christophe Caron (2003), em um artigo em que analisa o conflito entre vida privada e obras inspiradas em fatos reais, acrescidas de elementos de ficção, afirma que, apesar de os julgados não falarem expressamente em um direito ao esquecimento, é o caso de se questionar se a divulgação do passado fez com que tais fatos se tornassem de domínio público ou se o fluir dos anos reconduziu-os à vida privada da vítima, cuja metamorfose entre fato público do passado e dado restrito à privacidade do presente justificar-se-ia precisamente por tal direito. Para o autor, o direito ao esquecimento protege as pessoas contra a retomada de eventos do passado, nas obras de ficção ou mesmo nos meios de comunicação em geral, e que, portanto, trata-se de um dos componentes da vida privada. E conclui (2003), “trata-se de proteger a vida privada presente de um indivíduo da retomada intempestiva de seu passado doloroso”.

Caron (2003) reconhece que um direito ao esquecimento muito radical tende a paralisar a criação. Como o estudo dele se refere às obras que misturam ficção e realidade, a sugestão para conciliar liberdade de expressão e vida privada, quando se estiver diante de fatos do passado (já que para fatos recentes entende que é impossível falar-se em direito ao esquecimento) é a de que o autor deve “maquiar” os personagens a tal ponto que a ficção seja preponderante, caso contrário, a pessoa envolvida deverá ser consultada e dar a devida autorização.

²⁰⁹ França. Cour de Cassation. Chambre Civile 2. 3 Juin 2004. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049509&fastReqId=1100233883&fastPos=64> Acesso em 13/11/2014.

²¹⁰ França. Cour de Cassation. Chambre Civile 2. 3 Juin 2004. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049509&fastReqId=1100233883&fastPos=64> Acesso em 13/11/2014.

Difícil concordar com a solução encontrada por Caron (2003). Ainda que ele esteja tratando de um tipo específico de obra, ou seja, a que mistura ficção e realidade, como exigir que a ficção se sobreponha com o intuito de disfarçar a realidade? Se a defesa é a de que é necessário solicitar autorização prévia, pode-se estender o raciocínio e deduzir-se que para Caron somente seriam possíveis, por exemplo, biografias autorizadas. E, ainda, como resolver judicialmente tal conflito? Como se avaliar se o que há é muita realidade ou muita ficção?

Théo Hassler (2007), ao tratar especialmente da questão da redifusão e do direito ao esquecimento, também analisa o filme “Fait d’hiver” e, basicamente, dispõe que na redivulgação de fatos do passado, sem que tenha sido dado consentimento, é preciso avaliar se há um interesse legítimo na retomada do ocorrido. Reconhece, no entanto, a dificuldade de aplicação deste critério diante da multiplicidade de situações possíveis. Até porque dispõe ser inevitável, na sociedade atual, a redifusão de dados, mesmo que, muitas vezes, envolvam os direitos da personalidade, em especial, imagem e fatos da vida privada. Ao se tratar, por exemplo, da celebração de um evento histórico ou da morte de alguém, necessariamente serão resgatados dados para as publicações e, então, questiona se as pessoas envolvidas podem reclamar um direito de serem deixadas em paz ou um direito ao esquecimento. Ele sugere que isto se conecta, inclusive, com a lógica econômica das redifusões, já que têm um custo menor do que a produção de novo material. Mas, por outro lado, afirma que limitar o acesso ao passado pode representar um atentado à liberdade de expressão²¹¹. Para ele, a complexidade dos fatos acomoda mal as generalidades jurídicas, obrigando ao juiz ponderar os interesses em conflito, no caso concreto.²¹²

²¹¹ O que, segundo o autor, fez com que, a partir da decisão de 1990 da Corte de Cassação, o “direito ao esquecimento tenha caído... no esquecimento.”(2006)

²¹² Da análise de HASSLER (2007), interessante observar ainda que ele apresenta um outro ponto do qual se valeu a demandante, também já consolidado pela Corte de Cassação, desde 2000, que é a impossibilidade de utilização do art. 1382 do Code Civil (princípio geral da responsabilidade civil extracontratual) para fundamentar pleitos pautados no abuso da liberdade de expressão, que, na França, é regulamentada pela Lei de 29 de Julho de 1881. Desse modo, a responsabilização da imprensa está atrelada às hipóteses da lei como, por exemplo, violação da presunção de inocência, difamação, injúria, etc. A estratégia de utilização do artigo 1382 estaria, além da ampliação das chances de êxito da ação contra o ato comunicativo, eis que fundado em um abuso de direito da liberdade de expressão, em uma fuga das formalidades e prazos da lei específica. Mas, como apontado, a Corte de Cassação, a partir de 2000, passou a

Stéphanie Berland (2005), da mesma forma, examina o julgado da Corte de Cassação e, em defesa da sobrevivente da tragédia, dispõe que passados trinta anos entre o drama e o lançamento do filme, a maior parte do público já esqueceu estes fatos e que os retomar impõe um novo sofrimento. Questiona, então, quais seriam os limites para um filme de ficção inspirado em fatos reais e conclui, do modo usual, que, por se tratarem de muitas particularidades, a solução deve ser dada mediante o caso concreto através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Aproveita-se esta reflexão de Berland e indaga-se se com a fluência do tempo, a informação pode ser considerada como nova, já que passa a ter novos destinatários, que a receberiam como algo novo, inédito, ao menos, para eles.

Para Daniel Amson (2003), trinta anos após, não haveria mais qualquer demanda do público ou atualidade do evento a justificar a intromissão na esfera íntima da autora. Para ele, a transformação de uma informação lícita em ilícita ocorre com o passar do tempo e pela invasão no foro íntimo da demandante, ainda que reconheça tratar-se de uma noção extremamente subjetiva.

AMSON (2003) afirma que as necessidades de informação do público diminuem com a antiguidade dos fatos.

E ao fim desta análise de casos, saliente-se que, em 2013, o Relatório da Corte de Cassação afirmou de forma bem objetiva “que o direito ao esquecimento não constitui, para a Corte de Cassação, um princípio constitucional”²¹³.

2.4.5 Sistematização dos problemas

Como apontado ao início desta análise, não há a pretensão de se valer do método comparado, muito menos o de esgotar o estudo do direito ao esquecimento na França. Os objetivos principais, através do estudo dos casos, foram o de identificar questões já debatidas em território francês, para pensar o tema com maior profundidade e sob diferentes ângulos e também o de demonstrar que o direito ao esquecimento não está assegurado pela jurisprudência francesa, em especial, da Corte de Cassação.

impedir este recurso.

²¹³ França. Rapport Cour de Cassation 2013. P. 485. Disponível em https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf. Acesso em 05/11/2014.

Arrisca-se, inclusive, afirmar que é provável que o desfecho do caso da Chacina da Candelária, se julgado pelo tribunal francês seria outro, se é que é possível fazer esta elocubração diante de sistemas jurídicos distintos. Apesar disto, o acórdão do STJ faz referência a precedentes de direito comparado, e dispõe que o direito ao esquecimento foi reconhecido definitivamente pela jurisprudência francesa, o que, acredita-se ter sido demonstrado aqui, não é correto.

Ademais, já se firmou que não há, no direito brasileiro, previsão expressa de um direito ao esquecimento, não sendo possível, do mesmo modo, deduzi-lo seja a partir da privacidade ou do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O direito francês também não tem qualquer norma neste sentido e o debate da questão acaba relacionando-se, igualmente, em suma, com a privacidade, prevista no art. 9º do *Code Civil*²¹⁴. Brasil e França até já tiveram dispositivos que proibiam falar sobre fatos do passado²¹⁵, mas foram igualmente declarados contrários à constituição.

Além das reflexões indicadas diretamente nos casos franceses, interessante ressaltar que, conforme examinado até o momento, os defensores do direito ao esquecimento insistem na existência dele ainda quando o ato comunicativo do presente limitar-se a rememorar as mesmas informações do passado. Mas quando o ato comunicativo do presente não se restringir ao que já é público? Pode-se trazer elementos novos? No que tange à privacidade, há alguma hipótese em que caberia falar em violação à privacidade ao se abordar um fato já público? O evento deixa de ser privado em virtude de sua divulgação por um ato voluntário do interessado? Ou, mesmo quando publicizados, os fatos podem continuar pertencendo à vida privada se a ela estão ou deveriam estar circunscritos? Isto afetaria futura divulgação? A existência de uma autorização do envolvido é suficiente para divulgações futuras das mesmas informações? Quando ela seria necessária?

²¹⁴ Art. 9º - Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

²¹⁵ No caso do Brasil, o art. 21, § 2º da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), e na França, a Lei de 29 de Julho de 1881 (que trata sobre a liberdade de imprensa), art. 35, “b” e “c”, já apresentada.

No que concerne à imagem, o tratamento deve ser diverso? A redifusão de uma imagem que circulou no passado depende de autorização do retratado? Cabe condicionar a utilização de imagens, mesmo que de grande divulgação anterior, à existência de um propósito informativo e de uma ligação direta entre imagem e texto?

A forma com que o passado foi retomado pode provocar um atentado à privacidade, honra e imagem? Esta subjetiva avaliação é plausível? Deste modo, pode-se dizer que não existe direito/dever de esquecer, mas que ainda assim seria possível falar em violação a direitos personalíssimos na lembrança dos fatos do passado?

E admite-se divulgação da vida presente do envolvido pelo interesse despertado pelo evento do passado?

Estas perguntas serão respondidas, valendo-se do estudo desenvolvido ao longo da tese e, de forma específica, no próximo capítulo.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO²¹⁶ E O PASSADO

“quem controla o
passado controla o futuro; quem controla o presente controla o passado”
(George Orwell)

Acredita-se que, até o momento, foram alcançados os objetivos de apresentar o direito ao esquecimento e de desconstruir os principais argumentos que sustentam a existência dele.

O presente e último capítulo tem essencialmente dois propósitos: 1) completar a análise crítica acerca da ideia de um direito ao esquecimento por intermédio do estudo do direito fundamental à liberdade de expressão, justificando-se esta medida, ou seja, a de não ter sido feito este exame previamente, em conjunto com os argumentos expostos no capítulo anterior, pela importância que detém na demonstração da impropriedade de se garantir ao indivíduo a prerrogativa de impedir o acesso por outrem a informações públicas sobre o seu passado, ocupando, portanto, a livre manifestação do pensamento o eixo central da tese; 2) estabelecer o vínculo entre a liberdade de expressão e o passado e oferecer elementos para se tratar sobre ele.

Para que a primeira tarefa seja exitosa, será formulado um conceito para a liberdade de expressão, serão examinadas as razões para a sua proteção e estudado o valor expressivo de um ato comunicativo, atestar-se-á que o ordenamento jurídico brasileiro tutela as narrativas relativas ao passado, comprovando-se a inexistência de um direito ao esquecimento no cenário nacional e alertando-se para o equívoco de projetos de lei que visam consagrá-lo. Ainda, enfrentar-se-á a complexa questão que envolve a responsabilidade civil e o método decisório ponderacionista aplicado em favor da existência e preponderância de um direito ao esquecimento.

O segundo objetivo será perseguido mediante a assertiva de que não há passado sem liberdade de expressão e que o direito de abordar o

²¹⁶ Cabe registrar que serão tratadas como sinônimas as expressões “liberdade de manifestação do pensamento” e “liberdade de expressão”, inclusive porque a própria CRFB não se vale em nenhum momento desta última nomenclatura.

passado é exercido regularmente quando são observados os limites material (conteúdo) e instrumental (forma de obtenção e de divulgação) de uma comunicação, apresentando-se, por fim, uma formulação apta a traçar diretrizes no resgate de memórias, buscando-se responder aos questionamentos pensados ao longo da tese.

3.1. Conceito de liberdade de expressão

É próprio da condição humana o desejo e mesmo a necessidade de manifestar os pensamentos, comunicando-se, buscando informações, apresentando dados, ideias, críticas e opiniões, produzindo arte, cultura e conhecimento, mediante o uso da palavra oral e escrita e também por outros mecanismos de expressão, como gestos, comportamentos e, inclusive, através do silêncio.

Para além da constatação de se tratar de um processo biológico e de um fenômeno social, deve-se avaliar quais os anseios políticos ligados à exteriorização do pensamento, bem como, conseqüentemente, cabe investigar qual o tratamento jurídico dado ao “expressar-se”.

Não há qualquer dúvida que a configuração de uma sociedade plural, democrática, questionadora e transparente está ligada intrinsecamente a um espaço de livre expressão.

Ainda que se possa, e mesmo se deva, questionar sobre o “quão livre somos”, como as notícias são produzidas e transmitidas, qual o desequilíbrio de forças entre os meios de comunicação, quais as influências e interesses exercidos sobre as informações históricas e pesquisas científicas, o fato é que somente a ampliação da liberdade de expressão, e não a sua redução ou supressão, concederá as forças necessárias para lidar também com tais indagações.

Como afirma Raoul Vaneigem (2003, p 15), “não há bom nem mal uso da liberdade de expressão, mas sim um uso insuficiente.”

Desse modo, fácil compreender a razão de a livre manifestação do pensamento ocupar posição de destaque entre os direitos humanos.²¹⁷

²¹⁷ A terminologia ligada aos direitos da pessoa humana não é uniforme, podendo-se, todavia, destacar três denominações recorrentes: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Dessa forma, consoante SARLET, direitos do homem são os “direitos naturais não, ou ainda não positivados” (2001, p. 34); direitos humanos são os que guardam “relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua

vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional” (2001, p. 33); e direitos fundamentais são os “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.” (2001, p. 34). Pode-se, ainda, afirmar que direito fundamental é a denominação preferida pelos publicistas alemães, e direitos do homem e direitos humanos são empregados mais frequentemente pelos autores anglo-americanos e latinos (BONAVIDES, 2001, p. 514). Esta diversidade semântica é observada na própria CRFB que, por exemplo, dispõe no art. 4º, II: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II- prevalência dos direitos humanos”; na epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; no artigo 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”; e no artigo 60, § 4º, IV: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”. Ingo Wolfgang SARLET (2001, p. 82) partindo da análise das categorias de positivação, constitucionalização e fundamentalização (formal e material), também apresentadas por José Joaquim Gomes CANOTILHO (2000, p. 371-374), prossegue na definição dos direitos fundamentais: “(...) são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal”.

²¹⁸ A afirmação histórica dos direitos fundamentais é retratada, geralmente, através de quatro gerações ou dimensões, indicadoras de um processo evolutivo e cumulativo, portanto, não excludentes. Os direitos de primeira geração, cuja origem está no século XIX, conectam-se à liberdade e correspondem aos direitos de resistência, civis e políticos, sendo titular o indivíduo que se opõe ao Estado. Os de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos e aos direitos coletivos, tendo sido introduzidos no constitucionalismo através da concepção de Estado social, delineado primordialmente através da Constituição de Weimar de 1919. Os direitos de terceira geração possuem como destinatário o gênero humano e compreendem o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, e à comunicação. E, os direitos fundamentais da quarta geração ou dimensão correspondem à democracia direta, à informação e ao pluralismo. (BONAVIDES, 2001, p. 514/517).

Para João dos Passos Martins Neto (2008, p. 27), a liberdade de expressão “consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)”. Ainda o autor (2008, p. 27/28), a liberdade de expressão compreende “informações, opiniões, sentimentos e propostas, entre outros”, seus titulares são os indivíduos e instituições, especialmente a imprensa” e realiza-se mediante a “linguagem oral e escrita, de gestos simbólicos e imagens”.

Consoante Laurent Pech (2003, p. 21):

A liberdade de expressão deve ser entendida como a liberdade garantida a cada um de manifestar (ou não) os seus pensamentos, suas opiniões, suas crenças, de fato, todas as expressões do coração ou do espírito – seja pela fala, pela escrita ou por imagem, pelo gesto ou por uma determinada atitude, ou por todos os meios modernos de reprodução e de difusão do pensamento e da palavra – assim como a liberdade de comunicar aos outros as suas ideias ou informações, o que implica igualmente o direito de recebê-las.

Não obstante a precisão dos conceitos acima citados, segue-se com o propósito de se oferecer uma formulação.

Apesar de se saber não ser usual buscar definições na legislação, um bom caminho para se elaborar um conceito para a liberdade de expressão é investigar elementos no exame dos principais documentos normativos que a ela fazem referência.

A evolução histórica dos direitos fundamentais geralmente é tratada a partir do *Virginia Declaration of Rights*, de 12/06/1776, e da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26/08/1789, documentos que são apresentados como os grandes representantes iniciais da constitucionalização ou positivação dos direitos dos homens (CANOTILHO, 2000, p. 376).²¹⁹

²¹⁹ É o que também ensina COMPARATO (1999, p. 38): “O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A ‘busca da felicidade’, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa

Nesses dois documentos, são observadas referências à liberdade de expressão.

A Declaração de Direitos da Virgínia, em sua seção 12, dispôs “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”²²⁰

E da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, citam-se os artigos 10 e 11:

Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²²¹, da mesma forma, delinea a salvaguarda da expressão livre:

Artigo 18. **(Liberdade de pensamento, consciência e religião)** - Toda a pessoa tem direito a liberdade de pensamento, de consciência, e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção sozinho ou coletivamente, tanto em público como privadamente, pelo ensino, práticas, culto e realização de ritos.

humana. Treze anos depois, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: ‘Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos’ (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º). Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.”

²²⁰ Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> Acesso em 09/07/2015.

²²¹ Disponível em <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>, no idioma francês, um dos oficiais da ONU – Organização das Nações Unidas. Acesso em 3/6/2015. Tradução livre.

Artigo 19. **(Liberdade de expressão e de informação)** - Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Artigo 20. **(Liberdade de reunião e de associação)** - 1. Toda a pessoa tem direito a liberdade de reunião e de associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica de 1969, promulgada na ordem interna brasileira mediante o Decreto n. 678/92, trata da liberdade de consciência e religião (art. 12), da liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13), do direito de retificação ou resposta (artigo 14), do direito de reunião (artigo 15) e da liberdade de associação.

Em virtude da extensão do texto, limita-se à citação ao artigo 13:

Artigo 13

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeita à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) O respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios

destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reputa-se serem importantes para atender ao intento de se formular um conceito para a liberdade de expressão, os seguintes dispositivos:

Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

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

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de

informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Com inspiração na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, destaca-se a relevância da liberdade de expressão para a compreensão da própria dimensão de liberdade e o fato de ser um importante índice para medir a democracia de um Estado. A partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 extrai-se o direito de se comunicar livremente, através da fala, da escrita e da impressão, e de não ser molestado por opiniões, inclusive as religiosas. Da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, foca-se na inclusão do direito de procurar, receber e difundir informações e ideias, o que também é o que se destaca da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. E da CRFB de 1988, que além de não destoar do estabelecido nos documentos legislativos internacionais, reforçando as diretrizes da matéria, prevê a responsabilização pela violação de outros direitos, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

A proposta é a de se elaborar um conceito amplo, que envolva a liberdade de manifestação de pensamento e o direito de acesso à informação, ou seja, que apresente como sujeitos da relação jurídica tanto quem profere a comunicação como o destinatário dela e considerando-se também a possibilidade de se ir em busca da informação mesmo quando esta estiver sendo obstruída.

Assim, a liberdade de expressão é um direito, de ordem individual e coletiva, cujos sujeitos são o emitente da comunicação e o destinatário dela, e que tem por objeto a proteção da manifestação de ideias, dados, opiniões, críticas, concepções, mediante a linguagem oral, escrita, gráfica, gestual, bem como através de sons e imagens, incluindo-se, ainda, o silêncio.

No conceito formulado, salienta-se, não se incluiu toda a comunicação, excluindo-se a violadora de direitos.

3.2. Razões para a proteção da liberdade de expressão

Kent Greenawalt (1989), reconhecendo que a liberdade de expressão é um princípio político crucial das sociedades democráticas, questiona o que é o discurso que deve ser livre e protegido.

Esta pergunta, e a correspondente resposta, relaciona-se diretamente com as razões para a proteção da liberdade de expressão, ou

seja, com a indagação sobre quais os motivos de seu reconhecimento nas constituições democráticas, o que contribui, sobremaneira, com a busca para se identificar qual a extensão deste direito fundamental.

Greenawalt (1989) divide as razões para a proteção da liberdade de expressão em consequencialistas e não consequencialistas.

As razões são consideradas consequencialistas por se evidenciar faticamente a contribuição para o estado de coisas, por exemplo, quando for possível identificar que a liberdade de expressão exerce influência para a honestidade de um governo. Já as não consequencialistas justificam a liberdade de expressão ainda que não se investigue um resultado específico, levando-se em consideração tão-somente tratar-se de um direito ou de uma questão de justiça.²²²

Greenawalt (1989) elenca, então, as justificativas consequencialistas:

- 1) Busca pela verdade;
- 2) Estabilidade social e acomodação de interesses;
- 3) Exposição e contenção dos abusos de autoridades;
- 4) Autonomia e promoção de opiniões independentes;
- 5) Desenvolvimento pessoal e senso de dignidade;
- 6) Promoção da democracia;
- 7) Promoção da tolerância.

Como justificativas não consequencialistas, GREENAWALT (1989) aponta, novamente, a autonomia, a racionalidade, a dignidade e a equidade.

Serão destacadas a verdade²²³ e a autonomia²²⁴.

²²² O autor reconhece que o limite entre razões consequencialistas e não consequencialistas nem sempre será claro.

²²³ John Stuart Mill (1806-1873) na clássica obra “Sobre a Liberdade” estabeleceu interessante vinculação entre verdade e tolerância: “Caso uma opinião constituísse um bem pessoal sem qualquer valor exceto para quem a tem, e se ser impedido de usufruir desse bem constituísse apenas um dano privado, faria alguma diferença se o dano estava a ser infligido apenas sobre algumas pessoas, ou sobre muitas. Mas o mal particular em silenciar a expressão de uma opinião é que constitui um roubo à humanidade; à posteridade, bem como à geração atual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam. Se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erros pela verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e vida da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro. É necessário considerar separadamente estas duas hipóteses, a cada uma das quais corresponde uma parte distinta do argumento. Nunca podemos ter a

Em relação à promoção da verdade, Greenawalt (1989) dispõe que esta afirmação enfrenta um número considerável de desafios, como o de que a verdade objetiva não existe ou o questionamento sobre a maneira de como ela é promovida.

No que concerne ao argumento de que a verdade não existe, apesar disto ser crucial para a teoria da circulação livre de ideias, que apregoa que ela tende a se revelar através do discurso livre, Greenawalt (1989) coloca que o que deve ser avaliado, de fato, é qual é o objetivo dela. Cabe, consoante ele explana, examinar não a existência de uma verdade absoluta, mas se se está mais perto ou mais longe do que se acredita ser a verdade. Assim, por exemplo, os que creem que o planeta Terra não é plano estão mais perto do que é tratado como verdade do que aqueles que não pensam assim. O mesmo se dá quanto à existência do holocausto durante a II Guerra Mundial. E isto é o suficiente para o processo de “descoberta da verdade”.

No que tange ao regime de promoção da verdade, ou seja, às condições de sua revelação, Greenawalt (1989) salienta a possibilidade de se analisar diversas sociedades em períodos históricos distintos, examinando-se a diferença entre os momentos de expressão livre ou de supressão do discurso e avaliando-se, por exemplo, da mesma maneira, se a crença de que a Terra é redonda e não plana deu-se de maneira mais eficiente em qual contexto.

Greenawalt (1989) qualifica como autonomia a capacidade de se formular juízos independentes e tomar decisões de forma consciente a partir da oferta às pessoas de posições divergentes, ouvindo, avaliando e explorando tais opções em um diálogo. Quando as ideias podem ser expressas, está-se menos sujeito a se submeter ao pensamento do outro e há um encorajamento ao exercício da independência. Igualmente, o que se deve supor não é que efetivamente a liberdade de expressão produzirá pessoas autônomas, mas simplesmente que as pessoas serão mais autônomas em um regime livre do que em um repressor.

Na linha do que foi estudado da obra de Kent Greenawalt, João dos Passos MARTINS NETO (2008) elabora razões de proteção da liberdade de expressão.

MARTINS NETO (2008), nos capítulos 7, 8, 9 e 10 de sua obra *Fundamentos da Liberdade de Expressão*, estabelece:

certeza de que a opinião que procuramos amordaçar seja falsa; e, mesmo que tivéssemos, amordaçá-la seria, ainda assim, um mal.” (MILL, 2011, p. 35)

²²⁴ “The States shall be my governors, but not my critics” da obra *Areopagítica* de John Milton (1608 – 1678) (MILTON, 2008, p. 37).

- 1) A liberdade de expressão é valiosa porque é essencial ao funcionamento da democracia;
- 2) A liberdade de expressão é valiosa porque promove a verdade e o conhecimento;
- 3) A liberdade de expressão é valiosa porque é condição de autonomia de consciência;
- 4) A liberdade de expressão é valiosa porque educa para a prática da tolerância.

Interessante pontuar algumas questões trabalhadas pelo autor.

No que tange ao funcionamento da democracia, Martins Neto (2008, p. 50) assevera que a liberdade de expressão é a sua própria essência. Ele reconhece a existência de questionamentos relacionados, em especial, à desigualdade de forças na circulação de ideias, seja pelo espaço de propaganda ocupado na mídia, pelo alto custo de jornais e revistas e pela limitação de acesso às ondas de rádio e de televisão. Mas, como bem coloca, a existência destas objeções, de certo modo amenizadas pela *internet*, não justificam a restrição à liberdade de expressão.

Nem todo o discurso, porém, está conectado a um processo político. E ainda quando o tema não se vincular a ele e, conseqüentemente, à democracia, a sua proteção estará justificada por outras razões.

Assim, a liberdade de expressão também é valiosa por promover a verdade e o conhecimento. Para o autor (2008, p. 53), “um regime constitucional que favoreça à livre expressão e discussão habilitaria indivíduos e comunidades a substituir concepções errôneas longamente acreditadas, bem como a testar e revitalizar verdades que, do contrário, não passariam de dogmas mortos.” Ele (MARTINS NETO 2008, p. 56) reconhece a falibilidade do saber, mas alerta para o fato de que embora se esteja diante de “verdades” provisórias e relativas, o que interessa é “a potencialidade do avanço do conhecimento, do seu aperfeiçoamento e aprofundamento contínuos”.

Ainda, a liberdade de expressão é valiosa por ser condição da autonomia de consciência, para que opiniões, sentimentos, interpretações e preferências tenham livre deliberação intelectual ainda que, quando sob a avaliação de outrem, venham a ser consideradas infundadas ou absurdas (MARTINS NETO, 2008, p. 59).

E, por fim, a liberdade de expressão é valiosa porque educa para a prática da tolerância, estimulando a capacidade social de valorizar o debate, não impondo um pensamento e nem sancionando os que dele desviarem. Nas palavras de Martins Neto (2008, p. 67), “uma sociedade

tolerante é aquela que renuncia à aspiração de coagir e hostilizar, por meios formais ou informais, aqueles que professam ideias supostamente censuráveis, sejam políticas, morais ou religiosas.” Igualmente, é salutar a constatação (MARTINS NETO, 2008, p. 68) de que tolerar o discurso mesmo que reputado nocivo, de um ponto de vista pragmático, é mais interessante para a ordem social, pois a intolerância reforça a resistência dos convictos.²²⁵

Observa-se também a indicação (MARTINS NETO, 2008, p. 71) de que as razões de proteção da liberdade de expressão, não apenas são reconhecidas politicamente, mas no contexto jurídico-constitucional brasileiro²²⁶ possuem força normativa e, portanto, são de observância obrigatória.

O estudo das razões de proteção da liberdade de expressão, frise-se, é primordial tanto para demonstrar a importância de referido direito e atestar a imprescindibilidade de sua consagração, quanto para orientar a sua aplicabilidade. Elas são determinantes na avaliação de quais atos comunicativos devem ser tutelados por serem dotados de valor expressivo. Assim, contribuem para o deslinde da complexa tarefa do alcance e dos limites da livre expressão.

As teorias de Kent Greenawalt e de João dos Passos Martins Neto têm, portanto, grande relevância para o desenvolvimento da presente tese e reforçam as bases para a defesa de inexistência de um direito ao esquecimento, conforme se detalhará a seguir.

²²⁵ Exemplo provocador, que estimula a reflexão foi o pedido, em 1976, de realização de uma passeata no subúrbio de Chicago, justamente em um bairro, chamado Skokie, com grande número de habitantes judeus e mesmo de sobreviventes dos campos de concentração da II Guerra Mundial, pelo grupo auto-denominado National Socialist Party of America, defensor dos ideais nazistas (ALLPORT, 2003, p. 22). O pedido de realização da marcha foi negado e a administração pública, ainda, buscou judicialmente, em Illinois' Cook County, uma medida para prevenir a passeata, dando início à notória controvérsia *Skokie*, que é um marco da discussão do “hate speech”, expressão traduzida para o português como “discurso do ódio”. Os defensores dos ideais nazistas foram derrotados em nível estadual, todavia, na Suprema Corte, por 4 votos a 5, tiveram êxito. A passeata acabou não ocorrendo porque o grupo considerou que a decisão favorável lhe garantiu, suficientemente, uma vitória moral (ALLPORT, 2003, p. 24).

²²⁶ Para o autor, a democracia está fundamentada no art. 1º, III e art. 14, I, II e III; a busca pela verdade nos dispositivos 215, 206, 207, 209, 214, V, 218, §1º e art. 5º, IX; a autonomia de consciência nos artigos 1o, III, art. 5º, VI e VIII; e a tolerância no preâmbulo da constituição.

3.3 O ato comunicativo dotado de valor expressivo

Consoante já se indagou acima, quando do início do estudo da teoria de Kent Greenawalt, qual o discurso que deve ser protegido?

Não se trata, por óbvio, de uma resposta de fácil construção.

Hipoteticamente, entre um sistema normativo que sufoca e oprime através da instituição de uma censura assumida, impedindo a informação, a arte, a história e a ciência que não sejam as oficiais, muitas vezes em nome de uma “ordem moral” e, ironicamente, em defesa de uma “paz social”, e um outro, no qual praticamente tudo pode ser dito, as variáveis e os graus são, de certa forma, infinitos.

Observa-se uma evidente e esperada diferenciação entre Estados, na definição do que é uma expressão livre, ainda que se esteja em contextos democráticos e que em suas constituições tenha sido feita previsão da liberdade de expressão como um direito fundamental. A diversidade ocorre, inclusive, em função de aspectos culturais, políticos e históricos. A solução norte-americana, por exemplo, é diversa da francesa e da alemã. Na França, há uma proibição legal ao discurso do ódio e, na Alemanha, é defeso o uso de símbolos nazistas (ALLPORT, 2003, p. 33).

No próprio cenário nacional, as oito constituições brasileiras²²⁷ exemplificam bem essas variações, tanto pelo o que foi previsto nos textos normativos quanto pela aplicação que foi dada a eles. Diante da acidentada história da democracia no país, embora todas, portanto, também as outorgadas, tenham feito referência explícita à liberdade de expressão²²⁸, são fartamente conhecidas as restrições estabelecidas e as

²²⁷ Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Não se desconhece a polêmica envolvendo a Emenda Constitucional n. 1/69, adotando-se, no entanto, o entendimento de José Afonso da Silva (2001, p. 87): “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.”

²²⁸ Os dispositivos constitucionais relativos à liberdade de expressão são os seguintes: 1824 - art. 179, IV; 1891 – art. 72, § 12; 1934 – art. 113, 9); 1937 – art. 122, 15); 1946, art. 141, § 5º; 1967 – art. 150, § 8º; 1969 – art. 153, § 8º. É possível acessar o texto de todas as constituições brasileiras em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>.

perseguições suportadas por quem ousou contestar a ordem imposta, especialmente, nos períodos ditatoriais.

E mesmo quando a análise é feita dentro de um único ordenamento jurídico vigente, com cláusula expressa da livre expressão, dúvidas e interpretações divergentes surgem, inevitavelmente.

A promoção da segurança no uso da palavra, portanto, é uma tarefa bem complexa. Estabelecer o que é livre para ser dito e o que deve ser sancionado por se configurar um crime ou uma ilicitude civil é um grande desafio.

E o primeiro aspecto que deve ser registrado é que nem toda comunicação é protegida pela liberdade de expressão, pois, sim, há coisas que não devem ser ditas, e se o forem devem receber uma resposta estatal repressiva.

É inevitável constatar uma característica retórica em algumas frases impactantes usadas em defesa da liberdade de expressão. Como exemplo, cita-se o título da obra de Raoul Vaneigem (2003) “Nada é sagrado, tudo pode se dizer – reflexões sobre a liberdade de expressão”^{229 230}. E o mesmo se pode dizer da frase de Voltaire (1694-1778), fartamente repetida quando o assunto é liberdade de expressão: “Eu desaprovo o que vós dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-lo”.²³¹

Como bem coloca João dos Passos Martins Neto (2008, p. 29/31), não há nenhum sistema legal que garanta imunidade a toda e qualquer comunicação, existindo situações bem evidentes quanto à não proteção, que não provocam grandes divergências, como, por exemplo, a ameaça e a calúnia, enquanto outras como o denominado discurso do ódio²³² e a revelação jornalística de segredos oficiais são responsáveis por grandes controvérsias.

²²⁹ No original, *Rien n'est sacré tout peut se dire – réflexions sur la liberté d'expression*.

²³⁰ Embora se considerem valiosas as contribuições da obra.

²³¹ No idioma de origem: “Je désapprouve ce que vous dites, mais je défendrai jusqu'à la mort votre droit de le dire”. Ainda que existam controvérsias, esta frase é atribuída a Voltaire. Afirma Pierre-François Docquir (2007, p. 19) que “Esta frase atribuída a Voltaire não aparece em sua obra publicada, mas foi formulada em 1906 por E. B. Hall no trabalho “Os amigos de Voltaire”.

²³² Um bom exemplo da complexidade que envolve esta temática e de como a proibição pode ser perigosa é o livro biográfico “Roots” de Alex Haley, que narra a história de um africano capturado por um mercador de escravos e a vida de seus descendentes nos Estados Unidos. Esta obra foi proibida na África do Sul, durante o período do Apartheid justamente por ser considerado pelo

A posição assumida pelos Estados Unidos da América costuma ser apontada como exemplo de ampla proteção ao discurso.²³³ Mas mesmo no contexto jurídico deste país não é admitida toda e qualquer tipo de comunicação. E quando esta constatação é feita mostra-se inevitável fazer referência a uma famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1919, que aponta para a circunstância de que um grito falso de fogo, causador de pânico, em um teatro, não é um exemplo de fala protegida pela primeira emenda da constituição norte-americana.

Cabe, inclusive, algumas notas sobre esta decisão e referências a informações a ela relacionadas.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América²³⁴ determina que “o Congresso não fará nenhuma lei no sentido de estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício dos cultos; ou cercear a liberdade de expressão da palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos.”^{235 236}

Lewis (2011, p. 17/19) ensina que na Inglaterra, no século XVI, a repressão se dava de forma preventiva e repressiva. O rei Henrique VIII outorgou um edito, em 1538, determinando que qualquer impressão deveria ser antecedida de uma licença, inclusive a bíblia e até horários de navios. Já o mecanismo repressivo existente no mesmo período em

governo do país como uma forma de discurso do ódio, estimulando a raiva de negros contra a população branca (ALLPORT, 2003, p. 36).

²³³ É, no entanto, interessante constatar que o grau de liberdade de expressão que se observa atualmente nos Estados Unidos não foi algo que se alcançou de forma automática após a primeira emenda, como bem dispõe Anthony Lewis (2011, p. 10/13), que afirma que o que se deu foi uma mudança na interpretação dela, tendo os magistrados um papel crucial e sendo necessário mais de um século até que os tribunais passassem a proteger, por exemplo, oradores e editores opositoristas contra a repressão governamental.

²³⁴ As dez primeiras emendas da Constituição dos Estados Unidos (1787) compõem o denominado *Bill of the Rights* de 1791.

²³⁵ First Amendment of Bill of Rights - Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. (In:

http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html Acesso em 25/09/2013)

²³⁶ Tradução disponível em <http://www.embaixada-americana.org.br/government/index.htm> Acesso em 09/07/2015.

terras inglesas dava-se mediante a lei de difamação sediciosa, que considerava crime toda a publicação considerada desrespeitosa ao Estado, Igreja ou seus representantes, sob a justificativa de promover a paz e conter o caos social. O maior absurdo residia no fato de que mesmo verdades não poderiam ser ditas, já que o crime concentrava-se justamente na diminuição do respeito público do governante e do clero e, conseqüentemente, a mentira quando reconhecida como tal era menos ruim do que quando o povo acreditava no que havia sido propagado. A pena poderia ser até de morte, acompanhada de um terrível suplício mediante enforcamento, arrastamento e esquartejamento do condenado.

Na América colonial a Lei de Sedição também era aplicada²³⁷.

Mas, mesmo após ela ter sido superada, e os Estados Unidos terem se tornado um país livre e único, promulgando a sua Constituição em 1787 e adicionando a Primeira Emenda em 1791, o Senado, em 1798, aprovou uma lei que tornou a difamação sediciosa crime, punindo críticas ao então Presidente John Adams, que concorria a reeleição, expirando em março de 1801, justamente um dia antes da posse do presidente eleito, sendo este o cenário político de sua elaboração, conforme esclarece Lewis (2011, p. 28).

A linha interpretativa da Suprema Corte que permitia a repressão de toda a expressão com “tendência nociva” (*bad tendency*) também demonstra que a liberdade de expressão tinha proteção restrita em solo americano mesmo após a primeira emenda, já que comportava tanta subjetividade que não protegia minimamente oradores ou escritores. Esta orientação foi aplicada ainda em 1907 no caso *Patterson vs. Colorado*, em que o acusado, Thomas M. Patterson foi preso por desacato em razão de ter criticado um juiz. No julgamento, o Ministro Oliver Wendell Holmes Jr. afirmou que a liberdade de expressão era garantida mediante a inexistência de restrições prévias, sem impedir, no entanto, punições posteriores, que poderiam ocorrer mesmo diante de informações verdadeiras com o potencial de causar prejuízos sociais,

²³⁷ LEWIS (2011, p. 22) explica, porém, que havia uma imprensa audaciosa e diante de leis repressivas, “surgiu a ideia de comprometer os governos com o princípio da liberdade de imprensa em seus documentos fundamentais”. Ele coloca ainda que no Estado da Virgínia, em 1776, na Declaração de Direitos foi afirmado “A liberdade de imprensa é uma das maiores defesas da liberdade, e só pode ser cerceada por governos despóticos”. Em 1791, ano da primeira emenda, nove dos trezes Estados originais já contavam com esta cláusula na sua legislação.

como por exemplo a crítica a um juiz que poderia redundar em um desprestígio da justiça (LEWIS, 2011, p. 40).

Do mesmo modo, o *Espionage Act* de 1917, lei proposta pelo Presidente Woodrow Wilson e aprovada pelo Congresso comprovava a fragilidade da liberdade de expressão neste momento da história americana.

E foi com base nesta lei de espionagem que, em 1919, quatro julgamentos da Suprema Corte aconteceram e concluíram pela condenação dos acusados. São eles: *Schenk vs. United States*; *Frohwerk vs. United States*; *Debs vs. United States* e *Abrams vs United States*. Somente neste último caso, é que um voto vencido, com fundamento na primeira emenda apoiou a liberdade de expressão.

Em *Schenk vs. United States*, a acusação fundamentou-se na distribuição de panfletos por militantes socialistas, que tratavam o alistamento militar compulsório como escravidão. E foi neste julgamento que o Ministro Holmes, que anos antes havia atuado no caso *Patterson vs. Colorado*, proferiu a frase “A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro, causando pânico”. E foi ainda nesta decisão que o referido magistrado fez referência à regra do “perigo claro e presente” para avaliar se a expressão pode ser punida, levando-se ainda em consideração as circunstâncias em que a comunicação foi articulada, no caso, a Primeira Guerra Mundial (DOCQUIR, 2007, p. 51). Concluiu-se, assim, que diante dos fatos envolvidos Charles Schenck gerou um perigo claro e presente ou atual que deveria ser prevenido, pela atuação do Congresso e, portanto, cabível a punição.

Apesar de, hoje, facilmente concluir-se pela ausência de similitude entre um grito para alertar um fogo inexistente em um teatro lotado e a distribuição de panfletos acusando o equívoco do alistamento militar obrigatório, o objetivo da referência ao alarme falso era justamente o de demonstrar que nem toda a fala é protegida pela constituição. Vista a questão com o olhar da atualidade, é óbvio que a primeira situação, de fato, não deve ser tutelada pela liberdade de expressão, enquanto para a segunda situação devida a legítima proteção e evidente o equívoco do *Espionage Act* de 1917. No entanto, em 1919, o pensamento que dominou foi diverso.

Como dito, tal regra não foi interpretada em benefício de *Schenk*²³⁸, tampouco de *Frohwerk* e de *Debs*.

²³⁸ Afirma Lewis (2007, p. 43) que “essa abordagem não parecia proteger a expressão, e é quase certo que Holmes não pretendia que o fizesse.”

Frohwerk publicou 12 artigos em seu próprio jornal, denunciando a guerra e a ação militar. Com fundamento na Lei de Espionagem de 1917, ele foi condenado sob o argumento de ter incitado o público a reagir de forma negativa à participação do país na guerra. Do mesmo modo que em Schenk, a Suprema Corte concluiu que a primeira emenda não concede imunidade para qualquer uso possível da linguagem e que os textos de Frohwerk não deveriam ser tutelados.²³⁹

A acusação de Debs deu-se em razão de um discurso por ele proferido, também envolvendo o tema do alistamento obrigatório. Ele falou em defesa de três homens presos em virtude de terem auxiliado um outro a fugir do alistamento militar compulsório. Debs era líder do Partido Socialista e foi candidato à Presidência por cinco vezes. O acusado foi condenado a 10 anos de prisão. (LEWIS, 2007, p.44).

Foi, então, no quarto caso, *Abrams vs. United States*, julgado em novembro de 1919, que o próprio Ministro Holmes rearticulou seus argumentos e introduziu critérios mais exigentes para a repressão da palavra (MARTINS NETO, 2008, p. 38), votando vencido e sendo acompanhado pelo Ministro Louis Brandeis.²⁴⁰

Em *Abrams vs. United States*, quatro refugiados (três homens e uma mulher) da Rússia czarista, lançaram do alto de um prédio, em

²³⁹ <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/204/case.html>. E <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/first-amendment-freedom-of-expression/frohwerk-v-united-states/>. Acesso em 27/01/2014.

²⁴⁰ Do apontado voto vencido, destaca-se, ainda a referência à conhecida expressão “free trade in ideas”, ou seja, a um mercado livre de ideias: “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. Em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0250_0616_ZD.html Acesso em 02/10/2013. E consoante tradução para o português da obra de Lewis: Mas, quando os homens tiverem se dado conta de que o tempo desorganizou muitos credos que lutam entre si, talvez passem a acreditar, ainda mais do que acreditam nas próprias bases de sua conduta, que o bem final desejado é alcançado mais facilmente pela livre troca de ideias – que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento para se tornar aceito na competição do mercado, e que a verdade é o único terreno sobre o qual seus desejos podem ser executados com segurança. (LEWIS, 2011, p. 49)

Nova York, panfletos convocando à população a uma greve geral, como forma de protesto contra o envio de soldados americanos, pelo Presidente Wilson, para a Rússia. Eles foram condenados a 20 anos de prisão, os homens, e a 15 anos, a mulher, o que foi confirmado pela Suprema Corte. A razão do dissenso, apresentada no voto vencido do Ministro Holmes foi justamente a regra do “perigo claro e presente”, que entendeu não estar evidenciado no presente caso, já que o magistrado considerou tratar-se de um folheto tolo sendo lançado por desconhecidos. Porém, há um detalhe. Holmes acrescentou duas outras palavras, “imminente” e “imediatamente”, ao que havia anteriormente formulado, tornando mais rigorosa a proibição do discurso. Ele asseverou que se tratava de uma reafirmação do teste de “perigo claro e presente”, mas não se pode deixar de considerar como significativo o acréscimo das duas palavras (LEWIS, 2011, p. 44/45).^{241 242}

E é evidente que o grito de falso fogo em um teatro lotado com o propósito de criar pânico não seja tutelado.

Importante, salientar que *Schenk vs. United States* e a regra do *clear and present danger* é um precedente superado pela Suprema Corte.²⁴³

No entanto, a hipótese de grito de fogo permanece sendo bastante citada quando o tema é liberdade de expressão, inclusive na jurisprudência do STF.^{244 245}

²⁴¹ Para melhor entender o contexto em que as palavras “imminente” e “imediatamente” no voto vencido de Holmes foram colocadas, cita-se o seguinte trecho no idioma de origem: “(...) I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.” Em tradução livre: (...) eu penso que devemos estar eternamente vigilantes às tentativas de reprimir a expressão de opiniões que nos desagradam e que julgamos perigosas, a menos que elas ameacem de forma iminente os objetivos legítimos e imperiosos da lei, fazendo com que uma sanção imediata se imponha para salvar o país.

²⁴² Lewis (2011, p. 44/51) apresenta uma interessante análise acerca das possíveis influências que promoveram esta mudança de posicionamento no Ministro Holmes em pouco espaço de tempo.

²⁴³ “*Schenck versus United States* é um precedente superado na jurisprudência norte-americana. A fórmula oferecia pouca proteção à livre expressão porque era facilmente manipulável.” (MARTINS NETO, 2008, p. 38)

²⁴⁴ Do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 130: «Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no

Enfim, a partir do referido exemplo do *Justice* Holmes, talvez a passagem mais célebre relacionada às reflexões sobre a existência de discurso não protegido pelo direito à liberdade expressão, é possível afirmar, categoricamente, que nem toda comunicação é livre.

Mas como distinguir a comunicação livre do discurso passível de ser restringido de forma legítima?

Se o texto constitucional indica de forma expressa quais as restrições à liberdade de expressão, a tarefa, indubitavelmente, será facilitada. Mas ainda assim, quando a limitação fundar-se em direitos dotados de inevitável subjetividade, como, por exemplo, a privacidade, a participação do intérprete será imprescindível.

Caso inexista previsão constitucional, existirão situações em que não será difícil concluir com certa tranquilidade pela proibição legal da informação que se deseja proferir, como a situação do grito de fogo indicada acima (MARTINS NETO, 2008, p. 31).

Mas o que faz com que uma conclusão seja fácil em um contexto, já, em outros, inserir ou excluir uma comunicação da tutela constitucional gere discussões tão acirradas?²⁴⁶

juízo do caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que ‘A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico’, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que ‘a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (‘clear and present danger’) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau’. ” (p. 158)

²⁴⁵ Como explica João dos Passos Martins Neto (2008, p. 39): “O que pode então parecer intrigante é que, se as razões que levaram à condenação de Schenck não subsistem mais ou não seriam hoje suficientes para punir-lhe o discurso, ainda assim a ressalva de Holmes sobre o falso grito de fogo num teatro lotado perdura como axioma sobre os limites da liberdade de expressão. Como compreender? A razão é simples, embora nem sempre percebida. Entre um grito falso de fogo num teatro lotado para induzir o pânico à multidão e as mensagens contidas nos panfletos distribuídos por Schenck não existe qualquer relação de semelhança relevante. A analogia suposta por Holmes não existe e, por isso, é perfeitamente aceitável que, entre as duas comunicações, uma possa merecer proteção enquanto a outra, não.”

²⁴⁶ Novamente, valendo-se do conhecimento de MARTINS NETO (2008, p. 38): “Mas é também certo que existem muitas comunicações cuja inclusão ou não no âmbito de proteção da liberdade de expressão tende a suscitar

A resposta deve ser buscada necessariamente na análise da comunicação em si, ou seja, no exame se ela deve ou não ser protegida.

E, nas palavras de Martins Neto (2008, p. 71), referencial teórico para a presente análise, “os atos comunicativos dignos de proteção são aqueles que satisfazem o requisito do valor expressivo. Um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das razões de proteção que garante a liberdade de expressão.” E esta busca pelo valor expressivo é relevante para orientar as decisões legislativas e judiciais quando da imposição de uma restrição à liberdade de expressão (MARTINS NETO, 2008, p.45).

Como já indicado, para Martins Neto (2008), são razões de proteção da liberdade de expressão: democracia; verdade e conhecimento; autonomia de consciência; e tolerância.

Assim, como conclui o autor, o grito falso de fogo em um teatro lotado não tem proteção porque “a auto-satisfação do sádico não é um bem que a Constituição tutele a ponto de permitir alguém a induzir o pânico” (MARTINS NETO, 2008, p. 38). E isto simplesmente não tem nenhum valor expressivo pois a ele não se vincula nenhuma das razões de proteção já apontadas. Deste modo, igualmente, a ameaça, a difamação, a incitação, o insulto, a invasão de privacidade, a propaganda nociva e o uso indevido de imagem são falas destituídas de valor expressivo (MARTINS NETO, 2008, p. 21).

Interessante observar que Holmes que elaborou a regra do *clear and present danger*, confirmando a condenação de Schenk (1919), anos depois (1929), tornou-se importante voz na Suprema Corte em defesa da liberdade de expressão, ficando célebre o seu voto vencido em *United States v.s Schwimmer*²⁴⁷, do qual se extraem as palavras: “não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos.”

Concluir pela tutela ou censura da comunicação não é, reconhece-se, uma tarefa simples. Porém, é essencial a existência de diretrizes para

controvérsia. Pode o legislador, sem impor uma restrição inconstitucional, proibir punir a revelação pessoal de preconceito racial ou de orientação sexual, a negação do holocausto como fato histórico, a defesa da legitimidade das revoluções armadas como recurso contra a injustiça social, a exposição de filmes de sexo explícito, a revelação jornalística de segredos oficiais, a queima da bandeira nacional em um protesto contra o governo, o bloqueio de vias públicas durante uma passeata de trabalhadores sem-terra?”

²⁴⁷ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/279/644/case.html>
Acesso em 01/09/2014.

pautar as decisões, que, defende-se, devem ser tomadas em prol da liberdade.

A teoria das razões de proteção e do valor expressivo do ato comunicativo oferecem, para tanto, uma sofisticada estratégia.

A caracterização do valor expressivo independe do assunto abordado e da aceitação do destinatários (MARTINS NETO, 2008, p. 75). E, nas precisas palavras do autor: “não há assuntos próprios e impróprios; não há tabus; não há tópico algum que não caiba ser pesquisado e comentado” (2008, p. 75); “mesmo ideias detestáveis podem ter valor expressivo e aptidão para circular” (2008, p. 79); “O Estado não está autorizado a proibir o discurso e a punir seu autor com base em razões de mera discordância e contrariedade, seja através da lei, seja através do juiz” (2008, p. 93).

Por fim, deve-se salientar que as razões de proteção e a análise do valor expressivo estão ligadas ao conteúdo da comunicação e, em virtude da amplitude das justificativas para a proteção da liberdade de expressão, oferecem uma larga proteção às ideias.²⁴⁸

Cabe, assim, a formulação da premissa de que a manifestação do pensamento deve ser admitida amplamente, pois, em geral, a comunicação contribuirá para a democracia, verdade, conhecimento, autonomia e tolerância.

Dessa forma, apenas excepcionalmente o conteúdo em si da comunicação, ou seja, a manifestação da ideia configurará um ilícito. A calúnia e a ameaça são típicos exemplos.

A ilicitude, e isto será retomado neste estudo, está muito mais próxima da conduta relacionada com a obtenção e divulgação da informação do que propriamente com o conteúdo.

3.4. Inexistência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: a narrativa sobre o passado publicizado licitamente é comunicação protegida pela CRFB de 1988

Considerando as razões de proteção e a noção de valor expressivo apresentadas acima, não é difícil de se concluir que narrar o passado, em geral, é uma comunicação protegida.

O estudo do passado, certamente, promove a democracia, verdade, conhecimento, autonomia de consciência e tolerância.

²⁴⁸ A análise do conteúdo liga-se, portanto, ao que se optou denominar como um limite material. No último capítulo, ao exame do limite material será apresentado um limite instrumental.

Assim, genericamente, em um plano teórico, o direito ao esquecimento representa uma ameaça à liberdade de expressão.

De qualquer maneira, é preciso investigar, de forma específica, qual a opção feita pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o que foi estabelecido na constituição. Cabe, então, formular o seguinte questionamento: há algum dispositivo que faça previsão expressa de um “direito ao esquecimento”, seja nomeando-o como tal ou mesmo estabelecendo a proibição da comunicação de um fato em função de ele “pertencer” ao passado?

A primeira constatação a ser feita é que inexistente qualquer norma que disponha expressamente sobre um direito ao esquecimento como um fator limitante da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.

Advertir-se que, e é bem revelador do tom nada democrático de referido direito, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), não recepcionada pela CRFB de 1988, conforme decisão proferida no julgamento da ADPF n. 130, determinava em seu art. 21, § 2º que “constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele”. Ainda que a expressão “interesse público” ampliasse consideravelmente as hipóteses de não aplicação do dispositivo, reconhece-se que já houve, no Brasil, uma determinação legal impositiva do esquecimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é enfática ao garantir que a manifestação do pensamento é livre, proibindo o anonimato (art. 5º, IV da CRFB). E é peremptória ao vedar toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 3º) e mesmo qualquer tipo de licença a fim de garantir a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma muito explícita sobre a centralidade da liberdade de expressão para um Estado Democrático de Direito. Com destaque para as decisões proferidas no julgamento da ADPF n. 130 e da ADI n. 4815.

Já na ementa da ADPF n. 130, Relator Ministro Ayres Brito, foi firmado que “não há liberdade de imprensa²⁴⁹ pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário,

²⁴⁹ A referência à “imprensa” deve-se ao objeto da ADPF n. 130.

pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.

No corpo do acórdão, o relator aprofunda:

Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a temporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica. É a trajetória humana, é a vida, são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados formadores de opinião que retratam sob todas as cores, luzes e contornos que imprensa apenas meio livre é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias. Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. (STF, 2009, p. 32)

A Ministra Carmem Lúcia, relatora da ADI n. 4815, questionadora da constitucionalidade do artigo 20 do Código Civil no que tange à necessidade de autorização do biografado, em seu voto, resume o que é censura.

Censura é forma de controle da informação: alguém, não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística do sentimento. Controla-se a palavra ou a forma de expressão do outro. Pode-se afirmar que se controla o outro. Alguém – o censor – faz-se senhor não apenas da expressão do pensamento ou do sentimento de alguém, mas também – o que é mais – controla o acervo de informação que se pode passar a outros.” (STF, 2016, p. 69)

Não é admissível, de conseguinte, que o Estado, seja através do executivo, legislativo ou judiciário, invista-se da condição de censor e proíba a manifestação da ideia, dizendo o que pode ou não pode ser expressado.

Desse modo, é ampla a noção de censura adotada, podendo ser prévia ou correspondente a sanções posteriores (quando, por óbvio, indevidas) administrativas (por exemplo, apreensões, proibição de exposições após a estreia, etc) e judiciais (responsabilidade civil e penal).

E embora a proibição de censura prévia seja o primeiro alvo dos defensores da liberdade de expressão, a condenação *a posteriori* é igualmente preocupante. Assim, o estudo da responsabilidade civil revela toda a sua importância, seja no que tange a condenações impróprias, quando a circulação da comunicação era legítima, seja no que concerne a condenações com valores muito altos, especialmente, quando o objeto é a reparação de danos morais.²⁵⁰

Dessa forma, além da fácil constatação de que, no Brasil, a tutela constitucional da liberdade de expressão garante a possibilidade de comunicações versarem sobre fatos do passado que se tornaram públicos licitamente, pois que vedada a censura e livre a manifestação do pensamento e por ter sido assegurado o direito de acesso às informações pelo art. 5º, XIV da CRFB, cumpre destacar certas previsões que confirmam a inadequação do suposto direito ao esquecimento à ordem jurídica nacional.

O direito ao esquecimento é, portanto, inconciliável com a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, III da CRFB); com o dever estatal de garantir o exercício da cultura e ter acesso às fontes da cultura nacional (art. 215 da CRFB); e com próprio patrimônio cultural brasileiro que é constituído de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216).

Ademais, não se pode olvidar o passado recente brasileiro de silêncio imposto, de verdades oficiais, de dados suprimidos, enfim, de censura burocratizada e absurda. Falar em um direito ao esquecimento neste contexto soa, no mínimo, preocupante.

E inexistente a possibilidade de se dizer que a dimensão coletiva estará preservada, que a memória e a História restarão íntegras e que liberdade de expressão, artística e científica não serão violadas. Tal argumento fundamenta-se na afirmação de que o direito ao

²⁵⁰ “Mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a excessividade indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse carregar nas cores da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística. » (ADPF n. 130, Rel. Min. Ayres Brito, p. 48)

esquecimento tutela o indivíduo, atingindo tão-somente os fatos destituídos de interesse público. Trata-se, porém, de um processo perigoso e mesmo impraticável, pois como se reforçará no último capítulo, inexistente história apenas com “personagens principais” e circunscrita aos “grandes feitos”.

Após períodos de exceção, a opção atual do Brasil é pela abertura, pela liberdade, pela informação. As decisões do STF, como já salientado (especialmente na ADPF n. 130 e ADI n. 4815), mostram-se atentas à importância da liberdade de expressão e aos reflexos negativos de sua potencial restrição. Também é de certo modo tranquilizador que a legislação brasileira tenha nos últimos tempos privilegiado a informação e a transparência, por intermédio, por exemplo, da Lei do Habeas Data (Lei n. 9.507/1997), Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), Lei do Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014, com destaque para o art. 3º, I que trata sobre a liberdade de expressão) e a criação das Comissões da Verdade, Nacional e Estaduais, oferecendo suporte para não se acreditar na consagração, ao menos expressa, de um direito ao esquecimento. Este Brasil, felizmente, distancia-se, do Estado que foi condenado pela Corte Interamericana de Direito Humanos no caso “Gomes Lund e outros”²⁵¹ justamente por restrição a informações sobre as circunstâncias dos desaparecimentos das vítimas da Guerrilha do Araguaia.

Sustenta-se que referida fundamentação já seria suficiente para formar o convencimento necessário e esvaziar os argumentos favoráveis ao direito ao esquecimento.

Todavia, na doutrina, como já apresentado no capítulo anterior, são muitos os adeptos da restrição à abordagem de determinados fatos do passado.

E é extremamente inquietante observar que após os precedentes do STJ, o direito ao esquecimento tenha se tornado naquela corte um parâmetro para os conflitos envolvendo liberdade de expressão:

Esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como por exemplo: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da

²⁵¹ Disponível em

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012). **Também esta Corte, realizando juízo de ponderação, acrescentou o traço da ausência de contemporaneidade como possível limitação da atividade informativa da imprensa, quando a notícia trouxer à tona fatos passados, em detrimento da dignidade humana e privacidade; reconheceu-se, assim, o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153/RJ e Resp 1.334.097, ambos de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).** (grifou-se) (REsp 12977787/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 17/04/2015).

Na linha do que já se apresentou, reconhece-se que há manifestações que não tem valor expressivo e as violadoras de direitos não devem ser tuteladas. E, por óbvio, não é porque o fato ocorreu no passado que tudo poderá ser revelado.

A Constituição do mesmo modo que tutela a liberdade de expressão, dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X) e estabelece que, em tais casos, é devida a indenização por dano material, moral ou à imagem, além de se assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, IV). Reconhece-se que a convivência entre tais direitos e a liberdade de expressão é, de fato, complexa e trata-se de problema que exige sobremaneira do intérprete.

Porém, recorde-se, o direito ao esquecimento visa proibir que se volte a falar de um assunto já publicizado licitamente, ou seja, que, à época, não teve a divulgação contestada. Como bem se detalhou no primeiro capítulo, a celeuma eclode com o fluir do tempo que teria o condão de tornar o já público em algo sigiloso, fazendo desaparecer o valor expressivo da comunicação, o que é incompreensível, e compelindo o Estado a sancionar quem ousou relembrar um assunto com suposto potencial lesivo para a vida presente do envolvido.

Enfim, a salvaguarda da liberdade de expressão oferece elementos suficientes para afastar a possibilidade de um direito ao esquecimento. Na presente pesquisa, ao lado do fundamento da

liberdade de expressão, recorde-se que deve ser somado o exame crítico dos argumentos doutrinários e as linhas interpretativas dos precedentes do STJ, que identificam suporte normativo para o direito ao esquecimento, efetuado no capítulo anterior.

3.5. Projetos de lei: equívocos

Afastada a possibilidade de se identificar no direito brasileiro o direito ao esquecimento como limite à liberdade de expressão, imperiosa a necessidade de se advertir para a pretensão de o instituir formalmente.

Preocupa, sobremaneira, a existência de dois projetos de lei que pretendem estabelecer expressamente o direito ao esquecimento.

O PL n. 7881/2014²⁵², Relator Deputado Eduardo Cunha, estabelece em seu art. 1º (e praticamente único dispositivo, já que o segundo dispõe apenas que “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”) que “É obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.”

Além da inacreditável síntese em um único dispositivo de assunto extremamente complexo, a dificuldade resta evidente nas expressões “dados irrelevantes ou defasados”. Ainda, é preocupante a obrigatoriedade da remoção de *link* do motor de busca que pode ser solicitada, simplesmente, por qualquer pessoa.

O PL 1676/2015, Relator Deputado Veneziano Vital do Rêgo, detém a seguinte ementa: “Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público.”²⁵³

²⁵²

Disponível

em

<http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>. Acesso em 01/08/2015. E a informação obtida em 28/07/2016 é que em 14/07/2016, na Comissão de Direito do Consumidor, o parecer do Relator, Dep. José Carlos Araújo foi pela rejeição.

²⁵³

Disponível

em

<http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741>, Acesso em 05/08/2015. Em 13/07/2016, o projeto localizava-se na

No artigo 3º, é dado um conceito, estabelecendo que “o direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.” O exercício do direito, conforme preconiza o parágrafo único, independe de ordem judicial e pode ser demandado perante os meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores (*internet*), para que deixem de vincular o titular do direito ao material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou que comprometam a honra.

O artigo 4º determina a criação de departamento específico para tratar do direito ao esquecimento, com endereço físico e telefones, a fim de receber as reclamações. O prazo para não reconhecer referido direito e para oferecer a adequada justificativa para tanto é de 30 dias.

Esses dois projetos comprovam como uma ideia inicialmente inofensiva, proteger o indivíduo de suas más experiências, e mesmo que imbuída de motivação aparentemente nobre pode se mostrar, de fato, extremamente imprópria ao se ver as proporções que vai assumindo quando sua operacionalização.

Na justificação, fala-se que a informação é valiosa, mas se mal empregada pode representar um fato de desagregação e mesmo ser semente do discurso do ódio.

Já se leu sobre os absurdos de um estado totalitário comandado por um Grande Irmão e a existência de um Ministério da Verdade. Hoje assiste-se a um movimento pela supressão de informações. A fogueira atual é mais tecnológica, porém não menos perigosa.

3.6. A ponderação em favor de um inexistente direito ao esquecimento e a responsabilidade civil

Os casos, apresentados até o momento, que reconheceram o direito ao esquecimento, tiveram, em suma, dois desfechos: proibição da redivulgação da informação (por exemplo, o caso Lebach, da jurisprudência alemã), portanto, uma censura prévia; condenação ao pagamento de uma indenização em virtude do reconhecimento de um dano moral (por exemplo, o caso da Chacina da Candelária).

A preocupação com a proibição de censura prévia é extremamente salutar e, de fato, é o primeiro alvo dos defensores da liberdade de expressão, mas, como já se disse, a condenação indevida é igualmente preocupante.

O uso inadequado do instituto da responsabilidade civil, embora incidente *a posteriori*, também pode funcionar como censura, mediante a condenação ao pagamento de indenizações indevidamente.

A importância de se analisar a questão sob a ótica da responsabilidade civil está, sem dúvida, na proteção que se deve garantir ao comunicador que exerce regularmente o seu direito de livre expressão e de quem busca a informação relativa ao passado.

Ademais, não há dúvidas que a condenação ao pagamento de uma indenização é matéria de direito civil, especialmente, de responsabilidade civil, questionando-se, de conseguinte, os motivos para não se satisfazer com a sua aplicação nos casos examinados, ainda que suficientes os elementos para que se desse o exame, consoante se demonstrará.

Defende-se que se há o exercício regular de um direito, a expressão, que é exatamente o caso de redivulgação de informações públicas e lícitas, não pode ser atingida pela condenação ao pagamento de uma indenização.

Dessa forma, no momento, o foco do estudo é a responsabilização civil nos casos envolvendo o direito ao esquecimento, acompanhado de indagações de como diante de um cenário de licitude e de prejuízo não ressarcível concluiu-se pela obrigação reparatória, o que demandará o exame do método decisório que vem sendo comumente escolhido, ou seja, da ponderação, ao qual se acredita ser possível atribuir a perigosa variação do que é lícito ou ilícito em uma comunicação.

3.6.1. Responsabilidade civil

A noção de responsabilidade conecta-se, genericamente, a uma ideia de erro, de censura e de reprovação.

Em uma análise jurídica, a atribuição de responsabilidade corresponde a uma resposta estatal, ou seja, a uma sanção que, em um contexto civil, na hipótese de ocorrência de um dano²⁵⁴ não permitido

²⁵⁴Durante o desenvolvimento do presente estudo, utilizar-se-ão como sinônimas as expressões dano e prejuízo. Do mesmo modo, serão aplicadas sem distinção as palavras reparação, ressarcimento, indenização. E quando, durante o presente trabalho, for feita referência à obrigação/dever de reparar, obrigação reparatória,

(ou seja proibido) pelo ordenamento, como regra, corresponderá à imposição de uma obrigação de o reparar.

Responsabilidade civil, portanto, de maneira sintética, é a obrigação de reparar danos provocados em desacordo com o ordenamento jurídico e por ele não autorizados.²⁵⁵ E o objetivo é a restauração dos equilíbrios social, econômico e jurídico rompidos pelo prejuízo.

Essa afirmação, aparentemente singela, na verdade, gera profundas e complexas reflexões, a começar pela própria terminologia “responsabilidade civil”, tendo em vista a concomitante existência de responsabilidade pautada na noção de culpa, denominada responsabilidade civil subjetiva, o que se liga sem maiores dificuldades com a ideia de responsabilidade, mas também com uma espécie de obrigação reparatória em que não caberá investigar qualquer vestígio de culpa, que é a responsabilidade civil objetiva.

José de Aguiar Dias, ao analisar a aplicação da expressão “responsabilidade” para a teoria do risco, afirma ser mais apropriado, nesta situação, a utilização de “reparação do dano”.²⁵⁶

De forma similar, Orlando Gomes (1995, p. 307) assevera que a palavra responsabilidade deveria ser reservada para a conduta praticada com culpa, pois a ideia de responsabilidade tem uma conotação moral que não pode ser destacada da imputabilidade.²⁵⁷

obrigação ressarcitória, obrigação indenizatória, estar-se-á apresentando expressões equivalentes ao instituto da responsabilidade civil.

²⁵⁵ “Para o senso comum, a responsabilidade civil evoca a ideia de um dano e sua reparação, ou ainda a indenização de vítimas. (...) Ela é comumente definida como a obrigação atribuída a um responsável de reparar os danos causados a outrem.”(JOURDAIN, 2010, p. 1).

²⁵⁶ “Filosoficamente, não é possível conceber responsabilidade sem culpa. A obrigação civil decorrente de responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da doutrina da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o ‘nomen juris’, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação do dano.” (AGUIAR DIAS, 2006, p. 17/18).

²⁵⁷ “Por isso, quando o dano à integridade física ou patrimonial de alguém é causado sem culpa do agente, não se pode afirmar que cometeu delito civil. Se, nestes casos, a obrigação de reparar civilmente o dano não tem sua causa geradora no ato ilícito, não se deveria falar em responsabilidade, que é uma

Para Carlos Calvo Costa (2005, p. 50) a expressão responsabilidade civil, tendo em vista a conexão com o conceito de culpa, deve ser substituída por “Direito de danos” ou “reparação de danos”.

Embora se reconheça a celeuma, nesta pesquisa, a terminologia adotada será “responsabilidade civil”, independentemente do fundamento ser a culpa ou o risco.

E as dificuldades se ampliam quando se avalia o que é ressarcível e sob quais condições isto se deve dar, para que, enfim, o patrimônio do responsável pelo dano seja afetado.

3.6.1.1. Breve Histórico

O instituto da responsabilidade civil, por praticamente dois mil anos, esteve atrelado à noção de culpa²⁵⁸ e apenas mais recentemente passou-se a se admitir também fundamento diverso, em especial o risco, para a imposição de uma obrigação indenizatória.

Patrice Jourdain (2010, p. 7) afirma que um histórico da responsabilidade civil pode ser simplificada e dividido em dois períodos: 1) até o século XVIII; 2) séculos XIX e XX. E isto se dá mesmo diante da ressalva de que não havia uma identidade nas sociedades ditas “primitivas”, não sendo possível, deste modo, traçar de forma linear o seu desenvolvimento, bem como da grande probabilidade de elas serem muito mais complexas do que se costuma retratar nos relatos feitos habitualmente.

Do primeiro período (da origem da humanidade até o século XVIII), na divisão proposta por Jourdain (2010, p. 7/9), o autor destaca que, inicialmente, inexistia propriamente responsabilidade civil, sendo a responsabilidade essencialmente penal (no sentido de não ter uma preocupação indenizatória) e religiosa, consistindo as sanções em sacrifícios e penitências. Na ausência de individualização do sujeito,

idéia moral, inseparável da imputabilidade. Contudo, usa-se o vocábulo para significar a obrigação de ressarcimento do dano causado sem culpa, acrescentando-se que é objetiva, para distingui-la da responsabilidade própria, que é necessariamente subjetiva. Na verdade, porém, o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma garantia do que propriamente responsabilidade.” (GOMES, 1995, p. 307).

²⁵⁸ Nem sempre, contudo, culpa tendo o mesmo significado.

vislumbrava-se a vingança coletiva (vendetta)²⁵⁹. Patrice Jourdain refere-se aos momentos da vingança privada, Lei de Talião e composições, como sendo as primeiras manifestações da responsabilidade civil. Assevera que se tratava de reparação do dano somada à punição, assumindo, assim, a forma de uma responsabilidade mista, tendo a responsabilidade civil nascido, portanto, da responsabilidade penal “que por longo tempo a absorveu”. E salienta que a consagração de um princípio geral de responsabilização civil demorou muito tempo para ocorrer, informando que o direito romano não o conheceu, tampouco o antigo direito francês. Ele destaca, então, para fechar este primeiro período, que isto somente veio a ocorrer com a elaboração do *Code Civil* de 1804 (Código Civil francês), em especial, com os artigos 1382 e 1383, inspirados no conhecimento de Domat, que, no século XVII, havia formulado a ideia de *faute* (culpa)²⁶⁰ como condição de existência (*Il n’y a pas de responsabilité sans faute*)²⁶¹.

O segundo período, para Jourdain (2010, p. 9/15), equivalente aos séculos XIX e XX caracteriza-se por uma ampliação da responsabilidade civil, fundada, basicamente, em dois fenômenos: objetivação e coletivização.

²⁵⁹ “Signo de profunda evolução na História humana é o nascimento da ideia de responsabilidade pessoal, assim entendida a que recai sobre o ofensor, sem se estender para seus familiares ou compatriotas. A antiguidade dessa noção não implica seu desprestígio nos tempos modernos. É tamanha a força dessa evolução no Direito que os textos constitucionais, como o brasileiro, insistem em mantê-lo no catálogo dos direitos fundamentais, quando dizem que a pena não passará da pessoa do condenado e que a obrigação de reparar o dano causado limitar-se-á ao patrimônio do réu e, se transferido esse dever aos sucessores, não poderá ultrapassar as forças da herança.” (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 2)

²⁶⁰ Há um rico debate em torno da *faute* e os seus múltiplos significados, consoante será examinado, ainda que brevemente, a seguir. Considerando a forte influência do direito civil francês no direito brasileiro, inclusive no que tange à responsabilidade civil, observa-se que habitualmente *faute* é traduzida como culpa pela doutrina nacional, o que será demonstrado na sequência. De qualquer modo, adiante-se que isto não significa dizer que *faute* e culpa sejam conceitos equivalentes.

²⁶¹ *Il n’y a pas de responsabilité sans faute* (Não há responsabilidade sem culpa). “Em Domat, a *faute* aparece não apenas como um critério da responsabilidade civil, mas sim como uma verdadeira condição de sua existência. Desde então, foi possível enunciar o princípio segundo o qual não há responsabilidade sem *faute*”. (JOURDAIN, 2010, p. 9)

Concorda-se com a divisão dos períodos históricos formulada por Patrice Jourdain.

Da mesma forma que por ele colocado, reconhece-se a complexidade e as dificuldades de se traçar uma linha evolutiva de um instituto diante das diversas configurações sociais na história da humanidade.²⁶²

E em raciocínio similar, num contexto romanístico, também se oferece destaque para as fases de vingança privada²⁶³, Lei de Talião²⁶⁴, das composição voluntária²⁶⁵ e obrigatória²⁶⁶.

²⁶² João CASILLO (1994, p. 30), por exemplo, atesta que o interesse pela indenização dos prejuízos causados à pessoa, inclusive com a fixação do *quantum*, é identificado em um texto datado de, aproximadamente, 2050 a.C., a Táboa de Nippur, também conhecida como Lei de Ur-Nammu, redigida em sumério, do qual foram encontrados apenas trechos incompletos. Wilson MELO DA SILVA (1974, p. 16), por sua vez, dispõe: “É a época, v.g., do Código de Ur-Nammu, recentemente descoberto e revelado ao mundo pelos pacientes trabalhos de um arqueólogo ilustre, S. N. Kramer, e pelo qual se ordenava, por um nariz cortado, um pagamento de 2/3 de *mina* de prata; pela quebra de um osso, u’a *mina* de prata; 10 *siclos* de prata por um aleijão de pé.”

²⁶³ Trecho da obra “Culpa e Risco” de Alvin Lima, citada de forma recorrente pela doutrina brasileira: “A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.” (1999, p. 20)

²⁶⁴ A Lei de Talião tinha o intuito de coibir abusos e proibir a retaliação considerada injustificada. A pena, sob a tutela do Poder Público (LIMA, 1999, p. 20), buscava produzir ao ofensor prejuízo idêntico ao causado ao lesado, correlacionando a reparação, nas palavras de Pontes de Miranda (1966, p. 16), a “mutilações simétricas ao delito”. Desta forma, “o legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito a retaliação.” (PONTES DE MIRANDA, 1966, p. 17). Ainda, o autor Pontes de Miranda (1966, p. 16): “Sem que se revele a atividade de vingança, ¿como se pode dar execução justa à lei de talião? Se o que foi ferido no membro quer usar de represália, inquiri: ¿como se pode equilibrar ofensa e pena? Ai, a primeira dificuldade é inafastável. ¿E como, se o atentado foi imprudentemente feito? Porque, afinal, golpe fortuito e golpe premeditado não caem na mesma similitude taliônica. ¿Como, para se executar a pena de talião, e se vingar de ato imprudente reproduzir o mesmo ato sem a imprudência? Se o ofensor procedeu voluntariamente, como se há de ter pêsso e medida para se saber se a ferida foi mais larga, ou mais funda? Se excede, e do ato de talião resulta outro, ao ridículo junta-se a atrocidade.”

Mas, do Direito Romano, opta-se por destacar a *Lex Aquilia* (286 a. C).

Aliás, acredita-se que a *Lex Aquilia* (286 a. C), o Código Civil francês de 1804 (*Code Civil*) e o processo de modernização social e de industrialização (séculos XIX e XX) compõem os três grandes marcos históricos da responsabilidade civil. Os dois primeiros (*Lex Aquilia* e o *Code Civil*) ligam-se à responsabilidade civil subjetiva e o último à objetiva.

A importância da *Lex Aquilia* está no desenvolvimento dos primeiros traços da estruturação do instituto, principalmente no que concerne ao elemento volitivo culpa para configurar a obrigação reparatória.²⁶⁷

Alvino Lima (1999, p. 22) coloca que o capítulo²⁶⁸ do *damnum injuria datum* “constitui a parte mais importante da lei, porque foi na sua

²⁶⁵ “(...) passou-se à composição voluntária, pela qual o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (*poena*), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”. (LIMA, 1999, p. 20)

²⁶⁶ “A este período [composição voluntária] sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas [451 a 499 a.C], que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória.”(LIMA, 1999, p. 21)

²⁶⁷ É incerto se a culpa encontrava-se, de fato, prevista no texto da lei ou se é resultante de sua interpretação. Alvino Lima (1999, p. 23-24) observa: “Teria a Lei Aquília introduzido a culpa como requisito essencial ao direito de reparação do dano causado? Não faltam sustentadores para ambas as opiniões; no geral, os expositores da matéria incluem o elemento culpa como indispensável, sem o qual não se caracterizaria o delito – *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Assim ensinam Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering, Leonardo Colombo e outros. Outros, porém, sustentam a opinião oposta, declarando que a culpa não era elemento constitutivo do delito da lei Aquília; este elemento teria sido introduzido, pouco a pouco, por força de interpretação, à vista das necessidades sociais.”. (MELO DA SILVA, 1974, p. 19).

²⁶⁸ José de Aguiar Dias (2006, p. 28) esclarece: “O conteúdo da Lei Aquília se distribuía por três capítulos. O primeiro tratava da morte a escravos ou animais, das espécies dos que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante. [...] O terceiro e último capítulo da Lei Aquília ocupava-se do *damnum injuria datum*, que tinha

aplicação, cada vez mais extensiva, que os juriconsultos do período clássico, assim como os pretores, construíram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual.”

Adverte-se, contudo, conforme inclusive já se registrou acima com os ensinamentos de Patrice Jourdain (2010, p. 8/9) que o Direito romano não chegou a desenvolver um tratamento diferenciado para a indenização e para a pena, bem como, não formulou uma cláusula geral de responsabilidade civil.

É o que também coloca Fernando Noronha (1999, p. 33), o qual enfatiza que “no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas.”

Igualmente, afirma Hans Hattenhauer (1987, p. 96/97) que os romanos não demonstraram interesse na separação entre indenização por danos e pena, mas a culpa foi colocada como a razão jurídica para a responsabilidade.²⁶⁹

Na mesma linha, Geneviève Viney (1995, p. 7) assevera ser certo “que o direito romano jamais distinguiu completamente a pena da reparação (e por consequência a responsabilidade civil da responsabilidade penal)”, que “somente existiu em Roma ‘*délits spéciaux*’”, tendo o direito romano sido “fiel ao método casuístico” (p. 9).

Eis a razão, ainda que se reconheça o salto histórico, de se indicar, como o segundo momento de destaque da evolução da responsabilidade civil, o Código Civil francês de 1804 (*Code Civil*) que, especialmente, em seu art. 1382, apresenta uma cláusula aberta de responsabilidade civil, através da qual, como salientado, foi elaborado um formato em que não mais se fazia necessária a previsão de situações específicas possíveis de serem indenizadas. E por esta razão que também

alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas.

²⁶⁹ O autor (HATTENHAUER, 1987, p. 96/97) faz uma interessante comparação entre os romanos, que individualizaram a responsabilidade, e os germanos que se concentravam na busca do restabelecimento da ordem jurídica alterada, através de um processo mágico envolvendo sacrifícios e penitências. O interesse não se concentrava no autor do dano e na sua culpa, pois a preocupação era o de afugentar o mal, para que se desse o restabelecimento da paz jurídica e a recomposição (*componere*) das relações alteradas. Esta forma de lidar com o dano, mediante o sistema penitencial, vigorou na Alta Idade Média e foi ainda praticado de forma isolada na Idade Moderna.

se evidencia a ruptura entre a responsabilidade civil e penal, já que com a formulação genérica, inevitavelmente, a necessidade de configuração da tipicidade da conduta foi afetada, algo imprescindível para a configuração de um crime.

Se, por um lado, a existência de um princípio geral de responsabilização civil e a consequente separação entre o ilícito civil e o penal é uma importante diferenciação entre a sistemática do *Code Civil* e a do direito romano, de outro, há uma linha que aproxima estes dois momentos, não obstante os quase 2000 anos que os separam, que é justamente a já apontada ideia de culpa.

Embora a palavra “culpa” seja utilizada para se referir tanto ao direito romano quanto ao código civil francês, deve-se salientar que a ideia de culpa do século XIX, ainda que com inspiração romana, foi fortemente afetada pelas concepções de uma moral cristã.

Segundo Viney (1995, p. 11), deve ser destacada a associação entre o cristianismo e a cultura greco-latina, o que é observado a partir do início da Idade Média e foi ampliando-se progressivamente na área jurídica, especialmente no que tange à questão de sanções e reparação de delitos. Os canonistas, como São Tomás, tiveram papel fundamental e valeram-se dos princípios do evangelho para oferecer uma nova visão para o direito romano, redescoberto pelos estudantes das universidades após um esquecimento de muitos séculos²⁷⁰. Este processo influenciou todos os países da Europa ocidental, particularmente, a França. Para a

²⁷⁰ Interessante relembrar, com os ensinamentos de Norberto BOBBIO (2006, p. 30) na sua obra “O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do Direito”, que o *Corpus Juris Civilis*, a compilação de Justiniano (século VI), é um grande precedente do processo de monopolização da produção jurídica, a qual, posteriormente, foi efetuada pelos Estados modernos. O autor esclarece: “O direito romano era tipicamente um direito de formação ‘social’, constituindo-se gradualmente através de um desenvolvimento secular segundo os *mores*, a jurisdição pretoriana (cujos resultados foram consagrados no *Edictum perpetuum*) e sobretudo segundo a elaboração dos jurisperitos. Todo este complexo de normas foi recolhido, por iniciativa de Justiniano, no *Corpus juris civilis*, de modo que tais normas perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe (...).” Ademais, cabe resgatar, com base no mesmo autor (BOBBIO, 2006, p. 30) que a importância do *Corpus Juris Civilis* também está na viabilização do estudo do direito romano até a atualidade, pois após um período de esquecimento durante a alta Idade Média, teve a sua retomada, especialmente, pelo surgimento das universidades, com destaque para a Escola Jurídica de Bolonha.

autora, o melhor exemplo para esta fusão operada no âmbito da responsabilidade civil é justamente a obra de Jean Domat, acima citado (*Il n'y a pas de responsabilité sans faute* - Não há responsabilidade sem culpa).

Nas palavras da autora (VINEY, 1995, p. 12), “foi então de uma simbiose entre as soluções romanas e os grandes princípios da moral cristã que nasceu a concepção moderna da responsabilidade finalmente consagrada no Código de 1804.”

Patrice Jourdain (2010, p. 8/9), da mesma maneira, ressalta a influência do direito canônico, tendo sido a *faute* (culpa) colocada em primeiro plano e considerada como instrumento de moralização e fundamento para indenizar as vítimas²⁷¹.

Da doutrina nacional, a conexão entre a doutrina cristã da culpa (pecado) e o perdão (penitência/punição), é evidenciada por José de Aguiar Dias (2006, p.134), para quem “*a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado de graça, que na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado.*”

E o Código Civil francês, reflexo dos ideais iluministas²⁷², individualistas e liberais^{273 274}, assimilou e consagrou, portanto, a noção

²⁷¹ “O Código Civil consagrará a *faute* como fundamento privilegiado da responsabilidade civil. A filosofia liberal e o humanismo presente à época conduziram naturalmente a conceder ao valor moral da culpa um papel preeminente até que limitou a responsabilidade somente aos atos culposos. A espiritualização da responsabilidade civil estava no seu apogeu.” (JOURDAIN, 2010, p. 9)

²⁷² Norberto Bobbio (2006, p. 63) ensina que: “Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a ideia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa Continental.”

²⁷³ “O conceito da culpa dentro dos limites estreitos da concepção clássica, exigindo a imputabilidade moral e só admitindo a culpa quando haja a prova de imprudência, de imperícia ou de negligência, cujo resultado podia ser previsto, ao menos implicitamente, é, como diz DE PAGE, o individualismo de bom quilate, o liberalismo integral.” (LIMA, 1999, p. 70)

de culpa inserida no contexto da *faute*.

Durante grande período, então, predominou o entendimento de que a teoria da culpa era suficiente para regular, de forma adequada, a reparação de danos e, portanto, para atender às finalidades do instituto da responsabilidade civil.

Contudo, o cenário modifica-se e chega-se, então, ao terceiro marco histórico proposto, que corresponde às modificações sociais havidas em decorrência da industrialização e da massificação urbana, iniciada em fins do século XVIII e acentuada nos séculos XIX e XX. Com ele, verifica-se um novo processo na ocorrência de danos: acidentes anônimos, eis que ligados aos maquinários que caracterizam esta fase²⁷⁵, em especial os acidentes de trabalho, acarretando, muitas vezes, a impossibilidade de se individualizar o causador no formato clássico, ou seja, de se identificar qual o culpado pela ofensa, seja pelo distanciamento entre os sujeitos, por exemplo, na relação de trabalho, seja pela difícil assimilação da ideia de se ligar alguém à ocorrência de um dano provocado, diretamente, por uma máquina; ampliação dos prejuízos que em virtude de uma reestruturação social, repleta de novidades que, simultaneamente, expunha mais as pessoas a inéditos perigos, potencializados pelo significativo aumento da população das cidades.²⁷⁶

²⁷⁴ Hans Hattenhauer (1987, p. 102/103) propõe que esta concepção, o liberalismo, foi determinante inclusive para a separação entre direito civil e direito penal, haja vista a importância de se distinguir o direito público do direito privado e assegurar a autonomia da sociedade burguesa perante o Estado quando foi extraída a ideia de punição da indenização.

²⁷⁵ Destaque para as obras de Raymond Saleilles, "*Les accidents du travail et la responsabilité civile*" e de Louis Josserand "*La responsabilité de fait des choses inanimées*", ambas de 1897, tendo sido publicada primeiro a de Saleilles.

²⁷⁶ "O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o

A noção de culpa atrelada à uma moral individual ligada a valores religiosos torna-se, então, insuficiente para atender a nova demanda de danos. Ainda que se fale em termos civis, a preocupação de se impor uma sanção ao comportamento culposo não mais atendia ao intento de tutelar as vítimas de ofensas, cada vez mais diversificadas. Exigir do ofendido a difícil ou mesmo impossível tarefa de provar a culpa do lesante, nos moldes então consagrados, significaria, por certo, restringir o ressarcimento a raras situações. Ainda, o próprio comportamento da vítima modificou-se e o dano como fatalidade, que deveria ser suportado quando não evidenciada a culpa, passou a ser questionado.²⁷⁷

A exclusividade da culpa, em um contexto ligado à moral, como fundamento para a responsabilidade civil inicia, assim, um processo de flexibilização e novas formulações teóricas surgem para atender a este novo cenário, com destaque para a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco.²⁷⁸

Se anteriormente era inconcebível responsabilizar alguém que não tivesse agido com culpa, a responsabilidade civil objetiva apontou para a inadmissibilidade da não reparação do prejuízo sofrido pelo lesado exposto ao perigo. Retirou-se o foco da avaliação da intenção do

grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência humana repudiavam.”(LIMA, 1999, p. 113-114)

²⁷⁷ Patrice Jourdain (2010, p. 10/11) esquematiza as causas para a evolução objetiva: 1) transformação radical da sociedade durante o século XIX em virtude da revolução industrial e da mecanização das atividades humanas, provocando uma agravação dos danos, o que foi potencializado no século XX, implicando a produção de prejuízos seriados ou de massa; 2) Ao mesmo tempo em que cresciam as atividades perigosas, o homem passou a aceitar menos os golpes do destino, e com a valorização de pessoa humana, foram feitas maiores exigências ao Estado-providência e a reparação do dano torna-se um direito; 3) A partir de 1870, a doutrina passa a defender a substituição da culpa pela ideia de risco, concentrando-se o objeto da responsabilidade civil na reparação do dano e não mais no comportamento do sujeito.

²⁷⁸ “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena.” (LIMA, 1999, p. 115-116)

agente. Da estrita preocupação com o elemento anímico passou-se a atribuir maior importância para a tarefa de se indenizar a vítima.

Interessante também apresentar a observação feita por Alvino Lima (1999, p. 198 e 329) de que a teoria do risco também estaria fundada em princípios de ordem moral, não, por certo, em um aspecto individual e subjetivo, mas em uma visão de um sistema solidarista, cujo propósito é o de amparar a vítima diante a multiplicidade de acidentes.

Todavia, em um primeiro momento, a coexistência da culpa e do risco, respectivamente, portanto, da responsabilidade civil subjetiva e objetiva não foi acolhida de forma unânime. Esta movimentação doutrinária e jurisprudencial redundará, inclusive, na própria modificação do conceito de culpa, abalando o equilíbrio de um sistema que se assegurava em concepções morais.

A responsabilidade civil no Direito brasileiro também convive historicamente com as ideias de culpa e de risco.

Sendo assim, destaca-se, inicialmente, que a 17 de dezembro de 1912, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 2.681, referente à responsabilidade civil das estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros (artigo 17²⁷⁹), que se mostrou extremamente avançado para esta época, já que conectado à teoria do risco, não obstante tenha preferido falar presunção de culpa das ferrovias²⁸⁰. Entretanto, enquanto em 1912 teve-se um decreto legislativo de forte inclinação para a teoria do risco, o Código Civil de 1916 acolheu a teoria da culpa em seu artigo 159²⁸¹, estabelecendo-a como princípio geral para as indenizações, sem

²⁷⁹ Decreto Legislativo nº 2.681, de 17/12/1912, artigo 17: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: caso fortuito ou força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”

²⁸⁰ O texto consagra, na verdade, uma presunção absoluta de culpa, pois as hipóteses de defesa são excludentes de causalidade, o que produz os mesmos efeitos de uma responsabilidade objetiva. Acredita-se que a opção por se valer de uma expressão ligada à culpa e não indicar de forma direta a teoria do risco deve-se pela difícil e resistida convivência entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, pois como já apresentado os defensores mais apegados à ideia de culpa não concebiam a possibilidade de obrigação indenizatória sem que este elemento subjetivo da vontade não estivesse presente.

²⁸¹ CC de 1916, artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da

fazer qualquer referência à teoria do risco. Ainda assim, há artigos que acabaram sendo interpretados sob o ângulo de uma responsabilidade civil sem culpa, como é caso dos arts. 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528 e 1.529.

Se o Código Civil de 1916 não fez referência expressa à responsabilidade civil objetiva, durante o período que corresponde a sua vigência, o legislador atuou de forma específica e normas esparsas a consagraram. Com destaque, então, para o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Ademais, o próprio texto constitucional estabeleceu a responsabilidade civil objetiva, como no caso de responsabilidade civil do Estado.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186²⁸², manteve a doutrina subjetiva como fundamento principal da responsabilidade civil. Inovou, entretanto, ao apresentar um princípio geral para a responsabilidade objetiva (artigo 927, parágrafo único²⁸³), além de aumentar o número das situações reguladas pela teoria do risco.

A análise dos artigos 159 do Código Civil de 1916 e 186 e 927 do Código Civil de 2002 será retomada a seguir.

3.6.1.2. Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Ao se apresentar o breve histórico acima fez-se referência às noções de culpa e de risco, das quais se deduz a compreensão acerca da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Para um maior esclarecimento, no entanto, formula-se um conceito para as referidas espécies de responsabilidade.

Responsabilidade civil subjetiva é a obrigação de reparar danos não permitidos pelo ordenamento e causados mediante uma conduta

responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

²⁸² CC de 2002, artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

²⁸³ CC de 2002, artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos, de outrem.”

ilícita e, portanto, culposa. O agente não será responsabilizado se não for comprovada que a sua atuação foi ilícita ou se ausentes os demais pressupostos para a atribuição de obrigação indenizatória.

Responsabilidade civil objetiva é a obrigação de reparar danos não permitidos pelo ordenamento e causados independentemente de culpa, ou seja, ainda que decorrentes de uma conduta ou atividade lícita, pois o que fundamenta a responsabilização pelo prejuízo é a noção de risco. Nesta hipótese, os danos provenientes devem ser suportados por aquele que os gerou e não por quem os sofreu, ou seja, o criador do risco é quem deve arcar com as consequências lesivas. Deste modo, a responsabilidade objetiva prescinde da análise da culpa, sendo, pois, suficiente que se observe um nexo de causalidade entre a atividade criadora do risco e o dano, sem que seja necessário investigar se o agente praticou um ato ilícito. O ofensor, acusado de um dano em uma hipótese de responsabilidade objetiva, não poderá alegar ter agido sem culpa e que, portanto, tomou todos os cuidados devidos, consistindo a sua defesa na prova de inexistência de dano indenizável ou de ausência do nexo de causalidade.

A apresentação destes conceitos remete para outros elementos-chaves da responsabilidade civil, analisados na sequência.

3.6.1.3. *Faute*, antijuridicidade, ilicitude e culpa

Já se falou da importância histórica do Código Civil francês de 1804 (*Code Civil*) para a consolidação da responsabilidade civil.

Aliás, não apenas para a responsabilidade civil, pois como ensina Norberto BOBBIO (2006, p. 63) o Código de Napoleão foi “um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”.

O Brasil, assim como outros países, inspirou-se no *Code Civil*, tendo, como visto, colocado a culpa (e a ilicitude) como elemento central do sistema indenizatório.

Embora não se desconheça o rico e complexo debate em torno da *faute* e os diferentes significados a ela atribuídos^{284 285}, consoante se

²⁸⁴ O presente estudo, porém, não comporta uma análise pormenorizada desta complexa questão.

²⁸⁵ Adelaide Menezes Leitão (2009, p. 52) assinala: “O modelo napoleônico assenta na *faute*, que a doutrina francesa faz corresponder a diferentes realidades. À culpa, à ilicitude, à ilicitude e culpa e, porventura, a aspectos

pode observar do apresentado até o momento, bem como do estudo da doutrina civil brasileira, em especial a contemporânea à vigência do Código Civil de 1916, é possível afirmar que *faute* foi traduzida para o português como culpa.²⁸⁶

Antonio Junqueira de AZEVEDO (1994, p. 193), por exemplo, referindo-se à norma de 1916, assevera que “a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro é totalmente derivada do Código de Napoleão”. Sylvio CAPANEMA DE SOUZA (2004, p. 47), por sua vez, afirma que “O artigo 159 do nosso Código anterior se abeberou no modelo napoleônico, prevalecendo a teoria subjetiva da culpa provada, para aferir a responsabilidade civil extracontratual.” Ambos traduzem *faute* como culpa.

José de AGUIAR DIAS (2006, p. 30) coloca que o Código de Napoleão apoiou-se nas lições de Domat e Pothier para os seus arts. 1.382 e 1.383, fundando-se a responsabilidade civil na culpa, tendo esta definição partido para a legislação de todo mundo. Porém, o autor (2006, p. 151) alerta para a incerteza (diz, ele talvez providencial) do direito francês, o que fomentou importante literatura sobre o tema, atestando que o legislador brasileiro optou pela noção do ato ilícito e não pela *faute*, fonte de grandes controvérsias.

Alvino Lima (1999, p. 557) apresenta que o Código Civil francês, cuja influência é identificada em distintos países (Canadá, Japão, Irlanda, Suíça, Argentina, México, Holanda, por exemplo), “proclamou,

relacionados com o nexos de causalidade. Esta indefinição conceptual é posteriormente exportada para os Códigos Civis de modelo napoleônico nos quais se assiste à alternativa entre uma referência expressa à culpa ou à ilicitude na formulação das grandes cláusulas gerais de responsabilidade delitual. Para os que fundem a ilicitude e a culpa na *faute*, esta corresponderia ao incumprimento de um dever, que a gente pode conhecer e observar, e comporta um elemento objectivo – o dever violado – e um elemento subjetivo – a imputabilidade ao agente.”

²⁸⁶ A palavra “faute” em si remete a uma ideia de culpa. É suficiente uma consulta a um dicionário francês para que se chegue a esta conclusão. “Faute - 1. Manquement à la règle morale, au devoir; mauvaise action. 2. Manquement à une règle, à un principe (dans une discipline intellectuelle, un art). – erreur. 3. Manière d’agir maladroite, fâcheuse, imprudente. 4. Responsabilité d’une action. C’est sa faute, c’est bien sa faute s’il lui est arrivé malheur. C’est la faute de son frère. Tout est de ma faute. » (Le Robert – Micro - dictionnaire de la langue française). A dificuldade está justamente em transpor esta amplitude da definição para um conceito jurídico, em especial, a partir do momento em que se pretende superar os aspectos morais.

no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada.”²⁸⁷

Enfim, o que se pretende registrar é que, para fins de tradução, a doutrina brasileira, regra geral, fez a equivalência entre *faute* e culpa, mas, apesar disto, não é possível dizer que *faute* e culpa signifiquem a mesma coisa. Acredita-se que “*faute*” está mais próxima da noção de ilicitude (que, como se verá, aqui entendida como a reunião entre antijuridicidade e culpa) do que propriamente de culpa.

Esse portanto o motivo para um detalhamento sobre a *faute*, pois se entende que ele contribui para a melhor compreensão das ideias de antijuridicidade, ilicitude e culpa no direito brasileiro.

Inicialmente, cabe, então, destacar os artigos 1.382 e 1.383²⁸⁸:

Article 1.382: Tout **fait** quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la **faute** duquel il est arrivé, à le réparer. (grifou-se)

Article 1.383: Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son **fait**,

²⁸⁷ Na obra de Alvinio Lima, em outros momentos, é possível identificar a relação feita entre *faute* e culpa, ainda que ele aprofunde a análise do que se deve entender por culpa. Como forma de ilustrar, destaca-se que: “O Código Civil francês seguiu a tradição de seu antigo direito: proclamava a responsabilidade sob o fundamento da culpa e talhava, assim, no art. 1.382 de seu grande Código Civil, a pedra angular de toda a legislação sobre a responsabilidade decorrente do ato lesivo” (1999, p. 41); “A teoria clássica da responsabilidade extracontratual, sob o fundamento da culpa, provinda do direito romano clássico, como visto, consagrada por Domat e Pothier, inspiradores do legislador francês de 1804, encontrou no art. 1.382 do CC francês “a grande lei da sociabilidade humana”, como disse Demolombe, a sua forma generalizadora, servindo de padrão às legislações modernas.” (1999, p.43); “Para certos doutrinadores, a culpa não exprime senão o próprio fato, o laço de causalidade indispensável entre o fato e o dano. É a doutrina sustentada por Saleilles e por aqueles que, interpretando os dispositivos dos arts. 1382 e 1.383 do CC francês, vêem, nos mesmos dois sistemas diversos. (...) Mas, na verdade, os que negam a existência da culpa, para que surja a responsabilidade, julgando como necessário apenas o laço de causalidade entre o fato e o dano, não nos oferecem um conceito de culpa, no sentido empregado pela teoria subjetiva da responsabilidade; sustentam apenas a teoria da responsabilidade objetiva, que estudaremos no capítulo seguinte.” (1999, p. 45)

²⁸⁸ A redação destes artigos mantém-se desde a origem do Code Civil (Lei 1804-02-09, promulgada em 19/02/1804). Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>.

mais encore par sa négligence ou par son imprudence. (grifou-se)

Estes dispositivos podem ser assim traduzidos:

Artigo 1382. Qualquer **fato** do homem, que cause um dano a outrem, obriga-o pela **faute**²⁸⁹ pela qual ele ocorreu, a repará-lo.

Artigo 1.383. Cada um é responsável pelo dano que causou não apenas pelo **fato**, mas também por sua negligência ou sua imprudência.

O primeiro e fundamental aspecto a ser salientado é a generalidade do art. 1382 do sistema francês. Estabelece-se uma relação entre *fait de l'homme* (fato do homem), *faute*²⁹⁰ e *dommage* (dano), inexistindo, porém, uma definição de *faute*, tampouco uma indicação específica de quais violações de direitos (decorrentes da conduta) e direitos lesados (dano) dariam origem à obrigação de indenizar.²⁹¹

²⁸⁹ A não tradução aqui é proposital.

²⁹⁰ A não tradução aqui é proposital.

²⁹¹ Em contraposição ao sistema francês, destaca-se o sistema fechado da responsabilidade civil do direito alemão. Como explica Jan Peter Schmidt (2011, p. 732), o BGB não possui um cláusula geral para a responsabilidade civil por ato ilícito: “Os ‘pais’ do BGB decidiram, conscientemente, pela ausência de um dispositivo desse tipo e optaram por um modelo casuístico, porque acharam que uma cláusula geral somente dissimularia os problemas mais difíceis no estabelecimento dos limites da responsabilidade e, por conseguinte, complicaria demasiadamente a tarefa do juiz. Assim, o dispositivo básico no âmbito da responsabilidade civil por ato ilícito (§ 823, I, BGB) não requer apenas a ocorrência de algum dano, mas também a violação de bens jurídicos determinados, na doutrina também chamados de ‘bens jurídicos absolutos’ (absolute Rechtsgüter). Esses bens jurídicos que gozam de proteção pelo § 823, I, BGB são a propriedade, a integridade física, a liberdade pessoal e ‘demais bens jurídicos’ (sonstige Rechte). Este último conceito jurídico indeterminado teoricamente poderia ser interpretado como um mecanismo de abertura do § 823, I, BGB, para transformá-lo em verdadeira cláusula geral, mas essa não foi a intenção do legislador alemão. Por isso, a jurisprudência alemã sempre interpretou o conceito dos ‘demais bens jurídicos’ de forma restrita. A sua aplicação mais importante teve lugar no campo dos direitos da personalidade. O que é interessante para o tema desta contribuição é o fato de o patrimônio em si mesmo nunca ter sido reconhecido como bem jurídico tutelado pelo § 823, I, BGB. Em consequência, salvo hipóteses específicas, no regime da responsabilidade extracontratual não se indenizam danos de caráter patrimonial (reine Vermögensschäden).”

Patrice Jourdain (2010, p. 45), no entanto, afirma que pela leitura do art. 1382 do *Code Civil* já é possível depreender que somente um fato não será suficiente para a obrigação de reparação, devendo restar caracterizada a *faute*²⁹².

Sem uma definição legal de *faute*, a doutrina lançou-se em tal tarefa.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain (2006, p. 366/369) apresentam como elementos clássicos da *faute* a ilicitude (*illicéité*) e a imputabilidade (*imputabilité*).

Jourdain (2010, p. 45) aponta o conceito de Planiol, “a *faute* é a violação de uma obrigação preexistente”, como sendo o mais conhecido, e faz um reparo, dizendo que obrigação deve ser entendida no sentido de dever e não de obrigação²⁹³, o que transfere a dificuldade para o exame de quais são estes deveres.

No que concerne a uma *faute délictuelle* (extracontratual), Patrice JOURDAIN (2010, p. 46/51) afirma que o dever extracontratual preexistente (que violado dá origem a *illicéité*) divide-se em um dever determinado e especificado pela norma ou em um dever geral de conduta indeterminado em seu conteúdo.

Para o primeiro caso, ou seja, na hipótese de dever determinado e especificado, Jourdain (2010, p. 46/51) indica a existência de leis que impõem aos cidadãos um comportamento específico, fazendo com que o dever tenha uma determinação do seu conteúdo. Como exemplo cita as regras de trânsito, as profissionais e regulamentações variadas (construção, urbanismo, meio ambiente, higiene, atividades esportivas etc). Do mesmo modo, para o autor, há violação do dever quanto atingido o direito subjetivo de outrem (por exemplo, de propriedade e mesmo os direitos da personalidade). Nestas duas hipóteses, a violação dos deveres gera uma presunção de *faute*, que poderá, no entanto, ser afastada em razão de o cumprimento do dever não ser possível (*à l'impossible nul n'est tenu*) ou em virtude de uma circunstância positiva que afasta o dever e justifica o comportamento.

A hipótese de *faute* como uma transgressão de um dever geral de conduta reflete a impossibilidade de se enumerar todos os deveres²⁹⁴.

²⁹² “La faute humaine est donc le fait generateur de la responsabilité du fait personnel” (JOURDAIN, 2010, p. 45)

²⁹³ “Aussi, en corrigeant un peu la formule de Planiol, peut-on définir la faute comme la transgression d’un devoir préexistant.” (JOURDAIN, 2010, p. 46)

²⁹⁴ “Il y aurait autant de vanité de la part du législateur que d’illusion pour la doctrine ou la jurisprudence, à vouloir définir précisément tous les devoirs. Le

Patrice Jourdain trata, então, de um dever geral de precaução, uma norma de comportamento (*norme de civilité*), através do qual se exige que sejam tomados os cuidados necessários para a prática da ação ou da atividade²⁹⁵. Neste ponto, o autor refere-se ao art. 1383 e a existência de uma *faute* baseada em imprudência ou negligência. E é sob este ângulo que se observa o embate entre a concepção de culpa moral e o processo de objetivação da própria culpa, que busca um modelo, um parâmetro de um homem razoável, em um resgate do *bonus pater familias* do direito romano.²⁹⁶

Para Jourdain (2010, p. 49), exige-se objetividade na apreciação das condutas humanas. A sociedade deve julgar os atos e não os homens²⁹⁷.

Na apreciação da *faute* por meio de um padrão médio de conduta, Jourdain (2010, p. 48/49) afirma que o magistrado deve levar em conta uma série de circunstâncias concretas relacionadas a conduta lesiva, especialmente, as circunstâncias externas ao agente, como tempo, lugar, natureza da atividade. Algumas características internas, segundo o autor, também devem ser consideradas, como as de ordem material, física ou econômica, como idade, estado de saúde e aptidões físicas. Entretanto, todas as circunstâncias internas de natureza intelectual ou psicológica, como inteligência, grau de instrução, vontade ligada à prática do ato devem ser descartadas. Se tais aspectos fossem considerados, grande parte dos comportamentos lesivos seriam justificados e a vítima acabaria suportando as consequências das inaptidões de seu ofensor. E conclui que somente as características individuais atributivas de uma

droit s'épuiserait rapidement dans cette tâche impossible en raison de l'extrême diversité des situations et des formidables ressources de l'imagination humaine" (JOURDAIN, 2010, p. 47)

²⁹⁵ Carlos A. Calvo da Costa (2005, p. 491) ao tratar da antijuridicidade dispõe: "Concebida de tal modo, a antijuridicidade se configura diante da violação do *alterum non laedere* – que impede e condena toda conduta contrária ao valor que protege: não causar danos -, sem que exista causa de justificação alguma. Ao se negar isto, corre-se o risco de que se adquira relevância a regra que determina que 'é lícito causar danos a não ser que uma norma proíba expressamente este dano.'"

²⁹⁶ "Le juge sera ainsi amené à construire un modèle de référence plus ou moins abstrait: le modèle de l'homme raisonnable, du 'bon père de famille' – le *bonus pater familias* du droit romain (...). La *faute* s'évincera de la comparaison de la conduite effective de l'agent avec celle que lui imposait la norme de comportement." (2010, p. 48)

²⁹⁷ "La société juge les actes non les hommes" (JOURDAIN, 2010, p. 49)

superioridade individual, como competência profissional e conhecimentos especiais, desde que objetiváveis, devem ser levados em conta para concluir-se pela *faute*.²⁹⁸

E Geneviève Viney e Patrice Jourdain (2006, p. 366/369) defendem que a imputabilidade, como atitude psicológica do agente para a prática do ato e para assumir as suas consequências deve deixar de compor o conceito de *faute* (JOURDAIN, 2010, p. 72), justamente para que se possa considerar como autores de ato *faulif* o deficiente mental, as crianças e as pessoas jurídicas.

Antes de se analisar o art. 159 do Código Civil de 1916, imprescindível apontar os conceitos chaves do estudo que seguirá.

Desse modo, cabe diferenciar e interligar antijuridicidade, ilicitude e culpa, que são pressupostos da responsabilidade civil subjetiva (a antijuridicidade também presente na objetiva) vinculados à conduta do agente.

Antijuridicidade corresponde à violação ao ordenamento jurídico. Ilicitude é a contrariedade ao direito acompanhada de culpa. E culpa é a censurabilidade atribuída à conduta.

Para Noronha (2003, p. 366), “há antijuridicidade quando um ato ou fato se coloca em contradição com o ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.”

Alvino Lima esclarece que “não é a culpa a causa geradora da obrigação de ressarcir, mas o ato ilícito, que é constituído de vários elementos, entre os quais a culpa” (1999, p. 54) e que a culpa, “como elemento do ato ilícito, não se pode confundir com a violação do direito de outrem, nem com o dano”. (LIMA, 1999, p. 55)

Na mesma linha, Pontes de Miranda (1966, p. 48):

A contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito *mais* culpa *igual* a ilícito.

A culpa, em seu sentido amplo, inclui a intenção de causar o dano (dolo) e atuação negligente, imprudente e imperita (culpa em sentido estrito).

Este juízo de censurabilidade, recorde-se, no período pós-codificação apresentou-se inicialmente como um exame da moralidade do ato, especialmente, a partir de uma concepção religiosa (culpa como

²⁹⁸ “Ainsi, par exemple, sera-t-on souvent plus sévère avec un professionnel qu’avec un profane”. (JOURDAIN, 2010, p. 49)

pecado jurídico), sendo seguido por uma objetivação atrelada ao padrão médio de comportamento.

Retoma-se a análise do art. 159 do CC de 1916:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Deste artigo, destaca-se, inicialmente, a expressão “*ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência*”, que pode ser vista sob dois aspectos. Para doutrinadores, como Antônio Lindbergh C. Montenegro²⁹⁹ e José de Aguiar Dias³⁰⁰, a ação ou omissão voluntária corresponderia ao dolo, enquanto negligência ou imprudência remeteriam à culpa em sentido estrito. Já para Caio Mário da Silva Pereira³⁰¹ não se deve confundir voluntariedade com dolo, visto que aquela indica a liberdade do ato. E há, ainda, a posição de Alvinho Lima³⁰² que distingue a voluntariedade como condição para o ato (liberdade na sua prática) e quanto às consequências obtidas.

²⁹⁹ Antônio Lindbergh C. Montenegro (1984, p. 33) afirma: “A primeira parte da transcrita norma jurídica ‘ação ou omissão voluntária’ denuncia a presença do dolo, ao passo que a culpa propriamente dita, a culpa *stricto sensu* é representada pela negligência e imprudência.”

³⁰⁰ José de Aguiar Dias (2006, p. 151/152): “Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem, embora se vislumbrem, no texto citado dispositivo, as duas espécies: dolo (ação ou omissão voluntária) e culpa (negligência ou imprudência).”

³⁰¹ Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 70): “A conduta contraveniente pode em termos genéricos, ser voluntária ou involuntária. Cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade.”

³⁰² Alvinho Lima (1999, p. 66-67): “A voluntariedade do ilícito na ação pode ser *in re* ou *in causa*; o primeiro caso se verifica quando o agente quer o resultado do seu ato. Ninguém diria que o louco praticaria o ato doloso desejando obter resultado de um ato consciente. Na voluntariedade *in causa* o agente não quer as conseqüências do seu ato, mas podia ou devia prevêê-las; no primeiro caso há o dolo, no segundo a culpa, que é defeito de diligência. A voluntariedade é, pois, e sempre, condição do ato; voluntariedade quanto às

Há um ponto do artigo que deve ser criticado, já que dispõe “*violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano*”, uma vez que deveria ter sido registrado que a obrigação reparatória deve ser atribuída a quem violar o direito, referindo-se, portanto, ao pressuposto antijuridicidade, e causar prejuízo a *outrem*, pois a responsabilidade civil não se configura na ausência de dano.

É inegável, portanto, a existência de uma cláusula geral de responsabilidade civil baseada na culpa no Código Civil de 1916, fortemente inspirada pelo art. 1.382 do Code Civil, ainda que *faute* não se identifique integralmente com a culpa.

O art. 159 faz referência expressa à violação de direito e à culpa, que, no art. 1382 do Code Civil, foram reunidas sob o que se acredita ser o conceito de *faute*.

Saliente-se que, ainda que em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que o art. 1382 não prescreve de forma expressa a exigência isolada da conduta violadora de direito (antijuridicidade) o que daria a ela a condição de sistema ainda mais aberto do que a cláusula geral do código civil brasileiro de 1916, viu-se que o conceito de *faute* liga-se à violação de um dever. A diferença está no fato, como igualmente se observou, de que quando se trata de uma violação de um dever especificado na lei ou de um direito subjetivo de outrem o juízo de censurabilidade já estaria configurado, significando a *faute*, então, a união da idéia do que se entende como antijuridicidade e culpa e, portanto, de ilicitude. Na impossibilidade de se descrever todos os direitos, invoca-se um dever geral de conduta que seria examinado a partir de um padrão médio de comportamento a fim de caracterizar a imprudência e negligência do art. 1383, mas isto não significa que não haveria violação de um direito.

O art. 159 do CC de 1916 fala expressamente em “violar direito” em razão de uma “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, ou seja, antijuridicidade e culpa, respectivamente. Mas, do mesmo modo, deve-se reconhecer a impossibilidade de se prever legislativamente todas as situações caracterizadoras de uma conduta ilícita.

A ocorrência de um dano permite visualizar mais facilmente a existência de um ilícito, mas não é necessária a existência de um prejuízo para que este se caracterize. Basta imaginar, um veículo que atravessa o sinal vermelho, mas não causa dano específico. Há o ato

conseqüências obtidas, no primeiro caso; voluntariedade quanto ao ato em si mesmo, causador do dano, previsto ou previsível no segundo caso.”

ilícito, mas não obrigação de indenizar. A regra relativa à proibição de não avançar o sinal vermelho está prevista no Código de Trânsito Brasileiro, o que leva a concluir acerca da antijuridicidade. Porém, por exemplo, não há norma escrita proibindo alguém de correr, em uma calçada de grande circulação de pessoas, com uma venda nos olhos, apesar de inexistirem dúvidas sobre a prática de um ilícito, diante da discrepância em relação ao padrão médio de conduta, caracterizando-se a imprudência do comportamento. E, na hipótese, de ser provocado um dano a um outro pedestre, atingindo direito deste, inegável a obrigação indenizatória.

Acrescenta-se, ainda, que é salutar a contribuição de Patrice Jourdain, aplicável ao art. 159 do CC de 1916, ao afirmar que se o dever está consubstanciado em uma regra específica de conduta, a culpa deve ser presumida. Concorde-se com tal posicionamento, já que não a observar equivale ao não atendimento da conduta de um homem razoável, que, no entanto, poderá provar que atuou de forma justificada, excluindo a ilicitude (e mesmo a antijuridicidade), em especial, mediante o exercício regular de um direito.

É o que, aliás, na doutrina brasileira, firma Alvinho Lima (1999, p. 57):

Quando a conduta do agente do ato lesivo e prejudicial ao direito de outrem não se conforma com a determinação específica e taxativa da lei, claro está que houve um desvio que se caracteriza por si mesmo. Não obedecer à lei é um erro de conduta; é a culpa prefixada pela própria lei. Quando, porém, a obrigação violada é genérica de prudência e diligência na prática de todos os atos, o problema da fixação do erro de conduta surge com todas as dificuldades que a prática revela, porquanto estamos em face da culpa deixada à apreciação do julgador.

Um grande desafio está em direitos previstos, porém de inevitável indeterminação, ou seja, quando a norma não define exatamente qual o comportamento esperado do indivíduo para que não seja considerado como culposos, como é o caso do direito à privacidade.

Desse modo, ainda que se reconheça que nesta hipótese é fundamental o aprofundamento do estudo do direito em si, verificando-se os elementos principais e os problemas a ele ligados, a fim de que se

busque a delimitação e se identifique a extensão a ser dada, o parâmetro do padrão médio de conduta pode ter bastante utilidade³⁰³.

Da doutrina brasileira, interessante destacar Pontes de Miranda que, além de afirmar que “*o critério para verificação da conduta dos indivíduos é assaz abstrato, pois que é do homem normal*”(1966, p. 177), esclarece (1966, p. 118):

O homem normal seria o *bom pai de família*. Mas a velha expressão diz bem pouco. O uso comum, a boa diligência, diriam mais. Primeiro, porque é o uso – e não a mentalidade do pai de família (conceito assaz vago) – que realmente decide da culpa. Não é uso deixar-se à porta da casa objeto de luxo. Nem remeter-se dinheiro em carta fechada sem nenhuma declaração. O uso varia. O padrão de hoje não pode tratar os operários como os tratava nos séculos passados. Além de variar com o tempo, o uso varia com as profissões, as classes, os povos.

Alvino Lima (1999, p. 57) aponta as razões em favor da adoção do mecanismo:

Em geral, os escritores defendem a apreciação da culpa *in abstracto*. Temos uma obrigação legal de agir com prudência e diligência em todos os atos de nossas atividades; seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.³⁰⁴

E Orlando Gomes (1995, p. 326), cujo pensamento é próximo ao já apresentado acima por Patrice Jourdain:

É verdade que a aceitação desse critério [abstrato] não importa no completo desprezo das circunstâncias de tempo, meio, classe social, usos, costumes e hábitos sociais, levando-se em consideração, por conseguinte, alguns elementos

³⁰³ Com a evidente limitação de aplicação apenas para os casos de responsabilidade civil subjetiva.

³⁰⁴ Este mesmo autor (LIMA, 1999, p. 60) assevera, no entanto, que tal princípio não pode ser aplicado de forma absoluta, sendo inevitável a utilização de alguns elementos concretos, “colocando-se o tipo de comparação nas mesmas condições em que se encontra o autor do ato ilícito, ou seja em face de uma realidade concreta.”

concretos. Rigorosamente, porém, a apreciação *in concreto* da culpa deve levar em conta apenas as circunstâncias internas do agente, isto é, do seu estado de espírito, do seu caráter e dos seus hábitos. As de tempo e meio são externas, não entrando, pois, no coeficiente pessoal do agente.

No Código Civil de 2002, acredita-se que o princípio geral permanece sendo o da responsabilidade civil subjetiva, conforme se observa no disposto nos artigos 186³⁰⁵ e 927 *caput*.

No caso do art. 186, ressalta-se, que as observações feitas para a expressão “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*” são perfeitamente aplicáveis ao novo sistema civil, restando ponderar sobre o “*e causar dano a outrem*”. O dano não é requisito para a configuração do ato ilícito, mas para a caracterização da responsabilidade civil, vislumbrando-se, desta forma, um equívoco do legislador.³⁰⁶

O art. 927 do Código Civil de 2002 não gera controvérsias, registrando a obrigação de reparação do dano causado a partir da prática de um ato ilícito.³⁰⁷

Conforme se colocou acima, sustenta-se que o sistema de responsabilidade civil baseado na culpa permanece sendo a regra e a responsabilidade civil objetiva a exceção, ainda que se reconheça que, atualmente, o direito brasileiro contemple um número considerável de situações regidas pela teoria do risco e a existência de opiniões divergentes³⁰⁸.

³⁰⁵ CC de 2002, artigo 186. “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

³⁰⁶ “Começamos pelo art. 186 que, modificando a razoável redação do artigo 159 do Código atual, estabelece: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’. O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que trata da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano.” (AGUIAR DIAS, 2006, p. 38).

³⁰⁷ CC de 2002, art. 927 *caput*. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁰⁸ Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 43), diversamente, afirma não ser mais possível estabelecer a regra e a exceção, como se existente uma hierarquia entre os critérios de atribuição de obrigação indenizatória.

A ilicitude e, conseqüentemente, a culpa, certamente que em sua concepção desatrelada de subjetivismos morais, embora se deva conviver com hipóteses em que se prescindia dela, permanece tendo papel central na responsabilidade civil, especialmente, na hipótese de obrigação ressarcitória extracontratual.³⁰⁹

3.6.1.4. Responsabilidade civil em virtude de uma comunicação é subjetiva

A partir da apresentação feita anteriormente sobre os elementos essenciais da conduta que conduzem à responsabilidade civil subjetiva, firma-se o posicionamento de que a investigação da ilicitude é decisiva no exame de uma comunicação supostamente violadora de direito e causadora de danos.

A responsabilidade civil em virtude uma comunicação, portanto, é subjetiva.

Como não há uma regra de conduta específica, a antijuridicidade deve ser acompanhada do exame da culpa, o que se deve dar por meio de um padrão médio de comportamento.

A jurisprudência tem atuado na apresentação de critérios para aferição de ilicitude, em especial, de matérias jornalísticas.

O próprio acórdão do caso da “Chacina da Candelária” apontou o que denomina de “contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas” (STJ, 2013, p. 22), sob o argumento de que a liberdade de expressão não é absoluta, cabendo limitar a atividade da imprensa diante: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012). »

E conforme preocupação já apontada, foi incluído posteriormente: «Também esta Corte, realizando juízo de ponderação, acrescentou o

³⁰⁹ Como coloca Fernando Pantaleón (2000, p. 198): “Quando o problema da responsabilidade extracontratual se contempla como um problema interindividual entre ofensor e prejudicado, a primazia da culpa como critério de imputação subjetiva resulta algo evidente. Já se escreveu antes: indenizar não apaga o dano do mundo, simplesmente o troca de bolso. Portanto, tem que haver uma boa razão para que se realize esta troca.”

traço da ausência de contemporaneidade como possível limitação da atividade informativa da imprensa, quando a notícia trazer à tona fatos passados, em detrimento da dignidade humana e privacidade; reconheceu-se, assim, o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153/RJ e Resp 1.334.097, ambos de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).»³¹⁰

Dos critérios indicados, observa-se que o compromisso ético com a informação verossímil corresponde a um exame de culpabilidade. Não se pode exigir, sob pena de se esvaziar completamente a liberdade de expressão, verdades absolutas e fatos incontroversos, até porque, conforme se apresentará, a opacidade que impregna o relato de fatos não permite que se tenha esta convicção. O que se requer é um comportamento diligente do comunicador.

E, por certo, incorre em ilicitude o jornalista que pratica injúria, calúnia e difamação. Do mesmo modo atua quem ofende a imagem e privacidade.

Entretanto, não se pode reforçar o grande equívoco de se estabelecer como parâmetro para ilicitude a ausência de contemporaneidade em virtude da proteção de um direito ao esquecimento.

De qualquer forma, o que se intenta firmar é que não é possível pensar, regra geral, em liberdade de expressão por meio de uma responsabilidade civil objetiva, pautada por uma ideia de risco ou seja, que independa, portanto, do exame da culpa³¹¹.

³¹⁰ STJ, REsp 12977787/RJ, Rel Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 17/04/2015.

³¹¹ Para que seja possível falar em responsabilidade civil objetiva recorde-se a necessidade de atendimento ao previsto no artigo 927, parágrafo único do CC ou seja, que haja determinação legal ou que se conclua estar-se diante de atividade que, normalmente, desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, risco para os direitos, de outrem. Não se identifica, ao menos, em uma primeira análise, norma brasileira que atribua referida obrigação indenizatória independentemente de culpa na responsabilização de uma comunicação em si e, embora se reconheça que a responsabilidade civil objetiva também esteja dotada de inevitável subjetividade na delimitação de quais os riscos que são assumidos por quem desenvolve a atividade e, portanto, na definição do alcance da própria responsabilidade, sustenta-se que o exercício da expressão não deve ser tratado como fonte potencial de risco para os direitos de outrem. Se, porventura, o legislador brasileiro vier a estabelecer dispositivo que consagre a responsabilidade civil objetiva nesta seara, caberá um exame criterioso acerca de sua constitucionalidade a ser aferida pelo órgão jurisdicional competente.

3.6.1.5 Não há ilicitude na comunicação de fatos publicizados no exercício regular de direito e a perturbadora lembrança não é um dano ressarcível

Já se defendeu que o direito ao esquecimento não existe expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico; que a comunicação que rememora fatos públicos do passado é um exercício regular de direito, portanto, uma ação lícita; e que a responsabilidade civil decorrente de atos comunicativos deve ser, em regra, subjetiva.

Diante disso, a única conclusão possível é que em um exercício regular de direito não há antijuridicidade, pois, inexistente violação a direito e, tampouco ilicitude e culpa, seja pela própria ausência de antijuridicidade, seja pela impossibilidade de se deduzir que abordar eventos pretéritos divulgados de acordo com a ordem jurídica destoe de um padrão médio de comportamento.³¹²

A possibilidade de reconhecer violações de direito ainda quando não exposto de forma específica pelo legislador não socorre o direito ao esquecimento, pois como se acredita ter-se esclarecido adequadamente, os argumentos apresentados para a sua caracterização são insuficientes e não o garantem.

³¹² O art. 188 do CC dispõe que os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, bem como o estado de necessidade (deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente) não constituem atos ilícitos. Este artigo deve ser combinado aos artigos 929 e 930 do CC, os quais, no que se refere à legítima defesa e ao estado de necessidade, firmam que terceiros lesados em virtude destes atos justificados terão direito à indenização, ou seja, trata-se de hipótese em que mesmo que a conduta seja lícita, nos termos no art. 188, será devido o ressarcimento quando pela violação de direitos de terceiros. Segundo Noronha (2010, p. 545), os referidos atos, seguindo a nomenclatura da própria lei, não são ilícitos. O mesmo autor (2010, p. 388/389) também afirma que são atos ofensivos de direitos alheios, mas, em regra, não são antijurídicos, esclarecendo que “não são antijurídicos os atos praticados em legítima defesa, ou em estado de necessidade, desde que só causem danos ao próprio agressor, ao criador do estado de perigo; todavia, sê-lo-ão quando ocasionarem danos a outras pessoas, que terão direito à respectiva indenização.” Já o exercício regular de direito, como regra, não gera um prejuízo (o que pode ocorrer ainda que não indenizável, por exemplo, na comumente citada concorrência leal), como na hipótese de legítima defesa e estado de necessidade que, inevitavelmente, provocam esta análise de desconstituição da antijuridicidade e ilicitude.

Assim, seria desnecessário qualquer exame relacionado ao dano, já que a responsabilidade civil subjetiva caracteriza-se quando há o nexo causal entre conduta ilícita e dano não autorizado, inexistindo a primeira, o envolvido no evento do passado até pode alegar um abalo psicológico ou impactos negativos em seu patrimônio, mas não serão indenizáveis.

De qualquer maneira, saliente-se que o dano ocupa posição central quando o assunto é responsabilidade civil, afinal, a sistemática que envolve este instituto tem por objetivo justamente garantir a reparação do prejuízo. E, além de ser pressuposto essencial para se concluir tratar-se de hipótese em que devida imposição estatal de obrigação de ressarcimento, o dano é o parâmetro para a indenização.

Como se extrai do art. 944 do Código Civil, a indenização deve ser medida pela extensão do dano. E em linha similar, no âmbito da responsabilidade civil contratual, o art. 403 esclarece que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos ficam igualmente limitadas ao prejuízo sofrido, no caso, tendo sido feita referência ao dano com repercussão patrimonial, dividindo-o em dano emergente (o que efetivamente perdeu) e lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de lucrar).

A aferição da culpa é, portanto, imprescindível para se apurar a existência da obrigação reparatória, no caso de responsabilidade civil subjetiva. Mas ultrapassada esta etapa e seguindo-se ao arbitramento, para a responsabilidade civil, diferentemente da penal, o elemento volitivo do agente, se culpa ou dolo, deixa de ser determinante, já que a sua função é reparatória e não punitiva.

No caso do dano patrimonial, para se concluir pela existência do prejuízo e pela sua extensão, em geral, é sugerida a apuração do decréscimo patrimonial proveniente da conduta lesiva. Como afirma Patrice Jourdain (2010, p. 128), o dano patrimonial é verificado em uma lesão de interesse patrimonial, o qual pode ser apreciado pecuniariamente.

Já na hipótese de dano moral há uma grande lacuna, tanto para se concluir quando ele se configurou e, quanto para definir a sua extensão. Isto porque não sendo o sofrimento palpável e passível de apuração, o exame acaba por se concentrar no comportamento do agente e na natureza jurídica dos interesses violados, sem seguir para a próxima etapa como se daria em um caso de dano patrimonial, ou seja, na aferição do dano em si. A dificuldade fica ainda mais evidente quando se trata de responsabilidade civil objetiva, já que sequer há ilicitude e a antijuridicidade somente é apurada a partir da constatação de um

resultado lesivo, que, como se falou, no dano moral é repleto de incertezas. Daí a jurisprudência assumir a posição que não cabe a prova do dano em si (o qual seria presumido *in re ipsa*), mas a ocorrência do comportamento sujeito à responsabilização civil e a violação do direito.³¹³ E, novamente, valendo-se do pensamento de Patrice Jourdain (2010, p. 128/130), o dano extrapatrimonial consiste em uma lesão a um interesse moral, que não afeta o patrimônio, como honra, vida privada, imagem e direitos ligados à questão de direito de família ou de atentados à integridade corporal, não tem incidência econômica direta e não pode ser avaliado em pecúnia, não obstante a reparação ocorra por meio de uma quantia monetária.

E cabe reforçar que nem todos os prejuízos são ressarcíveis³¹⁴.

Por certo que, cotidianamente, as pessoas suportam prejuízos de origem diversas acarretando decréscimo em seus patrimônios. Há, por exemplo, o desgaste natural de bens que deve ser suportado pelo proprietário. Do mesmo modo, existem os prejuízos provenientes de causas naturais como inundações e raios. E há os danos, adentrando-se na temática da responsabilidade civil, que decorrem diretamente da conduta de outrem, porém, apesar disto, não lhe pode ser atribuída a obrigação indenizatória, quando não forem atendidos os requisitos para que esta se configure (como em um caso de responsabilidade civil subjetiva em que não resta caracterizada a ilicitude do agente), ou quando o dano em si não detiver a característica de ressarcibilidade, tendo em vista a autorização que é dada pelo ordenamento para que o prejuízo possa ser provocado.

Na esfera patrimonial, o exemplo repetido é a concorrência legítima que acarreta a diminuição de vendas de um empresário. Já no contexto do dano moral, o sofrimento e as ruins sensações provenientes do término de um relacionamento amoroso ilustram perfeitamente a hipótese, pois o ordenamento permite que, como não poderia deixar de ser, inclusive casamentos cheguem ao seu final, tendo em vista a admissibilidade jurídica, por exemplo, do divórcio e, especialmente, a liberdade dos sujeitos envolvidos.

³¹³ Dentre outros, STJ AgRg no REsp 156277/MG, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 24/11/2015.

³¹⁴ “Se deve distinguir o dano em sentido jurídico ou ressarcível (configurado pela lesão a um interesse jurídico que provoca consequências prejudiciais) do dano em sentido lato ou naturalístico, que se identifica a lesão a um bem”. (CALVO COSTA, 2005, p. 488)

Patrice Jourdain (2010, p. 138) apresenta as condições para a reparação de um dano: a certeza do dano e o atentado a um interesse legítimo, neste caso, com destaque para a recusa da Corte de Cassação de reparar o prejuízo resultante da perda de remuneração ou de ganhos ilícitos, como por exemplo no caso de um jogo proibido.

Contudo, no caso do direito ao esquecimento qualquer tentativa de ressarcimento do dano pela lembrança do passado fracassa imediatamente na análise da conduta do agente, como visto, um exercício regular de direito, ou seja, corresponde à hipótese apresentada de prejuízo que não é indenizável pelo não preenchimento dos requisitos preliminares da responsabilidade civil.

3.6.2 Direito ao esquecimento: responsabilidade civil *versus* método ponderacionista

Já foram analisados (e refutados) os argumentos doutrinários e jurisprudenciais que identificam o direito ao esquecimento (especialmente os apresentados nos precedentes do STJ a ele relacionados) no ordenamento jurídico brasileiro e cuja violação causadora de uma perturbação na vida atual do envolvido geraria, consoante seus defensores, uma obrigação indenizatória.

Ademais, partindo-se do instituto da responsabilidade civil, imagina-se que foi esclarecido que estão ausentes os pressupostos para a configuração de dever ressarcitório, seja pela ausência de antijuridicidade, de ilicitude (a culpa inclusive, portanto) ou de dano. Até porque se estabeleceu que abordar um passado publicizado licitamente é um exercício regular de direito.

No entanto, é preciso examinar ainda um aspecto das decisões favoráveis ao direito ao esquecimento, que é a responsabilização civil, com fundamento no pensamento neoconstitucionalista³¹⁵ e, portanto, na

³¹⁵ “Para Luis Prieto Sanchís (2005, 123-124), as expressões neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou simplesmente constitucionalismo foram fortemente difundidas e vêm sendo utilizadas de maneira muito constante, e também confusa, para designar aspectos distintos de uma presumida nova cultura jurídica. O autor dispõe que são três as principais acepções: certo tipo de Estado de Direito, correspondendo a um modelo institucional de uma determinada forma de organização política, que encontraria o Estado Constitucional de Direito como sua forma mais justa e modelo ótimo, que encontra, todavia, possível objeção democrática diante do enfraquecimento do legislador; como uma teoria do Direito, conectada a uma nova visão

teoria dos princípios, na inevitável colisão entre direitos fundamentais e na utilização do método decisório denominado sopesamento ou ponderação. Retornando-se ao acórdão do caso da Chacina da Candelária (REsp 1334097), o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, ao focar no exame de admissibilidade do recurso em função de os temas versados na lide corresponderem à matéria, simultaneamente, constitucional e infraconstitucional, com o propósito de conhecer o recurso, a fim de evitar que com o mesmo argumento, a apreciação fosse negada no STJ e no STF, como aponta ter sido a situação do caso “Doca Street” (Ag. n. 851.325/RJ), estabeleceu que se deve analisar separadamente “a proteção constitucional de determinado princípio e o alcance normativo do seu conteúdo” (STJ, 2013, p. 17).

O Relator afirma existir um conflito entre liberdade de expressão/informação e atributos individuais da pessoa humana, cujo exame dos valores constitucionais em confronto tem estatura constitucional, mas a exata delimitação dos valores violados no conflito, como a honra ou a privacidade, a verificação da ilicitude e a apuração dos danos configuram a competência da jurisdição infraconstitucional. (STJ, 2013, p. 15)

Observa-se, então, que a apreciação da demanda indenizatória, segundo os termos do acórdão, passou por duas etapas. A primeira

interpretativa de um jurista comprometido com um trabalho crítico e não apenas descritivo; ideologia que justifica e defende a fórmula política designada, fazendo-se, ainda, uma inevitável conexão entre moral e direito. Luís Roberto Barroso opta por denominar de pós-positivismo o momento constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, que, não recorrendo às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo, reforça a derrubada do mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete, indo além da teoria crítica e da desconstrução, para, mediante a legalidade democrática, reconhecer a ascensão dos valores, a busca da efetividade das normas constitucionais, o reconhecimento da normatividade dos princípios e da essencialidade dos direitos fundamentais, retomando a discussão ética no Direito e baseando-se em novos métodos hermenêuticos (2008, p. 46-48). Susanna Pozzolo, por sua vez, dispõe que “neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo. Aquele, de fato, não se apresenta como uma doutrina descritiva (como pretende ser o juspositivismo metodológico ou conceitual) mas, no mínimo, como uma reconstrução racional e, no máximo, como uma justificação do sistema. A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser.” (2010, p. 78). (CADEMARTORI; PINHEIRO, 2013, p. 155/157)

relacionada com a aplicação da ponderação, cuja conclusão foi pela preponderância dos direitos ligados à pessoa humana, no caso concreto o direito ao esquecimento (como decorrência da dignidade e das demais limitações positivadas à atividade informativa) e, então, pelo afastamento da liberdade de expressão. E a segunda etapa ligou-se à aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Do que foi estudado até aqui, pode-se afirmar que partem, portanto, de um reconhecimento de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, que, como já amplamente provado, não só não está previsto expressamente no direito brasileiro como não pode dele ser deduzido. Após, este direito (que sequer existe, ao menos, é o que se sustenta) sobrepõe-se, via sopesamento, à liberdade de expressão. E, por fim, concluem por ser devida uma indenização.

Embora não se tenha a pretensão de esgotar a questão, objetiva-se analisar criticamente o caminho de apuração de ilicitude e consequente atribuição de responsabilidade civil na hipótese do direito ao esquecimento por intermédio da teoria dos princípios e do método hermenêutico ponderacionista.

O expoente desta vertente teórica é Robert ALEXY que, saliente-se, introduz sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” informando tratar-se de uma pesquisa concentrada na Constituição alemã acerca da aplicabilidade imediata de normas de direitos fundamentais, cujo controle seria do tribunal constitucional (2010, p. 25).³¹⁶ O propósito seria o de buscar uma racionalidade decisória para a interpretação de direitos fundamentais, dotados de inevitável vagueza semântica, fundada essencialmente na teoria dos princípios.

Para Alexy (2011, p. 87), princípios e regras são espécies de normas. Veja-se:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da

³¹⁶ Assim, de início, faz-se o registro que a crítica é desferida à adaptação feita, no Brasil, da teoria de Robert Alexy e não propriamente contra à obra do autor alemão. Para tanto, vale-se das palavras de Lenio Luiz STRECK (2014, p. 60): “A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’(sic)*, algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’(sic). Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’.”

permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Os princípios corresponderiam a razões *prima facie*, mandamentos de otimização, cuja satisfação pode se dar com graus variados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As regras não admitiriam satisfação intermediária e seguiriam uma lógica de tudo ou nada, diferenciando-se qualitativamente dos princípios (ALEXY, 2011, p. 90/91).

Os direitos fundamentais, segundo a doutrina de Alexy (2011, p. 575/588), têm natureza de princípio e a sua realização no máximo possível dar-se-ia por meio da máxima da proporcionalidade, a qual está ligada a três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento (ponderação).³¹⁷

Adequação e necessidade “expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas” (ALEXY, 2011, p. 588); e a proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento, “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes” (ALEXY, 2011, p. 593).

Desse modo, considerando o inevitável conflito entre princípios, a solução dar-se-ia no caso concreto mediante a lei de colisão, formulada por Alexy (2011, p. 99): “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” O resultado da aplicação desta lei não causa a invalidade de um dos princípios, mas apenas estabelece que sob determinadas condições, um acaba por ter precedência em relação ao outros (ALEXY, 2011, p. 93)

O autor ainda formula duas leis para o sopesamento. A primeira, que é a lei material do sopesamento: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2010, p. 167). E a segunda, que é a lei epistêmica do sopesamento: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a

³¹⁷ O tradutor, Virgílio Afonso da Silva, da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy não se vale da expressão “ponderação”, optando por sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito).

certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” (ALEXY, 2010, p. 617)

No Brasil, a importação da teoria angariou muitos adeptos³¹⁸, destacando-se a adesão a ela pela jurisprudência, como bem representa a observação da jurisprudência do STJ e do STF³¹⁹. O ápice foi alcançado com o novo CPC (Lei n. 13.015/2015) e o art. 489, § 2º³²⁰.³²¹

Em relação ao uso do método ponderacionista pelos tribunais brasileiros, destaca-se a crítica de Lenio Luiz Streck (2014, p. 58/61), que pode ser sintetizada especialmente pelos seguintes pontos: leitura superficial por parte considerável da doutrina e dos tribunais da obra de Robert Alexy; o equívoco de se tratar a regra da ponderação como um princípio³²²; criação desmensurada de enunciados para a solução de casos concretos, o que é uma decorrência do que denomina de panprincipiologismo³²³.

³¹⁸ “O direito constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, *sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação* (Alexy) – são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si.” (STRECK, 2014, p. 59)

³¹⁹ “Já falei muito e já critiquei sobremaneira o *ab-uso* disso que por aqui chamamos de “ponderar”. Posso afirmar, com dados empíricos, que seu (ab)uso — em terras brasileiras — tem sido problemático. Para termos uma ideia, Fausto de Moraes, Premio Capes 2014, sob minha orientação, mostra, em tese doutoral, que a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, *em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos por seu criador alemão*.” (STRECK, 2015)

³²⁰ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

³²¹ Por todos, em relação ao artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, recomenda-se a leitura da crítica de Lenio Luiz Streck

<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta> Acesso em 17/01/2016.

³²² “(...) os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de alibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.” (STRECK, 2014, p. 60)

³²³ “Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para

Em outro momento³²⁴ já se teve a oportunidade de analisar o neoconstitucionalismo, o sopesamento (ou ponderação), e os seus impactos negativos sobre a liberdade de expressão.

Aqui, como já se advertiu, não há a pretensão de se exaurir árduo tema da teoria do direito. Mas, arrisca-se a firmar um posicionamento crítico acerca da utilização do método da ponderação nas condenações ao pagamento de indenizações por danos morais em virtude do reconhecimento do direito ao esquecimento.

O acórdão do STJ do caso da “Chacina da Candelária” faz referência às decisões do primeiro e segundo grau de jurisdição. Verificou-se que as três instâncias valeram-se do referido método interpretativo. A 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ ponderou entre interesse público da notícia e direito ao anonimato e ao esquecimento, prevalecendo o primeiro. Já no TJRJ, inicialmente, o sopesamento deu-se entre o direito de informar e o direito de ser esquecido (fundamentado na dignidade da pessoa humana), restringindo-se a informação e tratando a questão como uma hipótese de abuso de direito. Nos embargos infringentes, o conflito diagnosticado foi entre informação, vida privada, intimidade e imagem. A conclusão a que se chegou, por meio da ponderação, é que a questão deveria ser resolvida através da omissão do nome e imagem do autor, o que não afetaria a atividade jornalística e seria um sacrifício mínimo à liberdade de expressão.

Cabe, então, a partir do suposto conflito envolvendo o direito ao esquecimento, examinar a escolha da ponderação como técnica para atribuição de obrigação indenizatória pelo STJ, o que fornecerá elementos, que se espera possam contribuir para o debate, em geral, relativo ao tema.

No acórdão do STJ, como apresentado, afirmou-se que a apuração da ilicitude ocorreria, em juízo fulcrado na responsabilidade civil, após ultrapassada a fase do sopesamento.

resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.”(STRECK, 2014, p. 60)

³²⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. **Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão.** In: ESPÍRITO DO SANTO, Davi do e PASOLD, César (org.). Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013.

Todavia, não se observa como se deu este processo, seja no que concerne à ponderação, seja no que tange à própria responsabilidade civil.

Indaga-se como se reconheceu um direito ao esquecimento, elevando-o à condição de princípio. Isto já foi abordado em momento anterior, mas ainda assim cabe reforçar a estranheza perante o invencionismo, denominado por Streck de panprincipiologismo.

Ademais, não há no acórdão do STJ a apresentação das etapas da aplicação da lei de colisão e das leis de sopesamento da teoria de Robert Alexy. O máximo a que se chegou foi afirmar que “nem liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito”. (STJ, 2013, p. 45/46)

Como já se apresentou, a lei material do sopesamento exige que a satisfação de um princípio deve ser maior do que o grau de afetação do outro. No entanto, examinando o caso concreto, deve-se refletir sobre se o atingimento da liberdade de expressão nos moldes efetuados garante, de fato, o propósito do direito ao esquecimento. Há uma ironia na constatação de que as tentativas de se impedir que o evento do passado seja rememorado, na verdade, tem produzido um efeito inverso. A ideia do esquecimento tem se mostrado, desta forma, ineficaz. Fala-se inclusive em um efeito Streisand³²⁵, que potencializa a discussão sobre o que se pretendia calar, atraindo os holofotes e, paradoxalmente, provocando uma superexposição.

Do mesmo modo, a lei epistêmica do sopesamento não é observada, pois é pesada a intervenção à liberdade de expressão, não obstante a vulnerabilidade das premissas do direito ao esquecimento.

E ainda que se tenha registrado a possibilidade de supressão do nome e da fisionomia do homem injustamente acusado no episódio da chacina da candelária como sendo a melhor solução para o caso concreto, não é possível ter convicção de que é esta a regra a que se

³²⁵ “Mike Masnick originalmente criou o termo *Efeito Streisand* em referência a um incidente em 2003 no qual a atriz e cantora estadunidense Barbra Streisand processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o website Pictopia.com em 50 milhões de dólares em uma tentativa de ter uma foto aérea de sua mansão removida da coleção de 12000 fotos da costa da Califórnia disponíveis no site alegando preocupações com sua privacidade. Como resultado do caso a foto se tornou popular na Internet, com mais de 420000 pessoas tendo visitado o site durante o mês seguinte.” Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_Streisand

chegou após a ponderação, tampouco, tem-se certeza sobre as condições jurídicas e fáticas necessárias ao processo. Estas não foram explicitadas, especificadas e individualizadas para que compreendida a precedência do princípio do esquecimento em relação à liberdade de expressão. E é isto que permitiria identificar o suporte fático da regra resultante, viabilizando as futuras aplicações. Igualmente, não se apontou a importância da satisfação do esquecimento que justificaria a afetação da liberdade de expressão, nem foram indicadas as premissas para a intervenção nesta perpetrada.

Poder-se-ia dizer que todos estes aspectos foram apresentados genericamente na fundamentação do acórdão e que se extrairia do julgamento que a ausência de contemporaneidade impede a retomada de fatos, ainda que públicos e lícitos e, se históricos, impondo-se a ausência de imagem e do nome.

Mas basta analisar o caso Aída Curi, julgado pela mesma composição de Ministros, e constatar-se-á que justamente a questão central, ou seja, a análise do tempo como fator limitante para a liberdade de expressão, não se mostrou alinhada com o decidido no caso da Chacina da Candelária.

Relembre-se que no caso Aída Curi o fato de ter passado meio século entre o crime e o programa acusado de violar o direito ao esquecimento foi o aspecto decisivo para não se atribuir a responsabilidade civil. Ou seja, o direito ao esquecimento ligado justamente à ausência de contemporaneidade, ao se tratar de temas não mais atuais, neste caso, não foi aplicado por ter passado muito tempo. Recorde-se que até então o sustentado é que não haveria mais atualidade a justificar nova divulgação o encerramento da atuação estatal no fenômeno criminal, seja pela cumprimento da pena, seja pela absolvição. É certo que no “caso Aída Curi” está-se falando de uma vítima, especialmente, dos irmãos da vítima, mas ainda assim não se compreende o tratamento diverso concedido.

Registre-se também a dificuldade de se aceitar a afirmação de que primeiro deve se dar o sopesamento e somente após partir para a apuração da responsabilidade civil. Constata-se que ao se ponderar, concluindo-se pela preponderância de um dos princípios, já se está, inevitavelmente, investigando antijuridicidade, ou ao menos buscando elementos para o estabelecimento da condenação à reparação dos danos. Não é à toa que, inclusive, falou-se em abuso de direito da liberdade de expressão no momento da ponderação, como o fez o TJRJ.

Embora cause estranheza o caminho eleito, ao se dizer que a liberdade de expressão deve ceder em favor do direito ao esquecimento,

não se estaria estabelecendo que a comunicação, no caso concreto, é violadora de um direito?

No entanto, o acórdão não deixa claro qual o papel da ponderação no processo de apuração da responsabilidade civil, seja no que concerne à antijuridicidade ou ilicitude.

A decisão examinada, após a ponderação e por meio dela, apresenta os “contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas” (STJ, 2013, p. 22), sob o argumento de que a liberdade de expressão não é absoluta. Todavia, não se vislumbrou qual a ligação dos parâmetros de ilicitude com o sopesamento efetuado. E como se apresentou acima, no acórdão foi dito que a aferição de ilicitude estaria presente no segundo momento, ou seja, posterior à ponderação, quando se avaliaria também a extensão dos danos

É preciso ponderar para dizer que há ilicitude na falta de compromisso ético com a informação verossímil e que não é possível violar direitos como honra, imagem, privacidade, ou que não se pode difamar, caluniar ou injuriar pessoas? Tais pontos são elementos integradores da ponderação? Ou se quis dizer que são critérios para aferição de ilicitude resultantes da ponderação?

Ainda que não se concorde com os fundamentos apresentados, verificou-se que especialmente a doutrina favorável ao direito ao esquecimento, e também as decisões proferidas no mesmo sentido, tiveram o cuidado de fundamentar a existência do direito ao esquecimento. Conforme se examinou, os que sustentam a defesa do direito ao esquecimento identificam-no na dignidade, na privacidade como sendo um direito de estar só ou na atualização do conceito dela como um controle de dados ou, ainda, em uma combinação de previsões legais atreladas ao impacto da fluência do tempo no direito. Residiria aqui, então, o direito violado pela conduta de quem profere a comunicação, sendo isto suficiente para a caracterização da antijuridicidade e mesmo da ilicitude, ao se somar com os parâmetros avaliativos de um padrão médio de comportamento. Porém, simultaneamente, valeram-se do método da ponderação para concluir pela obrigação indenizatória. E, mais, em acórdão posterior já citado (REsp 12977787/RJ, Rel Ministro Luis Felipe Salomão, DJE 17/04/2015), afirmou-se que da ponderação surgiu novo critério de ilicitude, qual seja, justamente, a ausência de contemporaneidade.

Enfim, o questionamento principal é: se foi considerado que há ilícito e foi entendido que o dano é indenizável, por que e para que ponderar? Por que não se utilizou diretamente da responsabilidade civil?

Se a conclusão é que o direito ao esquecimento existe e que a ausência de contemporaneidade é parâmetro para a ilicitude, inexistiriam motivos para se buscar via sopesamento a obrigação indenizatória.

O curioso é que os adeptos do neoconstitucionalismo justificam a imprescindibilidade da ponderação em função da inexistência de direitos absolutos, mas é o sentido que acabam dando quando, embora constatem uma ilicitude, não admitem que o direito não se configure naquela determinada situação e, contrariamente, não só verificam a sua presença como ele tem força para colidir com outro direito. Independente de eventual indeterminação dos direitos envolvidos, os defensores da ponderação não consideram a hipótese elementar de que há comunicações que não são protegidas, ainda quando se trate de situação de fácil constatação. Para este pensamento não é que inexista, em determinadas situações, o direito de se comunicar, “apenas” no caso concreto tal direito deve ceder em favor de outro com maior peso. Enfim, afirma-se que há o direito à liberdade de expressão e ainda assim verifica-se a geração de um dever ressarcitório.

Em 1919, Holmes formulou o axioma do grito falso de fogo para criar pânico com o intuito de demonstrar que há discurso que não deve ser tutelado. Em tal hipótese não há expressão a ser protegida. E, obviamente, que isto independe de qualquer necessidade de ponderação para se concluir que inexistente expressão protegida. Não há qualquer conflito nesta situação.

É provavelmente por isso que se observam posicionamentos que causam grande estranheza, como no exemplo formulado por Moreso, que identifica colisão entre liberdade de expressão e o direito à saúde na hipótese de um comunicador optar por fazer circular um jornal com pó de antrax. O autor em defesa da “posibilidad inerradicable de conflictos” (2005, p. 161) e criticando Ferrajoli³²⁶ apresenta:

La jurisprudencia de los tribunales (en especial de los Tribunales constitucionales) está saturada de supuestos em los que la instancia de un derecho de libertad. Pensemos, por ejemplo, en los conflictos entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Pero no sólo: **¿el derecho de un**

³²⁶ Moreso dispõe: “Según Ferrajoli, los derechos de libertad tienen su límite em la convivencia con los derechos de libertad de los demás. Al parecer, esta fórmula le parece suficiente a Ferrajoli para minimizar la presencia de los conflictos entre derechos. O, tal vez, Ferrajoli considera que una vez precisados caules sean dichos límites no hay *realmente* conflictos entre los derechos de libertad. Esta tesis es, al menos, sorprendente.” (2005, p. 163)

empresário de la comunicación a editar y distribuir periódicos le faculta a distribuir periódicos com polvo de ántrax, poniendo en grave peligro la integridade física de sus lectores?³²⁷ Es obvio que no y, en este caso, el derecho-inmunidad a la vida derrota el derecho a la libertad de información. [grifou-se] (2005, p. 163)

Unir ponderação e responsabilidade civil cria incertezas tanto para ampliar quanto para reduzir as possibilidades indenizatórias, provocando uma oscilação da análise de antijuridicidade e ilicitude. Haveria, portanto, uma nova concepção de ilícito em função de uma estruturação normativa principiológica?

Até porque impedir que se fale sobre o passado, não pode ser a regra, ou então, a História estaria aniquilada. Deste modo, alerta-se para o fato de que a ponderação somente amplia as dificuldades de se saber previamente sobre o que é possível abordar ou não, inclusive porque a insatisfação será demonstrada pelo sujeito narrado, que, então, invocará o direito ao esquecimento. Assim, o comunicador somente saberia se está “violando o direito” de alguém posteriormente quando de forma subjetiva isto for reinvidicado por aquele que acusa que não poderiam ter falado sobre uma parte do seu passado.

Na verdade, a conclusão a que se chega, é que, à disposição dos juristas, há métodos distintos de análise e modos diferentes de raciocínio. De um lado a responsabilidade civil, de outro a teoria dos princípios. Acredita-se que são inconciliáveis e que cabível a aplicação do primeiro.

Reconhece-se que a norma escrita isoladamente não oferece todos os comandos necessários para uma cognição exauriente dos pressupostos de uma obrigação indenizatória. A responsabilidade civil, como é sabido, independe de uma tipificação, característica própria da responsabilidade penal, portanto, uma conduta pode ser considerada ilícita embora não se tenha previsão específica normativa taxando-a como tal. Mas a sistemática civil oferece instrumentos seculares para a solução da questão. Tais instrumentos, repita-se, certamente, não são infalíveis. Não se sustenta que a figura do “bom pai de família” garantirá o exame perfeito da culpabilidade. Porém, ao menos, sustenta-se que o critério da culpa em seu formato atual e despido de valorações moralistas individuais não permitiria concluir-se pela condenação de

³²⁷ Isto é que se entende como um exemplo surpreendente e não a análise de Ferrajoli apresentada acima, criticada por Moreso.

alguém ao pagamento de uma indenização na hipótese de um evidente exercício regular do direito.

Poderia se contrapor ao afirmado e dizer que a subjetividade de um padrão médio de conduta, assim como a figura do abuso de direito, produziriam resultado equivalente ao decorrente da ponderação, inclusive as possíveis oscilações.

Não se ignora a subjetividade de um padrão médio de comportamento. Aliás, tratando-se de ponto elementar para a responsabilidade civil subjetiva, sugere-se, inclusive, um aprofundamento do estudo sobre ele. Reconhece-se que após a consagração da responsabilidade civil objetiva e a própria modificação da noção de culpa, os demais pressupostos de uma obrigação indenizatória passaram a ter uma importante função na separação entre as hipóteses de ressarcibilidade ou não de um prejuízo. Mas, ainda assim, sendo a culpa, certamente que em um formato atualizado como visto, determinante para a responsabilidade civil, doutrina e especialmente a jurisprudência devem ter a preocupação de apurar os parâmetros de comportamento para aferição da ilicitude. E é evidente que não se pode substituir a análise da culpa moral do acusado de causar um dano pelo exame moralista do magistrado a partir de suas concepções individuais, do que “acha” certo ou errado. Aqui também não deveria haver espaço para decidir conforme “minha consciência”.

O abuso de direito, poder-se-ia argumentar, também leva à discussão para um patamar de subjetividade que produziria resultado próximo ao obtido por meio da ponderação. Entretanto, ainda que a fórmula do abuso de direito igualmente, não promova uma única resposta correta para o conflito, a discussão da temática do direito ao esquecimento não deve destoar da ideia de comportamento médio acima examinada.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 estabelece que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Sabe-se que a doutrina brasileira tem abordado o abuso de direito como uma comprovação de objetivação da ideia de ilicitude. Já na Primeira Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, o enunciado 37 firmou que “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Contudo, contesta-se a afirmação de que os parâmetros da cláusula geral do art. 187, que comporiam o que foi denominado de

critério objetivo-finalístico, permitem concluir tratar-se de situação de responsabilidade civil independente de culpa. Pelo contrário, exceder manifestamente o que se considera um fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, nada mais é do que destoar de um padrão médio de comportamento. Ou seja, não se examina culpa em um formato clássico, moralista e individualizado, mas se permanece a ela atrelado. Não é caso, portanto, de responsabilidade civil objetiva.

Assim, não seria por meio do abuso de direito que se tornaria indenizável o alegado prejuízo por se resgatar um passado perturbador.

Abuso de direito e método ponderacionista não são equivalentes. O primeiro é mais restritivo, oferecendo menor margem de discricionariedade ao magistrado, já que o exame se concentra no fim econômico ou social, na boa-fé ou bons costumes. Ainda que estes sejam conceitos indeterminados e amplos, não têm o alcance da ponderação, ao menos no formato em que vem sendo aplicada pela jurisprudência nacional, em que do confronto entre direitos, desatrelado de qualquer critério racional decisório, opera-se meramente uma escolha sobre qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

O fato é que ao se buscar responder se é lícito, ou não o é, falar sobre um passado público e divulgado licitamente não se vê como o exame de um padrão médio de comportamento poderia conduzir a uma responsabilização civil. Igualmente, não se consegue visualizar isto como sendo um atuação abusiva. E isto se dá essencialmente porque a responsabilidade civil concentra-se no exame da conduta do agente, no caso o pensamento manifestado, independentemente de eventual rota de colisão com outro direito.

Ainda que se considere que a ampla concepção de proteção a liberdade de expressão desenvolvida na presente pesquisa e os argumentos elaborados em sua defesa conduziram a ponderação favorável a ela, produzindo resultado equivalente à aferição de ilicitude (ou melhor, a ausência dela) a partir da responsabilidade civil, o ponto é que especialmente na questão envolvendo a ideia de um direito ao esquecimento o terreno fértil para o seu desenvolvimento foi justamente o neoconstitucionalismo. Assim, não é possível afirmar que o inverso é verdadeiro, ou seja, que um resultado da ponderação em favor do direito ao esquecimento poderia ser alcançado igualmente pelo exame da responsabilidade civil, sob pena de se esvaziar o direito à livre expressão. Não se imagina como se chegar à conclusão de se tratar de um padrão médio de comportamento a proibição de se falar sobre o passado, especialmente, quando ele já é público e recebeu divulgação inegavelmente lícita.

3.7. Não há passado sem liberdade de expressão

Após todas as considerações relativas à liberdade de expressão, defende-se que não há passado sem a garantia deste direito fundamental.

Reconhece-se que é preciso explicar melhor esta afirmação.

Passado, presente e futuro são comumente apontados como as três instâncias da temporalidade. E o passado, ou ao menos o que é entendido como sendo o passado, resulta da inexorável fluência do tempo.

Apesar da aparente obviedade e de ser habitual esta afirmação, porém, trata-se de tema de grande profundidade conectado à complexa relação do ser humano com o tempo, que há muito vem ocupando os estudiosos de diversas áreas.

Santo Agostinho (1964, XI, 20, 1), em “Confissões”, por exemplo, questiona a linearidade atribuída ao tempo e a própria existência do futuro e do passado:

Mas o que agora parece claro e manifesto é que nem o futuro, nem o passado existem, e nem se pode dizer com propriedade, que há três tempos: o passado, o presente e o futuro. Talvez fosse mais certo dizer-se: há três tempos: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro, porque essas três espécies de tempos existem em nosso espírito e não as vejo em outra parte.

O presente do passado é a memória, o presente do presente é a intuição direta, o presente do futuro é a esperança.

Sob ângulo diverso, séculos depois, Albert Einstein afirmou "A distinção entre passado, presente e futuro é apenas uma ilusão teimosamente persistente."³²⁸

Além das provocações perturbadoras ligadas à real existência do passado, identifica-se um importante debate sobre como se dá o julgamento das evidências do que nele supostamente ocorreu.

Em um terminologia de Giorgio Agambem, o já acontecido torna-se opaco.

³²⁸ "People like us, who believe in physics, know that the distinction between past, present, and future is only a stubbornly persistent illusion". In: *Science and the Search for God: Disturbing the Universe* (1979) ou by [Freeman Dyson](#), Ch. 17, "A Distant Mirror".

Para Agambem (2008, p. 20), “A aporia de Auschwitz é realmente a própria aporia do conhecimento histórico: a não-coincidência entre fatos e verdade, entre constatação e compreensão.”

E prossegue (AGAMBEM, 2008, p. 19/20): “Mesmo assim, tais acontecimentos, que podemos descrever e ordenar cronologicamente um após o outro, continuam sendo singularmente opacos quando realmente queremos compreendê-los”..

Trata-se de questão fundamental entre os historiadores, consoante se pode abstrair da obra “A verdade na História” de Oscar Handlin (1982), o qual, criticando a desconstrução e a negação do estudo histórico ³²⁹, afirma que o passado não pode ser recriado nem recapturado, mas ao se lidar com as evidências e com os resíduos dos acontecimentos é possível firmar julgamentos.

Pietro Costa (2010, p. 21/23), examinando a associação entre hermenêutica e historiografia, elenca as seguintes consequências: a) conta-se o passado, interpretando textos, que significam um parte muito modesta do que foi a composição social do momento investigado; b) os resultados produzidos pela historiografia não são certos e unívocos, inexistindo uma interpretação verdadeira, pois, inclusive, o próprio texto não tem apenas um único significado; c) há um envolvimento inevitável do sujeito na operação interpretativa, sendo a subjetividade simplesmente ineliminável; d) cultura, linguagem, valores, teorias do intérprete afetam a operação hermenêutica.

³²⁹ “Talvez por brincadeira, talvez a sério, Carl L. Becker insinuou que o fato histórico ou estava na mente de alguém ou não estava em lugar algum, porque era ‘não o acontecimento passado’, mas apenas um símbolo o que capacitava os escritores posteriores a recriá-lo imaginativamente. Suas ilustrações elegantemente colocadas iludiram muitos leitores que não estavam cientes de que pensadores sérios, desde Bayle e Hume, tinham lutado com o problema. ‘Ninguém pode jamais objetar à verdade fatural de que César venceu Pompeu; e quaisquer que sejam os princípios que se queiram usar na disputa, ninguém irá encontrar nada menos questionável do que esta proposição – César e Pompeu existiram, não foram uma simples modificação das mentes dos que descreveram suas vidas’ – assim falou Bayle. (...) Não há imaginação possível que venha capacitar o estudioso a descrever exatamente o que aconteceu a César no Senado, ou a decidir se Mrs. Williams realmente perdeu 200 libras em nome de um ato de fé. A história só lida com a evidência do passado, com os resíduos dos eventos idos. Mas ela pode fazer julgamentos sobre a documentação e sobre os relatórios que os observadores fizeram sobre o que pensaram ter visto.” (HANDLIN, 1982, p. 372/373)

Concorda-se com a incapacidade de a memória recuperar a exatidão dos fatos diante da multiplicidade dos elementos integrantes do mecanismo de sua ocorrência.³³⁰ Ademais, não apenas deve-se considerar que a subjetividade inerente ao processo interpretativo do indivíduo é decisiva para a existência de múltiplas versões, como também é preciso ter-se em conta que existirão variações inevitáveis em razão da escolha feita sobre o que será observado e, especialmente, em virtude de quais foram as perguntas formuladas para se investigar o passado.

É a contribuição que se extrai, inclusive, a partir de uma aproximação com o conhecimento quântico que, ao pensar a cosmologia, consoante Stephen Hawking e Thomas Hertog, concluem que inexitem limites para a história do próprio universo³³¹ (2006, p. 123527-8).

O que há, portanto, são versões, relatos, testemunhos, interpretações, enquadramentos.

Ao lado das já apontadas limitações naturais e involuntárias do tempo e da condição humana na construção das memórias, que impedem que a mesma vivência seja repetida ou mesmo narrada em sua integralidade, estando sujeita a oscilações em função do que é examinado e por quem é feita a análise, há, ainda, os fatores de poder, que acabam por induzir a uma história dos “vencedores”, que é seletiva de informações e instrumentalizadora de arbitrariedades, determinando o que será lembrado ou esquecido.

³³⁰ Afinal, somente na literatura de Borges é possível a existência de Funes e ainda assim a compreensão dos acontecimentos é prejudicada.

³³¹ “The top-down approach we have described leads to a profoundly different view of cosmology, and the relation between cause and effect. Top-down cosmology is a framework in which one essentially traces the histories backwards, from a spacelike surface at the present time. The no boundary histories of the universe thus depend on what is being observed, contrary to the usual idea that the universe has a unique, observer independent history. In some sense no boundary initial conditions represent a sum over all possible initial states. This is in sharp contrast with the bottom-up approach, where one assumes there is a single history with a well-defined starting point and evolution. Our comparison with eternal inflation provides a clear illustration of this. In a cosmology based on eternal inflation there is only one universe with a fractal structure at late times, whereas in top-down cosmology one envisions a set of alternative universes, which are more likely to be homogeneous, but with different values for various effective coupling constants.” (Hawking; Hertog, 2006, p. 123527-8).

Le Goff (2003, p. 422) destaca:

Do mesmo modo, a memória coletiva foi posta em jogo de forma importante na luta das forças sociais pelo poder. Tornar-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores destes mecanismos de manipulação da memória coletiva.”

Como salienta Padrós (2001, p. 81), “os responsáveis pelos anos de chumbo latino-americanos sabem que o desconhecimento impede o posicionamento consciente; sabem, também, do potencial de inércia que possui o esquecimento coletivo”.

Daí a precisão da frase de George Orwell que introduz o capítulo: “quem controla o passado controla o futuro; quem controla o presente controla o passado”. O poder do presente controla o passado, que controla o futuro, que é o hoje e o amanhã. A falta de liberdade é, assim, produtora de um ciclo vicioso e nefasto.

Jean-Marie Pontier (2010) fala sobre a oscilação da versão dita “oficial”. Ele ressalta ser comum que certos eventos do passado são celebrados, enquanto outros são escondidos, ou, ao menos, apresentados de uma maneira mais “aceitável”. Mas, após algum tempo, por um “dever de memória”, as versões são modificadas, por vezes, inclusive por meio de leis³³². Ele afirma que os fantasmas do passado, ainda que se deseje ocultar ou esquecer, podem ressurgir das formas mais inesperadas.

Com isso, a própria ideia de verdade também é atingida. Cabe falar em verdades parciais e provisórias, as quais podem, e espera-se que aconteça, ser, constantemente, submetidas a verificações.³³³

Há, assim, uma contradição inevitável na ideia de uma verdade oficial, que nada mais é do que uma “verdade” imposta e supressiva.

Como afirma Raoul Vaneigem (2003, p. 34), “uma verdade que se mantém pela força, é uma verdade que se corrompe”.

³³² Em francês, conhecidas como “lois mémorielles”.

³³³ Para Le GOFF, a História “como todas as ciências, tem como norma a verdade” (2003, p. 32) e que a objetividade histórica “constrói-se pouco a pouco através de revisões incessantes do trabalho histórico, laboriosas verificações sucessivas e acumulação de verdades parciais” (2003, p. 33).

E a verdade, pois rica em subjetividade, não se tornará absoluta pela judicialização.

Diante disso, inevitável concluir que ao mesmo tempo em que se reconhece que as memórias possuem um importante papel para a humanidade, deve-se lidar com o fato de que o processo investigativo tem limitações intransponíveis, fazendo com que o passado corresponda a versões fragmentadas produzidas pelo presente.

E, desse modo, o passado é uma possibilidade.

Assim, volta-se a afirmação formulada no início deste tópico: não há passado sem liberdade de expressão.

Se o passado é uma possibilidade, uma construção, resultante de versões formuladas e refutadas no presente, o resultado a que se chega é que a aproximação com os eventos idos somente ocorre mediante o direito de se expressar livremente e de se ter acesso às informações. Se os relatos são irremediavelmente limitados e variam em razão do objeto observado e do observador, somente a ampliação da liberdade promoverá mais história e mais conhecimento.

Não é destituído de lógica, portanto, a colocação feita acima, com base em Greenawalt e Martins Neto de que a promoção da verdade é uma das justificativas para a tutela da liberdade de expressão. Como se falou, o que se intenta é uma aproximação com a ideia de verdade³³⁴, pelo tempo que assim for considerada, já que não se acredita em uma verdade oficial, tampouco na ideia utilitarista de um “mercado de ideias”, o qual, inevitavelmente, produziria “a verdade” como uma sentença correta.

O processo de interação entre o ser humano e o tempo, que é um importante demonstrativo da dimensão coletiva da liberdade de expressão, deve ser protegido. E qualquer tentativa de se pensar em um direito ao esquecimento poderá comprometê-lo.

Desse modo, proferir a comunicação e acessar a informação legitimam a proteção das narrativas sobre o passado, estejam elas inseridas em um contexto histórico, artístico, literário, jornalístico ou científico.

³³⁴ Isto porque, ainda em um ambiente livre, como apresentado na ADI 4815 pelo Ministro Barroso: “Faço uma observação muito importante com uma nota pessoal: a liberdade de expressão não é garantia de verdade, nem é garantia de justiça; ela é uma garantia da democracia, e, portanto, defender a liberdade de expressão pode significar ter que conviver com a injustiça, ter eventualmente que conviver com a inverdade. » (STF, 2016, p. 149)

Em um cenário nacional, com recentes e graves restrições democráticas, censura institucionalizada e informações sonegadas, é difícil compreender uma defesa de um direito ao esquecimento.

Como de forma precisa colocou o Ministro Menezes Direito em seu voto na ADPF n. 130, é a liberdade de expressão, mais do que o voto, que viabiliza a democracia:

A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão. (STF, 2009, p. 91)

É certo que, como se viu no primeiro capítulo, aqueles que sustentam a existência do direito ao esquecimento não o admitem de forma desmensurada.

Mesmo os seus defensores limitam-no, dizendo que não se está atribuindo a prerrogativa de se apagar fatos ou de se reescrever a História ou a própria história, tratando-se, tão-somente, de um controle de dados dos fatos pretéritos, especialmente, o modo e a finalidade da recordação, o que apenas impediria a retomada de informações de forma descontextualizada na atualidade.

Além disso, em favor do direito ao esquecimento e na tentativa de convencer acerca da ausência de riscos em o consagrar, diz-se que o foco são as informações destituídas de interesse público, não podendo ser aplicado aos personagens principais dos fatos históricos, os quais, aliás, sustentam, sempre que possível, deverão ser narrados com a supressão de nomes e de imagens daquele que ocupar uma mera posição de coadjuvante.

A questão, contudo, é que, mesmo com tais argumentos, há uma incompatibilidade intransponível entre o direito ao esquecimento e o direito fundamental de liberdade de expressão, nele incluído o de acesso à informação, pois, inevitavelmente, impõe-se que dados sejam suprimidos e que comunicações sejam censuradas.

Enfim, é inconcebível a proibição de se recontar um fato público do passado, divulgado licitamente, ou mesmo, impedir ou dificultar o acesso a ele. É inapropriado avaliar grau de relevância dos indivíduos na composição do evento, categorizando-os em personagens principais ou coadjuvantes a fim de se concluir pela (i)licitude de se fazer referência a

eles. É insustentável exigir autorizações, omitir nomes e dados que impeçam o reconhecimento dos envolvidos, pois a História não é feita apenas de “grandes homens”, sendo inclassificável o papel desempenhado pelas pessoas, até porque não é factível saber qual o alvo de interesse na busca pela tentativa de compreensão do passado. E é paradoxal falar-se em aprimoramento da verdade histórica através de um direito ao esquecimento.^{335 336}

3.8. A liberdade de expressão e o passado: exercício regular do direito - licitude do conteúdo e licitude da conduta de obtenção e divulgação da informação

Relembre-se que, anteriormente, foram examinadas as justificativas³³⁷ para a consagração deste direito fundamental. Em linha próxima, a partir das razões de proteção, - democracia, autonomia, verdade e tolerância - ,valeu-se da tese de valor expressivo do ato comunicativo³³⁸ para avaliar se é caso de comunicação protegida ou não,

³³⁵ Muito salutar a preocupação demonstrada por arquivistas e historiadores em matéria de 2013 no jornal *Le Monde* (disponível em http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/10/03/le-droit-a-l-oubli-numerique-inquiete-les-historiens_3489513_651865.html). Segundo Denis Peschanski, historiador e diretor de pesquisa do CNRS: “Eu não posso dizer hoje quais arquivos serão úteis aos historiadores em trinta anos! Eu não sei quais as questões que serão postas. (...) E para compreender a juventude de 2012, os historiadores do futuro terão de analisar o uso massivo das redes sociais.” O mesmo historiador questiona como seriam feitos memoriais dos deportados (II Grande Guerra), se o direito ao esquecimento tivesse sido aplicado”. Para Claire Andrieu, professora de História Contemporânea da Science Po Paris, o nome próprio tem fundamental importância para a história social, o que demonstra com a pesquisa por ela desenvolvida sobre as políticas colaboracionistas durante a ocupação nazista, que não seria possível a partir apenas das publicações oficiais, que especialmente em regimes autoritários são pouco informativos.

³³⁶ A se pensar desta forma, de uma maneira extremada, caberia recomendar, então, que a História passasse a ser narrada somente com os fatos, sem indicação de nome, de documentos, de imagens. Trata-se, por óbvio, de uma ironia. Mas, somente assim para não correr o risco de, *a posteriori*, ser acusado de ter violado o direito de alguém a ser esquecido.

³³⁷ Com fundamento em Kent Greenawalt, consoante detalhamento feito no presente capítulo.

³³⁸ Com fundamento em João dos Passos Martins Neto, consoante detalhamento feito no presente capítulo.

conforme presentes uma ou mais das referidas razões, especialmente quando os limites para a liberdade de expressão não estão explicitados pelo texto constitucional.

Naquele momento, já se indicou que as razões de proteção são bem abrangentes e, considerando-se o conteúdo, a condição de não protegida deve ser reservada a poucas comunicações.

Assim, seguindo para a avaliação de uma comunicação sob a ótica de um exercício regular de direito, é evidente que o primeiro ponto a ser examinado é o conteúdo da comunicação. Mas diante da amplitude das razões de proteção dificilmente uma fala ou uma imagem serão ilícitas em si mesmas. Raras, portanto, serão as situações em que se concluirá pela ilicitude da ideia manifestada, exceto as hipóteses expressas e detalhadas em lei, com destaque para a ameaça, calúnia, injúria, difamação e informações envolvendo crianças e adolescentes nos termos da Lei n. 8.069/90.

De qualquer modo, registra-se que na hipótese de limitação do discurso em razão do conteúdo entende-se que se estará diante do que se opta denominar como “limite material”.

E ao limite material é preciso somar o exame de um outro limite, que se apresentará como “instrumental”, o qual se relaciona com a forma de obtenção e divulgação da informação.

A privacidade, direito recorrentemente citado no estudo do direito ao esquecimento, demonstra adequadamente a importância de se examinar separadamente os dois limites, o material e o instrumental.

Isso porque repetidas vezes já se afirmou, na presente tese, que a liberdade de expressão não tutela a comunicação violadora de direitos, mas em relação à privacidade, em virtude da dificuldade de se concluir por uma definição e abrangência deste direito, será impossível decidir pela sua violação ou não concentrando-se apenas no exame do conteúdo da comunicação. Aliás, isto, ou seja a análise do conteúdo, é menos determinante do que se costuma apontar.

Pense-se em uma autobiografia ou em uma biografia autorizada³³⁹. Não há dúvidas que o conteúdo apresentado na obra corresponde a fatos da vida privada ou então não seria uma biografia. O mesmo pode-se pensar de uma foto mostrando o interior da casa de alguém que a postou voluntariamente em uma rede social.

³³⁹ Exemplo formulado pelo professor orientador em uma das reuniões realizadas durante o desenvolvimento da tese.

Mas por que, aqui, não se questiona acerca da ilicitude?³⁴⁰

Não há violação ao direito à privacidade nos exemplos formulados porque a obtenção da informação e sua divulgação ocorreram licitamente, apesar do conteúdo ligar-se regularmente ao que se entende como pertencente a esfera do privado.

Ter-se-ia solução diversa se a mesma informação se tornasse pública mediante a violação do sigilo médico, furtando-se do consultório as gravações das sessões de análise do biografado. Ou se a imagem do interior da casa tivesse sido captada clandestinamente.

Não se deve tolher a liberdade daquele que deseja contar os detalhes mais íntimos de sua própria vida, ainda que não seja para o seu psicoterapeuta.

E como se colocou inicialmente, o limite instrumental demanda o exame da obtenção da informação e também o do momento de sua divulgação, pois é possível que aquela seja legal, mas não esta. Volte-se ao exemplo da violação do sigilo médico. Se quem divulga os dados do paciente é o próprio médico, a obtenção da informação não pode ser classificada como ilícita, eis que inerente à atividade profissional conhecer a intimidade de quem se submete a um tratamento, no entanto, por certo que isto não autoriza publicá-la. Mas, veja-se, é uma análise objetiva, ou seja, o médico descumpriu o sigilo profissional e não se está sugerindo, por exemplo, examinar o modo como a informação foi divulgada ou se atendido eventual interesse público.

No caso de direito à imagem, igualmente, a foto de si mesmo (*selfie*) é livre até mesmo quando retratar a nudez.

Enfim, o que se defende é que para se concluir pelo exercício regular de direito na liberdade de expressão, como se observou ao se aplicar a ideia para privacidade e imagem³⁴¹, o conteúdo, isoladamente, não será o decisivo.³⁴² A análise deve ser acompanhada do exame da

³⁴⁰ Ao se defender que há licitude na obtenção da informação quando ela é oferecida pelo próprio sujeito ou quando este a autoriza, não se ignora a aproximação que se faz com debate relativo ao dogma da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, previsto no art. 11 do Código Civil. Há o enunciado n. 4, da I Jornada de Direito Civil que dispõe diversamente ao previsto na norma que: «O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.»

³⁴¹ No caso da honra, em função do próprio conteúdo ser ilícito sera desnecessário, em regra, analisar a forma de obtenção.

³⁴² Repita-se, quando o exame se concentrar no conteúdo os exemplos acabam se resumindo, basicamente, aos casos de ameaça, calúnia, injúria e difamação, bem como, informações que se refiram a criança e ao adolescente.

instrumentalidade, levando-se em conta, portanto, também a obtenção e divulgação, sendo isto condição imprescindível para se concluir pela licitude ou ilicitude da comunicação.

Esta reflexão geral é aplicada, por certo, para informações relativas ao já acontecido. Isto fica evidente quando a abordagem do passado parte de fatos publicizados licitamente e que no presente são redivulgados. Inegável, portanto, estar-se diante de uma comunicação protegida, pois tanto materialmente (conteúdo) como instrumentalmente (forma de obtenção da informação e divulgação) inexistem dúvidas acerca da licitude.

Assim, sob o ponto de vista aqui defendido, um livro, um filme, uma matéria jornalística nova ou republicada (ou a que permanece disponível na internet), que retomam o passado revelado legitimamente à época, correspondem a um exercício regular do direito e, portanto, são atuações lícitas.

Não obstante se esteja ciente de que a ideia já tenha sido apontada anteriormente, a sistematização da questão nos termos aqui formulados, acredita-se, é uma contribuição da presente pesquisa.

Samuel Warren e Louis Brandeis, no examinado artigo “The Right to Privacy”, já examinado, haviam apresentado que não há direito à privacidade quando a publicação é feita pelo próprio indivíduo (sendo que uma comunicação privada, não foi considerada como uma publicação) ou com o seu consentimento, ou seja, levaram em consideração como a informação é obtida.

A questão, de certo modo, já era pensada desta maneira, portanto, em 1890.

E de 1890 para 2014, destaca-se também o art. 21 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que considera como violação da intimidade a divulgação de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, quando ela se der sem autorização dos seus participantes.³⁴³

³⁴³ Lei n. 12.965/2014 - Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Salienta-se, contudo, que licitude da obtenção e da divulgação não deve ser entendida como sinônimo de autorização do retratado, já que esta pode não existir e, ainda assim, a comunicação ser lícita.

Luís Roberto Barroso (2004, p. 25/28) apresenta como parâmetros constitucionais para a ponderação na hipótese de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem: a veracidade do fato (verdade subjetiva, exigindo-se negligência na apuração do fato ou dolo na publicação da informação equivocada); licitude no meio empregado na obtenção da informação; personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; local do fato; natureza do fato; existência de interesse público na divulgação em tese; existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Observa-se que o autor igualmente leva em conta o conteúdo e a forma de obtenção da informação, mas a diferença para o que aqui se propõe, inicialmente, está no fato de que, conforme já se apresentou no capítulo anterior, é desnecessária a invocação do método decisório da ponderação. Mas, além deste ponto, vê-se que o autor condiciona o exame a outros parâmetros, como interesse público e natureza do fato, o que, na visão ora defendida são desnecessários e fragilizam a liberdade de expressão.

3.9. As informações que ingressam na esfera pública licitamente admitem redivulgações

Ao longo da tese, buscou-se apresentar os equívocos e riscos de se falar em um direito ao esquecimento.

Como se viu, o propósito de referido direito é impedir a lembrança de fatos do passado que foram publicizados, ainda que de forma lícita, portanto, legítima, sob o argumento de causar perturbações na vida atual do envolvido no relato, com impacto no foro íntimo, em virtude de as vivências passadas provocarem sensações indesejadas, como tristeza e constrangimento, bem como por afetarem negativamente o seu convívio social.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Consoante se apresentou, para os defensores do direito ao esquecimento o fluir do tempo teria o poder de transformar a informação lícita em ilícita, estando o fundamento na violação de direitos que se materializariam justamente pelo lapso temporal, com destaque para a ofensa à dignidade, à privacidade e às normas relacionadas com o impacto do tempo sobre o direito.

A partir destes elementos, refutou-se a existência do direito ao esquecimento, pois não se vislumbra a possibilidade de, em um Estado democrático, a liberdade de expressão ser afetada tão duramente, já que de uma intenção aparentemente inofensiva de proteção do indivíduo de seu passado, há uma inevitável propagação generalizada de proibições de se referir a fatos pretéritos e igualmente causadora de um *chilling effect*, inibindo as pessoas de se manifestarem e provocando uma autocensura.

Tudo isto já foi colocado e repetições são desnecessárias.

Mas, partindo-se da ideia proibitiva, com a convicção acerca da impossibilidade de que ela subsista, e valendo-se do estudo desenvolvido, propõe-se examinar o outro lado, que é justamente o que permite o acesso ao passado e tutela a liberdade de se falar sobre ele.

Poder-se-ia pensar que se exitosa a ideia geral contrária ao direito ao esquecimento, o acesso ao passado estaria garantido, em função do raciocínio inverso que naturalmente se desenvolveria, tornando-se redundante a presente perspectiva. Afinal, se o direito ao esquecimento não existe, ou seja, se não é proibido narrar o que se considera como passado, é permitido abordá-lo no presente.

Todavia, é preciso atentar para alguns detalhes, a fim de que se compreenda a importância do que está sendo desenvolvido.

Lembra-se que a ideia de “direito ao esquecimento” tem sido invocada em diversos contextos, como colocado no capítulo que o apresentou, extrapolando as questões envolvendo liberdade de expressão (e ainda assim a ela querendo equivocadamente aplicar) ou, quando se referindo a este direito fundamental, ampliando sobremaneira a ideia, tratando-o quase como um direito aglutinador de honra, imagem, privacidade e controle de dados pessoais.

Assim, inicialmente, é necessário considerar que a proposta que se apresenta foi construída a partir da delimitação do estudo aqui desenvolvido. E é o recorte dado e a fundamentação elaborada que garantem a segurança para o que se formulará.

Dessa maneira, com base na análise feita para desconstruir o direito ao esquecimento apresenta-se uma formulação geral para regular

a liberdade de expressão e o passado que já foi objeto de uma comunicação lícita.

Defende-se, então, que **as informações que ingressam na esfera pública licitamente admitem redivulgações ilimitadas, respeitando-se direitos autorais, na forma da lei específica, e o uso para fins não comerciais.**

Reforce-se que a importância desta assertiva está na observação de que mesmo dentre os opositores ao direito ao esquecimento não é oferecida uma ideia geral para a relação fundamental entre liberdade de expressão e o passado, já que, por se valerem essencialmente da ponderação, condicionam a resposta inevitavelmente ao caso concreto. Do mesmo modo, ainda tendo como referência os que criticam o direito ao esquecimento, verifica-se o estabelecimento de exceções à possibilidade de abordagem do que já aconteceu que são preocupantes, com destaque para uma aferição de licitude através de uma avaliação do interesse público da informação na atualidade, o que se acredita também confrontar com a liberdade de expressão; e, claro, a contribuição evidencia-se pelo detalhamento do que é admitido no resgate da memória, orientando jornalistas, historiadores, escritores, artistas e todos aqueles que, legitimamente, não querem que o tempo tenha um efeito silenciador e pretendem se valer do direito de examinar e darem o seu relato sobre o passado.

A ideia de “passado” é entendida como o que já aconteceu, o que não é mais o presente, sem preocupações, portanto, com ausência de contemporaneidade, se pouco ou muito tempo.

Para melhor compreensão da proposta, destacam-se os seguintes elementos da formulação: informação; esfera pública; licitude; redivulgação; direitos autorais e fins comerciais.

3.9.1. Informação

Capurro e Hjørland (2003) asseveram que informação, em uma linguagem comum, corresponde ao conhecimento comunicado.

A palavra “informação” na presente tese foi empregada como resultado da manifestação do pensamento, correspondendo, portanto, ao teor da comunicação proferida acerca de acontecimentos, fatos, circunstâncias, dados, por meio de uma mensagem oral, escrita, gestual e comportando análises descritivas, críticas e opinativas.

3.9.2. Esfera pública

A esfera pública, na proposta ora pensada, deve ser entendida como um ambiente de apresentação de ideias.

Trata-se de um espaço não tangível destinatário das manifestações provenientes do exercício da liberdade de expressão, ou seja, das informações que, ao serem nela inseridas, são reveladas, desveladas, tornando-se referências e elementos para pesquisas, debates, discussões que, igualmente, ocorrem neste mesmo ambiente, alimentando-o novamente.

A ideia de esfera pública, aqui delineada, portanto, não deve ser confundida com área ou lugar público em oposição ao privado, como se dá usualmente para avaliar problemas ligados à privacidade e à imagem, quando se vale do parâmetro de ocorrência do evento, tais como em uma rua, praça, praia, parque ou no interior do domicílio.

As informações que integram a esfera pública são diversificadas, destacando-se a atuação da imprensa e devendo ser incluídas, do mesmo modo, publicações oficiais, obras literárias, manifestações artísticas, postagens em redes sociais, blogs e páginas virtuais de um modo em geral, por intermédio de texto, áudio, vídeo e imagem. É contemplada, portanto, uma ampla variedade de informações, com mínima, pequena ou grande repercussão, mas que igualmente deixam de pertencer ao plano do pensamento, das ideias e que passam a receber o *status* de conteúdo público, ainda que inicialmente reduzido a poucas pessoas, excetuando-se apenas o necessário espaço para o segredo e para a confidência³⁴⁴.

Cotidianamente, a esfera pública recebe um número incontável de informações.

³⁴⁴ Ainda assim, cabível um estudo específico relativo ao segredo e à confidência, pois se é plausível acusar um “amigo” de violação de privacidade por difundir o segredo contado em confiança, o mesmo já não se pode dizer contra o jornalista que, no exercício regular de direito, acessou tendo por fonte o “amigo”, e divulgou esta mesma informação. Ademais, um eventual desejo de segredo e confidencialidade, muito mais do que necessária uma construção jurídica para garanti-lo, depende de uma consciência e educação, especialmente atenta aos novos tempos. Como coloca Daniel SOLOVE (2007, p. 105): «New technologies rarely give rise to questions we have never addressed before. More often they make the old questions more complex. Gossip, rumor, and shaming have been with us since the dawn of civilization.»

Há uma característica primordial na esfera pública que é a grande dificuldade de se controlar a trajetória da informação após o ingresso nela ter ocorrido. Não é possível, por exemplo, mensurar quantas pessoas leram um jornal ou um edital público, ou que ouviram um discurso, um comentário político ou uma opinião esportiva, viram um filme ou uma fotografia na rede social.

É certo que o ambiente virtual deixou ainda mais complexa a tarefa de se saber o alcance e a propagação daquilo que ingressou na esfera pública, mas do mesmo modo não era (e não é) possível saber quantas pessoas leram um livro. Ainda quando se pretenda limitar os destinatários da informação divulgada como, por exemplo, em uma rede social por meio de uma configuração em seu perfil em que a postagem fica restrita aos “amigos”, em virtude da característica da falta de controle da esfera pública, é preciso estar consciente que a informação pode ser comentada ou mostrada para outras pessoas ou que a imagem pode ser salva e não ficar mais restrita aquele espaço.

Assim, embora se tenha a pretensão de que a comunicação não seja divulgada irrestritamente, o fato de estar na esfera pública corresponderá a uma inevitável disponibilização da informação. E uma vez inserida licitamente na esfera pública, a sua (re)divulgação será admitida, inclusive a de fatos tipicamente considerados como pertencentes à vida privada.

Poder-se-ia dizer, simplificadamente, que a esfera pública refere-se a fatos que se tornam públicos, optando-se pelo conceito de publicidade. Mas, de qualquer maneira, julga-se interessante a oferta desta perspectiva para que se dimensione adequadamente a questão e também para que não se considere como “público” apenas o que é divulgado em locais com este propósito específico.

Ainda que não se tenha adotado o conceito de esfera pública de Jürgen Habermas, não há dúvida da inspiração aqui exercida por ele. O conceito de esfera pública, inicialmente pensado na obra “Mudança estrutural da esfera pública – investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa”³⁴⁵, encontra sua formulação definitiva no segundo

³⁴⁵ HABERMAS (2014, p. 36/37), no prefácio à edição de 1990 da obra “Mudança estrutural da esfera pública – investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa”, apresenta comentários que, segundo ele afirma, evidenciam as mudanças na sua própria teoria, primordialmente, em virtude da passagem de praticamente 30 anos da primeira edição. Entretanto, optou por deixar o texto original intocado, alegando ser praticamente impossível a tarefa

volume da obra “Direito e Democracia entre facticidade e validade”, da qual se extrai o seguinte:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (HABERMAS, 1997, p. 92)

O conceito de esfera pública de Habermas funciona apenas como parâmetro em virtude de ser apresentada como um fenômeno social, correspondente a uma rede para comunicação de conteúdos e opiniões. Houve também uma identificação com a ideia de permeabilidade e de horizontes abertos, justamente, como se pontuou, para destacar a ausência de limites e de controle sobre a propagação do que nela é produzido.

Reforça-se que está valendo-se dos delineamentos da concepção de esfera pública proposta por Habermas pela aproximação não apenas da terminologia que ora se propõe, mas também pela idealização de existência de um espaço público de manifestação do pensamento e de deliberação.^{346 347} Entretanto, é fundamental destacar que não se incluiu

de uma atualização do texto original, sem ter refazer praticamente o livro inteiro.

³⁴⁶ Como apresenta LUBENOW (2007, p. 113), “em princípio, os elementos constitutivos da esfera pública habermasiana não podem ser antecipados: estão abertos para todo âmbito social. Não existem temas ou contribuições *a priori* englobados ou excluídos. A esfera pública é sempre indeterminada quanto aos conteúdos da agenda política e aos indivíduos e grupos que nela podem figurar.

ao objeto de estudo da presente pesquisa o conceito procedimental de democracia habermasiana e, portanto, do próprio papel da esfera pública em uma política deliberativa e em um processo de legitimação da criação do direito através da teoria do discurso.³⁴⁸³⁴⁹

(...) Habermas propõe a adoção da ideia procedimental de deliberação pública, pela qual os “contornos” da esfera pública se forjam durante os processos de identificação, filtragem e interpretação acerca de temas e contribuições que emergem das esferas públicas autônomas e são conduzidos para os foros formais e institucionalizados do sistema político e administrativo. É nesse caráter procedimental de justificação da legitimidade que se realiza a normatividade da esfera pública. É da inter-relação entre as esferas públicas informais e a esfera pública formal que deriva a expectativa normativa da esfera pública: de abrir os processos institucionalizados às instâncias informais de formação da opinião e da vontade política.”

³⁴⁷ Por exemplo, HABERMAS (2014, P. 144) trata da importância dos cafés na Inglaterra e dos salões na França, nos séculos XVII e XVIII: “aqui como acolá, são os centros de uma crítica inicialmente literária e depois também política, nos quais começa a ser produzida uma paridade das pessoas cultas entre a sociedade aristocrática e a intelectualidade burguesa” (p. 143); “Na primeira década do século XVIII, já existiam em Londres mais de 3 mil desses cafés, cada qual com um círculo de fregueses assíduos. Assim como Dryden discutia ‘os antigos e os modernos’ no círculo da jovem geração de escritores que se encontravam no Will’s e, mais tarde Addison e Steele mantinham no Button’s um *little senate*, assim também no Rotary Club, sob a presidência de um assistente de Milton, Marcell e Pepys se reuniam com Harrington, que certamente expôs ali as ideias republicanas de sua Oceana.”(p. 144); “Em contrapartida, na França, os salões formavam um enclave peculiar. (...) Se no início, sob o reinado de Filipe, os salões eram mais locais de entretenimento galante do que de discursos inteligentes, as discussões logo foram associadas aos jantares. A distinção de Diderot entre textos escritos e discursos (‘nossos escritos operam apenas sobre certa classe de cidadãos, nossos discursos operam sobre todas’) esclarece as funções dos novos locais de reunião. Dificilmente haveria algum grande escritor do século XVIII que não tenha apresentado primeiramente suas ideias essenciais para debate em tais discursos, em conferências na academia e, sobretudo, nos salões. O salão como que mantém o monopólio da primeira publicação: um novo *opus*, mesmo musical, teria primeiro de se legitimar diante desse fórum.” (p. 146/147)

³⁴⁸ “Até o momento tratamos a esfera pública política como se fosse uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil. Este espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. (...) Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los

Retome-se os principais casos ligados ao direito ao esquecimento. Os casos “Red Kimono”, “Landru”, “Lebach”, “Wikipedia”, “Chacina da Candelária” ligam-se a informações de investigações criminais e processos penais que ingressaram na esfera pública por meio de documentos oficiais, bem como por cobertura jornalística, declarações dos próprios envolvidos e acusados, em um procedimento de sobreposição e realimentação. O caso “Google Spain” não tem relação com um processo criminal, sendo a informação originária um edital de hasta pública que, atendendo exigência legal, teve espaço no jornal *La Vanguardia*. No caso “Sidis”, o pai do menino prodígio é quem atraiu os holofotes e convocava a mídia para acompanhar cada passo da criança, infelizmente, cobaia e objeto de vaidade de seu próprio genitor.

A constatação do equívoco do direito ao esquecimento é evidenciada justamente por se tentar proibir a retomada de fatos que não só ingressaram na esfera pública como, nela, tiveram grande destaque.

3.9.3. Licitude

É preciso resgatar o que foi desenvolvido para o estudo relativo ao exercício regular de direito e à responsabilidade civil, nos quais foi examinado o conceito de ilícito.

e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.” (HABERMAS, 1997, p. 91)

³⁴⁹ Como esclarece o próprio Habermas (2014, p. 37), no prefácio da edição de 1990 da obra “Mudança estrutural da esfera pública”, inicialmente publicada em 1962, o objetivo inicial foi “discorrer sobre o tipo ideal da esfera pública burguesa a partir dos contextos históricos dos desenvolvimentos inglês, francês e alemão no século XVIII e início do século XIX”. O autor (2014, p. 39) parte da ideia de uma esfera pública formada por burgueses em condições de igualdade, atrelada inicialmente à literatura, à crítica da arte, que culminou em um movimento de politização da vida social. Ainda no referido prefácio, Habermas (2014, p. 60/61) reavalia o poder da mídia como elemento decisivo para a mudança estrutural da esfera pública, afirmando que “o diagnóstico que fiz, baseando-me em um desenvolvimento retilíneo que vai de um público politicamente ativo para um público privatizado, ‘de um público que discute a cultura para um público que consome a cultura’, é muito incompleto. Na época, julguei de forma muito pessimista a capacidade de resistência e, sobretudo, o potencial crítico de massa pluralista, muito diversificado internamente, que em seus hábitos culturais começava a superar as barreiras de classe.”

Recorde-se que quando se investiga a licitude no exercício da liberdade de expressão não cabe examinar apenas o conteúdo da mensagem. Até porque, como se falou, raramente, uma informação é ilícita em si mesma. Na linguagem oral, os principais exemplos são a ameaça e os crimes contra honra, com destaque para a calúnia. Tratando-se de imagem, possivelmente o único consenso está em conteúdo envolvendo crianças e adolescentes³⁵⁰.

Quando se formulou este pensamento, ou seja, que os limites da liberdade de expressão podem ser divididos em material (conteúdo) e instrumental (modo de obtenção e divulgação), destacou-se a privacidade e o exemplo da biografia autorizada. Não se dúvida que os fatos representados na obra literária são usualmente tratados como pertencentes à vida privada, mas o que é determinante para se considerar que a abordagem não violou direito do sujeito retratado está na análise da forma de acesso aos dados que compõe a narrativa e a divulgação dada a eles (recorde-se que não é porque a obtenção foi lícita, que a sua divulgação também o será, assim, um médico obtém legitimamente informações sobre o paciente, mas não está autorizado a fazer a divulgação deles). Do mesmo modo, pode-se dizer que a obtenção de dados na esfera virtual até pode ter-se dado de forma lícita, mas é preciso estar atento se a divulgação posterior também o é.

No presente momento, o enfoque é a noção de licitude. Inevitável, então, valer-se do que já foi dito, considerando-se lícito,

³⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 :

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 100 – [...]

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

V – privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva de sua vida privada.

Art. 143 – É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

portanto, o que não atenta contra o ordenamento jurídico e não destoa de um padrão médio de comportamento.

3.9.4. – Redivulgações

A permissão para se tratar sobre o passado fica ainda mais latente quando a abordagem parte de fatos publicizados licitamente e que no presente são redivulgados nos moldes propostos durante o presente estudo.

Como se disse, é lícito redivulgar o lícito.

Aplicando-se ao que se apresentou no tópico anterior, inegável estar-se diante de uma comunicação protegida, pois tanto materialmente (conteúdo) como instrumentalmente (forma de obtenção da informação e divulgação) não há dúvidas acerca da licitude.

Ao se desconstruir o direito ao esquecimento e se posicionar favoravelmente à redivulgação é preciso avançar, precisando o que se entende por “redivulgação” e examinando se é possível limitar a sua extensão.

Redivulgação é uma nova abordagem de tema já integrante da esfera pública. Deve-se salientar que não se trata necessariamente de uma transcrição do teor e do formato das divulgações já feitas. Os elementos que compõem o conteúdo das divulgações anteriores é que são públicos.

Assim, a informação divulgada inicialmente pode ser retransmitida ou republicada na íntegra, como, por exemplo, através de uma reprise de um programa de rádio e de televisão, a republicação de uma matéria de um jornal novamente em via impressa ou em uma plataforma eletrônica. Ademais, como já se falou, é o caso das informações disponibilizadas e mantidas.

Além da hipótese de reapresentação integral do conteúdo, é possível, ainda, a alteração do meio, o uso de linguagem distinta e a apresentação em diferentes versões. Deste modo, por exemplo, a divulgação inicial pode ter ocorrido em um livro, cujo conteúdo é adaptado para o cinema; ou ter sido objeto de uma notícia e se pretender no presente produzir um documentário; ou a informação ter sido ofertada oralmente em uma palestra e após se tornar tema de debate na internet.

Acredita-se que a liberdade de se valer de temas disponibilizados na esfera pública e de se manifestar acerca do que integra o passado deve ser a mais ampla possível, considerando-se que presente o valor expressivo da comunicação e que a obtenção e ingresso da informação

na esfera pública deu-se de forma lícita (e se a informação na origem é lícita, não é o tempo que retirará esta qualidade).

E é possível ir além, salientando-se outros aspectos, para os quais se atentou ao longo da tese, inclusive indagações formuladas, recorde-se, quando do exame dos casos da jurisprudência francesa.

Dessa forma, a partir das reflexões propostas ao longo da pesquisa, são apresentados os seguintes delineamentos para garantir a abordagem do passado:

A) Fatos relacionados à informações públicas, porém ainda não revelados

O direito ao esquecimento preconiza a proibição de se falar sobre as informações públicas. Mas, ao se tratar, no presente, de um episódio do passado é possível ampliar e abordar o que ainda não é público? A resposta deve ser fundamentada na liberdade de expressão e, deste modo, igualmente, trata-se de resgate da memória, respeitando-se o limite da atuação lícita em relação ao conteúdo e na obtenção da informação, conforme se destacou ao longo da tese.

B) Fatos ligados ao ambiente privado, porém obtidos e divulgados licitamente

Outra consideração relaciona-se especialmente à privacidade. Acredita-se já se ter firmado posicionamento ao se dizer que não há violação à privacidade quando o fato, ainda que usualmente relacionado à vida privada, tenha ingressado licitamente na esfera pública. Assim, reforça-se que não cabe falar em ofensa à privacidade nesta situação, já que os fatos deixaram de ser assim considerados, principalmente se a divulgação se deu por ato voluntário do sujeito envolvido. Desta maneira, não se pode tolher futuras redivulgações, que independerão de (nova) autorização do envolvido.

Com isso, em relação ao caso Landru (recorde-se, momento em que se falou pela primeira vez em “direito ao esquecimento”), por exemplo, não poderia sua amante alegar que o relacionamento amoroso retratado em um processo judicial e já publicado voluntariamente em um livro de memórias corresponderia a fatos tutelados pelo direito à vida privacidade, pois deixaram de o ser com a divulgação lícita do passado, não mais havendo espaço para o exercício de um direito de oposição. Do mesmo modo, acredita-se equivocado o pensamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso Google Spain, quando afirmou ser a

dívida de Mario Gonzalez um fato sensível de sua vida privada, motivando a condenação do motor de busca à desindexação como instrumento para viabilizar o direito ao esquecimento.

C) A retomada de imagens públicas do passado

Em relação ao direito de imagem, o raciocínio, aqui apresentado, é mantido. Desta forma, a imagem lícitamente obtida e publicada no passado não dependerá de (nova) autorização do retratado. Como já se falou, as imagens têm papel fundamental na representação dos fatos pretéritos e integram o conceito de informação. Por esta razão, inclusive, que se exige coerência entre imagem e texto.

Nesse contexto, exemplifica-se a questão por meio do caso *Pull-over rouge*, em que a Corte de Cassação dispôs que a liberdade de comunicação garante a utilização de imagens das pessoas envolvidas. Lembra-se que no momento da análise deste caso, apresentou-se a reflexão da autora Isabelle Paulik (2004), com a qual não se concorda, de que o uso da imagem do pai da menina assassinada, que causou grande comoção à época, somente se justificaria se fosse o caso de uma matéria em que o propósito fosse questionar a influência da opinião pública em julgamentos de grande repercussão na mídia, mas não sendo este o caso, não mais se justificaria o seu uso, até porque segundo ela, a reportagem chegava a questionar a culpabilidade do acusado.

De qualquer modo, recorre-se a este julgado para demonstrar que tais condicionamentos não são admissíveis, sendo suficiente apenas que a imagem corresponda à mensagem transmitida pelo texto.

D) Forma da redivulgação e o lapso temporal entre a informação publicizada no passado e a atual

Cabe colocar também que não se deve interferir nas razões, na forma da redivulgação e, por óbvio, nem é possível estipular qual o intervalo de tempo, mínimo ou máximo, entre a primeira divulgação e as posteriores. Aliás, a questão do tempo é colocada aqui apenas como um reforço, pois se acredita que já foi firmemente apresentada a convicção de que informação não tem prazo de validade.

Assim, inexistente direito ao esquecimento, não há espaço para questionar os motivos e, igualmente, não se deve interferir em como se fará, na atualidade, a retomada, pois não será a forma de apresentação, isoladamente considerada, que provocará um atentado à privacidade, honra ou imagem.

Oportuno valer-se novamente do caso Landru no qual o Tribunal de Grande Instance de La Seine afastou a pretensão da amante que se opunha ao filme que narrava a sua vida com o assassino em série, mas acabou por responsabilizar a produtora da obra cinematográfica em razão das cenas amorosas e da sua representação nua, selecionando, portanto, o que poderia e como poderia ser abordado, falando, inclusive, que o fato de ser um vídeo, portanto imagens em movimento, era mais grave e atentatório do que se uma imagem em um cartaz, por exemplo. Consoante se indicou no momento da análise, felizmente, a Corte de Apelação de Paris atestou o equívoco e reformou a decisão e negou amplamente o pedido.

Da mesma forma, faz-se nova referência ao caso Madame M. contra Filipacchi et Société Cogedipresse, julgado pelo mesmo Tribunal de Grande Instance de La Seine, quando pela primeira vez o direito ao esquecimento foi aplicado por uma decisão judicial francesa e, de maneira inadequada, examinou-se se a nova narrativa sobre o crime do passado estaria ligada a alguma necessidade de informação imediata ou de cultura histórica dos leitores.

Importante, ainda, resgatar a decisão referência da Corte de Cassação, o caso *Madame Monanges contra Kern e Marque-Maillard*, que afastou o direito ao esquecimento, mas que, de forma imprópria concluiu que teria faltado objetividade e prudência ao autor que teria falado sobre a condenação, porém não sobre a graça e a reabilitação da autora. Isto, aliás, demonstra a necessidade de não se satisfazer com a colocação de que não há direito ao esquecimento, pois a Corte de Cassação à época o fez, mas de se traçar diretrizes para garantir a livre expressão na retomada do assunto.

E não há como não criticar a conclusão do TJUE que apontou como parâmetro de avaliação para um direito de desindexação a adequação, a relevância e a pertinência da informação disponível na internet. Retomando-se as peculiaridades da questão no ambiente virtual e, portanto, não se falando necessariamente de uma comunicação nova, mas sim da manutenção da original, a subjetividade destes critérios interferem negativamente no direito de acessar as narrativas relativas ao passado. Não são à toa, portanto, os dados impactantes de informações já desindexadas pelo próprio Google, em cumprimento à decisão.

E) Direito ao esquecimento *versus* direito ao isolamento

É imprescindível separar situações distintas que vem sendo tratadas como equivalentes.³⁵¹

Relembre-se uma citação apresentada, no primeiro capítulo, pelos autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 325). Eles se referem à hipótese de uma celebridade que opta por voltar para o anonimato como sendo equivalente à da pessoa que já cumpriu a pena criminal e que passa a ter o direito de não ter mais publicizado o seu passado, à época, determinante para a sua condenação.

Contudo não há semelhança entre ambas.

Na hipótese da celebridade, o enfoque está no presente, no legítimo desejo de resguardar a vida privada atual. O passado permanece sendo público, podendo ser livremente retomado.

Na referência feita ao condenado criminal, intenta-se silenciar o passado público, em uma típica situação exemplificadora do direito ao esquecimento.

De acordo, com o que se defendeu neste estudo, os fatos que ingressaram lícitamente na esfera pública, independentemente do tempo, admitem redivulgações, e isto se aplica para a celebridade que pretende se recolher no anonimato e para o condenado criminal. Igualmente, aplicam-se a ambos o respeito à vida presente, o que significa que imagens não autorizadas não serão admitidas, tampouco a divulgação de informações tidas como privadas atuais captadas clandestinamente, o que, aliás, corresponde ao que se pensou sobre como se dá o exercício regular do direito da liberdade de expressão.

Para que a conclusão a que se chega não seja confundida com o próprio direito ao esquecimento, propõe-se a terminologia direito ao isolamento

A possibilidade de divulgação de fatos que já tenham se tornado públicos no passado, justamente porque não haverá a lesão do direito à privacidade pelo mero decurso do tempo, é diferente da veiculação de informações atuais sobre a pessoa envolvida, que não tenham conexão com o evento notório.

³⁵¹ Esta ideia foi inicialmente apresentada no artigo: MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 19. N.3, p. 808-838. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>

Faz-se, portanto, uma diferenciação entre o direito ao esquecimento, aqui criticado, e o direito ao isolamento, ora defendido, o qual é tutelado pelo direito à privacidade.

Os casos *Red Kimono* e *Sidis* também demonstram a diferença que se propõe. No primeiro, o filme concentrou-se no passado notório de Gabrielle Darley. Já em *Sidis vs F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, sem a sua autorização. Assim, sustenta-se que na primeira situação, o filme representa o exercício da liberdade de expressão, já em “*Sidis*” a revista *The New Yorker* não poderia ter invadido a esfera de privacidade de Willian.

E, recorde-se que com base na jurisprudência francesa, Dotti (1980, p. 92), como visto, apontou como marco inicial para o direito ao esquecimento a frase do advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!”. Não se contesta tal afirmação. É claro que todos têm o direito de morrer em paz, inclusive o homem que um dia já foi célebre. No entanto, ela se relaciona com o direito ao isolamento ora proposto e não a um direito ao esquecimento.

Vale-se ainda do caso da “Chacina da Candelária” para ilustrar referida questão. Reafirma-se que não cabe ao Sr. Jurandir se opor a recordação de um fato já publicizado, pertencente à memória coletiva e à história. Como já se asseverou, não se questiona a ilicitude contra ele praticada em razão de um inquérito policial conduzido inadequadamente e não se dúvida dos abalos causados por uma acusação infundada e uma prisão indevida. A narrativa sobre estes fatos, porém, não pode ser impedida. Todavia, o Sr. Jurandir é titular do direito à privacidade, que garante a ele um direito de recolhimento, de se isolar, de proteger a sua vida presente.

Assim, é legítima a oposição à divulgação não autorizada e clandestina de informações não públicas atuais, especialmente a captação de imagens não consentidas. É demasiada e imprópria a defesa de que em função de um evento público do passado, toda a vida futura do indivíduo envolvido passaria a admitir divulgações irrestritas.

Não se desconhece a extensão que estas afirmações podem alcançar. Está-se consciente que a aplicação do pensamento aqui desenvolvido torna legítima a utilização³⁵² da foto ou do texto publicado em um rede social para compor, por exemplo, uma matéria jornalística.

³⁵² Conforme se verá a seguir, respeitado o direito autoral e vedada a utilização para fins comerciais.

O primeiro argumento contrário que se poderia apresentar é que o público de um jornal de grande circulação não é o mesmo que acessaria a informação por meio da rede social, ou seja, o primeiro pensamento é de que o jornal alcançaria um maior número de pessoas. Mas, unindo ao que já se apontou acima, não é possível dimensionar o alcance de uma postagem no *facebook*, por exemplo, que tem 1,59 bilhão de usuários³⁵³. Ainda quando a intenção inicial é de limitar a informação a um grupo restrito, é preciso atentar para a impossibilidade de a controlar efetivamente. Ademais, embora ao autor da comunicação deva ser concedida a prerrogativa de retirá-la do provedor em que a tiver inserido³⁵⁴ (no exemplo, a rede social), deve-se atentar que são inúmeros os aspectos técnicos (compartilhamentos, difusão por sites diversos, salvamento em computadores pessoais) que impedirão que se tenha certeza se o dado não está mais no mundo virtual.

No momento é essencial que se crie consciência disto.

Defende-se a importância de uma educação digital, a qual permitirá que se atue preventivamente, refletindo-se acerca das consequências advindas de um determinado comportamento nesta nova configuração social e tecnológica, particularmente quando se tratar de conteúdo disponibilizado voluntariamente.

Thomas Rohmer (2014)³⁵⁵ afirma, por exemplo, que a decisão do TJUE, no caso Google Spain, interfere negativamente na crescente evolução do reconhecimento da necessidade de uma educação digital, pois ao ter sido divulgada como a consagração do direito ao esquecimento, transmitiu-se a mensagem de que fatos desabonadores terão facilmente a sua circulação impedida através da desindexação.³⁵⁶

³⁵³ <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/01/facebook-anuncia-crescimento-dos-lucros-e-do-numero-de-usuarios-20160127211006500148.html>

³⁵⁴ Peter Fleischer, responsável pela proteção de dados pessoais da empresa Google, esclarece que a empresa oferece um serviço chamado *dashboard* que reúne as informações disponíveis sobre alguém para que ela mesma possa suprimir. Ele também informa que o facebook oferece a possibilidade de total supressão do perfil do usuário. (http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/11/12/la-delicate-question-du-droit-a-l-oubli-sur-internet_1266457_651865.html) Acesso em 20/12/2015)

³⁵⁵ http://www.huffingtonpost.fr/thomas-rohmer/droit-a-loubli-deresponsabilisation-internautes_b_5483182.html Acesso em 10/08/2015

³⁵⁶ “Qui plus est, voilà dix années que nous nous battons quotidiennement pour responsabiliser ceux que nous appelons la "génération numérique", à croiser les informations, à vérifier leurs sources avant d'utiliser des contenus en ligne, bref à ne pas croire tout ce qu'ils lisent et voient sur la toile et à faire en sorte de faire

Seguindo-se na análise, ainda com o propósito de melhor elaborar a questão da redivulgação, recorde-se que, durante a presente pesquisa, deparou-se com algumas situações em que, segundo os autores que as apresentaram, a pessoa envolvida teria o direito de ser esquecida e, portanto, obstar-se-ia a retomada ou manutenção da informação.

Recorde-se o caso da estudante do curso de pedagogia, do psicoterapeuta (ambas tratadas na obra de Mayer-Schönberger) e do adolescente que poderia vir a não conseguir emprego no futuro em razão da foto do passado (segundo exemplo, de Daniel Sarmento).

Stacy Snider foi impedida de se formar em pedagogia em função da foto que ela mesma disponibilizou na rede social “*my space*” com um chapéu com os dizeres “pirata bêbado” e tendo um copo na mão. O psicoterapeuta canadense foi proibido de atravessar a fronteira do Canadá para os Estados Unidos em virtude de ter publicado um artigo na década de 60 em que admitia ter feito uso de LSD. E o, hoje, adulto que tem dificuldades de obter emprego em razão de foto publicada na adolescência que o mostrava embriagado (cumpre salientar que no caso de adolescente a questão, de fato, merece um tratamento particularizado).

Indica-se também a preocupação apresentado pela Associação Eduardo Banks na audiência pública que antecedeu ao julgamento relativo às biografias não autorizadas (e está citada no acórdão da ADI n. 4851, p. 20): “todos nós, na nossa juventude, participamos de festa de calouros na faculdade, participamos de alguma coisa, e às vezes a gente escorrega. Isso não quer dizer que a vida tem que ser o nosso passado. E às vezes a gente não pode ser avaliado pelo nosso passado, mas pelas nossas obras, por nossa continuidade.”

Imagina-se que já se esclareceu que ainda que não se negue a importância de se discutir a circulação dos dados pessoais na *internet*, não é o direito ao esquecimento que ofertará a melhor solução. Deve-se examinar, preliminarmente, se a hipótese pode ser solucionada mediante direitos já positivados expressamente. A problemática pode estar ligada à sempre complexa noção de privacidade, uso indevido de imagem, violação da honra, divulgação ilícita de informações sigilosas, etc. Afinal, não são poucas as situações em que a exclusão da informação do ambiente virtual será devida.

prendre conscience aux parents qu'il s'agit d'un réel enjeu d'éducation qui leur incombe. Cet arrêt vient stopper net cette démarche car il offre la possibilité à un Internaute de faire disparaître des liens vers des informations qu'il estime lui être préjudiciable même si celles-ci ‘sont licites et vraies.’ (RHOMER, 2014)

Mas, tratando-se de informações que ingressaram na esfera pública, no caso na internet, lícitamente, é preciso ter muita cautela ao se defender a impossibilidade de redivulgação.

Ainda que, como dito, ao autor do ato comunicativo deva ser concedida a prerrogativa de retirá-lo da sua página pessoal do provedor em que tiver inserido (por exemplo uma postagem em um blog ou em uma rede social, como é o caso de Stacy Snyder³⁵⁷), além da dificuldade técnica já assinalada que impede a ciência sobre o real apagamento da informação do universo virtual, sustenta-se que uma vez publicizada lícitamente a redivulgação poderá acontecer (por exemplo, um jornalista que pretenda falar sobre o direito ao esquecimento poderá se valer da imagem e da informação para compor a sua matéria).

Dessa maneira, se o ingresso na esfera pública foi legítimo, a liberdade de expressão passa a tutelar futuras pesquisas e veiculações e, portanto, manter ou fazer nova veiculação não pode ser considerada conduta violadora de direitos, seja por meio de desindexação ou seja por intermédio do apagamento.

Defender o direito de se deletar as informações porque o passado incomoda ou de as excluir por serem destituídas de interesse público corresponde, primeiramente, a uma supressão que pode ser fatal para a memória e para a História e, em segundo lugar, atrelar o direito à inexistência de interesse público é dotar a questão de grande subjetividade, também geradora de riscos para a livre expressão.

Daniel Sarmiento (2015, p. 45), como visto, opõe-se ao direito ao esquecimento no formato delineado pelas decisões do STJ. Mas, apesar de não concordar com a denominação “direito ao esquecimento”, defende a importância da sistematização de um direito apto a garantir que se controle os dados pessoais destituídos de interesse públicos³⁵⁸.

³⁵⁷ Foto facilmente encontrada hoje através da pesquisa pelo provedor google.

³⁵⁸ A concepção de interesse público dada por Daniel Sarmiento (2015, p. 45) é, felizmente, ampla: “O âmbito de proteção do direito à informação é amplo. Ele abarca todas as questões que apresentam algum interesse público, sendo que este deve ser concebido de maneira alargada, para abranger a mais ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social. Há evidente interesse público na atividade política, bem como na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes. Mas ele também está presente em temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc. Afinal, o debate destas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer, através da reflexão coletiva, que ganha em qualidade quando o

Independentemente da importância de se tutelar direitos também no ambiente virtual, é necessária, repita-se, a conscientização de que se vive um novo modelo de armazenamento de informações. Deste modo, é plenamente possível que as pessoas mais facilmente deparem-se com registros do passado que não gostariam de ver rememorados, sem terem o direito de impedir a sua divulgação. As informações até podem constranger, incomodar, causar vergonha, mas não podem ser consideradas ilícitas. No momento é essencial que se atente para isto e, mediante uma educação digital, que as pessoas despertem para esta nova formatação comunicativa e, se assim o desejarem, busquem garantir a sua privacidade.

Ademais, é preciso considerar que é extremamente questionável que se impeça alguém de se tornar professora, de entrar em um país ou de obter um emprego pelas razões acima apresentadas. Trata-se de um grande equívoco do destinatário da informação, e isto independe da época vivida pela humanidade, da capacidade perdida de se esquecer ou mesmo de qualquer noção sobre a privacidade.

3.9.5 – Limites: direitos autorais e uso para fins comerciais

Os limites para a redivulgação de uma informação disponibilizada licitamente na esfera pública estão na legislação de direito autoral (Lei n. 9.610/1998) e na não utilização para fins comerciais.

A delimitação da pesquisa não inclui uma análise acerca do regime jurídico do direito autoral no Brasil.

No que concerne a não utilização para fins comerciais, é elucidativa a posição do Supremo Tribunal Federal apresentada na ADI n. 4815 (biografias não autorizadas):

Nem se afirme alterar algo, na interpretação do direito, a circunstância de a proteção da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem ser agravada pela circunstância de se buscarem fins comerciais com a comercialização da obra biográfica. Escreve-se para ser lido. E livro é produto de comércio. Logo, o que se está a obter para desimporta para o deslinde da questão relativa à interpretação da matéria. O mesmo dá-se com a obra audiovisual. Produção cinematográfica é comercializável. E comércio faz-se com paga pela prestação do

serviço. (STF, 2016, p. 106)

Deste modo, não é possível se valer de uma imagem disponível na esfera pública para, por exemplo, confeccionar e comercializar um cartão postal ou para vender produtos, seja mediante a utilização em um rótulo ou uma peça publicitária.

CONCLUSÃO

Após um longo período de estudo, ainda que se tenha a convicção de que o tema não foi esgotado, há uma grande expectativa na apresentação clara e direta dos objetivos alcançados e das contribuições acadêmicas ofertadas pela pesquisa.

Em suma, partiu-se do questionamento acerca da existência e da viabilidade de um direito ao esquecimento, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, que tutela a liberdade de expressão, compreendida como o direito de livre manifestação do pensamento e de acesso às informações, acarretando em limites às narrativas relativas ao passado, embora não consagrado expressamente.

O conceito que se formulou para o direito ao esquecimento, a partir do levantamento doutrinário e jurisprudencial realizado e da sistematização sobre o tema empreendida, é que se trata de um direito de não ter lembrado, em uma comunicação atual ou mesmo em uma informação pretérita (acessível através da internet), um fato do passado, ainda que reputado como verdadeiro e tornado público, à época, de forma lícita, em função de sua perturbação à vida presente da(s) pessoa(s) afetada(s) pela comunicação.

De acordo com a ideia de um direito ao esquecimento, a passagem do tempo, a não atualidade, a ausência de contemporaneidade são suficientes para fazer com que a comunicação torne-se violadora de direito, transformando o lícito em ilícito, ainda quando o tema abordado permaneça sendo absolutamente o mesmo de outrora.

Trata-se de um direito de difícil assimilação, pois da pretensão, aparentemente nobre e inofensiva, de proteger o indivíduo de seu próprio passado, de poupá-lo das lembranças de experiências negativas pretéritas (assim por ele subjetivamente consideradas), gera-se um dever de esquecer, cuja violação dá origem a uma sanção correspondente à censura prévia ou à condenação ao pagamento de indenização, sendo ambas as respostas estatais causadoras do que os anglo-saxões chamam de *chilling effect*, ou seja, de um efeito dissuasivo, inibindo a livre manifestação do pensamento.

Além disso, observou-se que, embora o direito ao esquecimento receba forte apoio doutrinário e existam decisões judiciais que o reconheçam, inclusive de tribunal superior brasileiro, os estudos favoráveis a ele mostram-se deficitários para regular as pretensões por ele mesmo geradas, pois, não há, por exemplo, uma definição de qual a amplitude da comunicação originária e da redivulgação, assim como,

não se indica qual o lapso temporal para o configurar e quais os legitimados para o pleitear, demonstrando, assim, a instabilidade de sua aplicação, o que se agrava, especialmente, diante da opção feita pelo método decisório da ponderação.

Durante a tese, buscou-se registrar que há incompatibilidade do direito ao esquecimento com a liberdade de expressão, direito fundamental que garante a circulação de ideias e o acesso às informações refutando-se, pontualmente, as linhas doutrinárias e o pensamento apresentado pelas decisões do STJ (casos da Chacina da Candelária e Aída Curi), destacando-se, inclusive, pesquisa feita a partir da jurisprudência francesa que não reconhece um direito ao esquecimento, consoante se abstrai do posicionamento da Corte de Cassação deste país, ao contrário do que é vem sendo dito no Brasil, seja pelas citadas decisões, seja pela produção bibliográfica. Como apontado, não havia a pretensão de se valer do método comparado, muito menos o de esgotar o estudo da questão na França. O objetivo principal, através do estudo dos casos, além de demonstrar o equívoco referido, era o de se identificar questões já debatidas em território francês, para pensar o tema com maior profundidade e sob diferentes ângulos.

Não cabe, neste momento, repetir todos os argumentos desenvolvidos para a comprovação de que um direito que proíbe a narrativa de fatos do passado, públicos e divulgados licitamente, atenta contra a livre manifestação do pensamento e compromete a história, a cultura, a ciência, a arte e o jornalismo. Assim, ainda que se admita que nem toda a comunicação esteja protegida pelo direito à liberdade de expressão, pois, sim, há coisas que não devem ser ditas, e se o forem devem ser reprimidas, não há espaço no direito brasileiro para o direito ao esquecimento que, aliás, não está previsto expressamente.

Na tese, sustentou-se que para avaliar se uma comunicação é protegida ou não, é preciso examinar o seu conteúdo e a forma de obtenção e divulgação, o que se denominou, respectivamente, de limite material e limite instrumental. Para a construção da ideia de um limite material, valeu-se da teoria de Kent Greenawalt que versa sobre as justificativas para a liberdade de expressão, e de João dos Passos Martins Neto que apresenta as razões de proteção, - democracia, autonomia, verdade e tolerância - e formula a tese de valor expressivo do ato comunicativo, consoante a presença de uma ou mais das referidas razões, especialmente quando os limites para a liberdade de expressão não estão explicitados pelo texto constitucional. Cabível, dessa forma, a premissa de que a manifestação do pensamento deve ser admitida amplamente, fazendo com que sejam raras as falas ou imagens ilícitas

em si mesmas. O limite instrumental tem, então, papel chave e relaciona-se com a investigação acerca da licitude no ato de obtenção da informação e também do momento da sua divulgação.

A ilicitude, portanto, está muito mais próxima da conduta relacionada com a obtenção e divulgação da informação do que propriamente com o conteúdo. Além disso, saliente-se que não há espaço para se avaliar, na retomada do assunto, critérios que fragilizam a liberdade de expressão, como é o caso da verificação de eventual interesse público e a atualidade da redivulgação. Neste contexto, não há dúvidas, portanto, quanto à impropriedade do direito ao esquecimento.

Aliás, diversamente, constatou-se que as comunicações que relatam o passado e que foram acusadas, inadequadamente, de violar o direito ao esquecimento, na verdade, representam perfeitamente a situação de um exercício regular de direito e, portanto, não podem ser censuradas.

Assim, unindo-se a convicção de violação à liberdade de expressão e de que é incabível fundamentar o direito ao esquecimento na dignidade da pessoa humana ou na abrangência do direito à privacidade, seja no que concerne a ideia de um “direito de estar só”, seja mediante a concepção de que se trataria de um controle temporal de dados, ou ainda em uma combinação de normas tradicionalmente ligadas à fluência do tempo, chega-se, inevitavelmente, à conclusão de que resgatar eventos do passado publicizados legitimamente não podem ser tratados como ilícitos.

O estudo da ilicitude e da responsabilidade civil assumiram, então, uma posição central no desenvolvimento da pesquisa.

Firmou-se que a responsabilidade civil decorrente de uma comunicação supostamente violadora de direito e causadora de danos deve ser, em regra geral subjetiva, sendo decisiva, portanto, a apuração de culpa.

Desse modo, protege-se o comunicador (jornalistas, historiadores, autores, cineastas, comentaristas, etc), a partir da ideia da regularidade do exercício da livre expressão e mediante o exame da sua conduta, pois não há antijuridicidade (inexistência de violação a direito), tampouco ilicitude e culpa, inclusive pela impossibilidade de se deduzir que abordar eventos pretéritos divulgados de acordo com a ordem jurídica destoe de um padrão médio de comportamento. Ademais, a pretensão indenizatória fracassa por se tratar de prejuízo não ressarcível.

É preocupante observar decisão do STJ que apresenta “a ausência de contemporaneidade” como traço para se aferir a ilicitude, o que se deu, justamente, pelo fato de se ter reconhecido um direito ao

esquecimento e em razão de uso do método decisório da ponderação. O resultado a que se chegou no caso da “Chacina da Candelária” deve ser visto como um alerta para os riscos e equívocos da combinação entre a responsabilidade civil e o neoconstitucionalismo.

Além da dificuldade de se perceber como se apurou a ilicitude (e esta constatação, no caso da Chacina da Candelária, independe se o exame se concentrou nos elementos civilistas da responsabilidade civil ou nos parâmetros constitucionais de interpretação de direitos fundamentais), é preciso salientar que se está diante de métodos distintos de análise e modos diferentes de raciocínio, à disposição dos juristas, que, no entanto, são inconciliáveis ou, ao menos, a união não vêm sendo operada com o rigor necessário.

Registrou-se a limitação de se aceitar a ideia de que primeiro deve-se ponderar e somente após partir para a apuração da responsabilidade civil. Inicialmente, porque ao se ponderar, concluindo-se pela preponderância de um dos princípios, já se está verificando elementos para o estabelecimento da condenação à reparação dos danos, em especial, investigando-se antijuridicidade.

Há uma questão importante que se concentra no exame da possibilidade de se aferir antijuridicidade, ilicitude e culpa por meio do pensamento neoconstitucionalista, da teoria dos princípios e do método da ponderação, pois apesar de ser sustentado que inexistem direitos absolutos, não consideram que, por exemplo para o caso que se está examinando, há comunicações não protegidas, portanto, não tuteladas pela liberdade de expressão, inexistindo a alegada potencialidade de conflitos entre direito fundamentais.

Conclui-se que não é possível atribuir à ponderação a criação de uma nova concepção de ilícito ou mesmo antijuridicidade. O resultado do processo de interpretação dos princípios, fundado, essencialmente na ideia de colisão e de ponderação (ou sopesamento) cria incertezas tanto para ampliar quanto para reduzir as possibilidades indenizatórias, provocando uma oscilação da análise de antijuridicidade e ilicitude.

Não se pretende firmar categoricamente que a responsabilidade civil oferece uma resposta exata para os casos que envolvem liberdade de expressão. Reconhece-se que a norma escrita isoladamente não oferece todos os comandos necessários para uma cognição exauriente dos pressupostos de uma obrigação indenizatória. A responsabilidade civil, como é sabido, independe de uma tipificação, característica própria da responsabilidade penal, portanto, uma conduta pode ser considerada ilícita embora não se tenha previsão específica normativa taxando-a como tal. Embora a sistemática civil ofereça instrumentos

seculares para a solução da questão, eles, certamente, não são infalíveis. Assim, não se sustenta que a figura do “bom pai de família” garantirá o exame perfeito da culpabilidade. Porém, ao menos, defendeu-se que o critério da culpa, em seu formato atual e despido de valorações moralistas individuais, não permitiria concluir-se pela condenação de alguém ao pagamento de uma indenização na hipótese de um evidente exercício regular do direito que é expressar-se a partir de fatos públicos e com circulação prévia legítima.

Conclui-se, igualmente, que a figura civilista do abuso de direito não produziria resultado próximo ao obtido por meio da aplicação da teoria dos princípios. Não há equivalência entre o abuso de direito e o método ponderacionista. O primeiro é mais restritivo, oferecendo menor margem de discricionariedade ao magistrado, já que o exame se concentra no exercício de um direito em que se excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, nos termos do art. 187 do CC. Ainda que estes sejam conceitos indeterminados e amplos, acabam por se vincular também a ideia de um padrão de comportamento médio, o que, aliás, demonstra que o abuso de direito está integrado à culpa, apesar de a doutrina majoritária brasileira afirmar que se deve examinar a questão sob os aspectos de uma responsabilidade civil objetiva, não tendo, conseqüentemente, o alcance da ponderação.

Além da sistematização do tema do direito ao esquecimento, cuja apresentação acredita-se ser inédita, e da provocação da reflexão acerca da combinação entre responsabilidade civil e teoria dos princípios e da defesa da aplicação do instituto civilista, a tese oferece uma última contribuição ligada à relação entre liberdade de expressão e passado.

Assim, desenvolveu-se uma formulação geral para regular a liberdade de expressão e o passado que já foi objeto de uma comunicação lícita.

Defende-se que as informações que tiverem ingressado na esfera pública licitamente admitem redivulgações ilimitadas, respeitando-se direitos autorais, na forma da lei específica, e o uso para fins não comerciais.

Não se trata de uma mera repetição de que o direito ao esquecimento é despido de fundamentos. A importância desta assertiva está na observação de que mesmo dentre os opositores ao direito ao esquecimento não é oferecida uma ideia geral para a relação fundamental entre liberdade de expressão e o passado, eis que, por se valerem essencialmente da ponderação, condicionam a resposta inevitavelmente ao caso concreto. Do mesmo modo, sustenta-se que se

contribui ao não se valer de exceções à possibilidade de abordagem que são preocupantes, com destaque para uma aferição de licitude através de uma avaliação do interesse público da informação na atualidade, o que é feito, inclusive, pelos opositores ao direito ao esquecimento, o que se argumenta também confrontar com a liberdade de expressão. Ainda, são oferecidas diretrizes que conduzem a investigação acerca do que é admitido no resgate da memória, orientando jornalistas, historiadores, escritores, artistas e todos aqueles que, legitimamente, não querem que o tempo tenha um efeito silenciador e pretendem se valer do direito de examinar e darem o seu relato sobre o passado.

Fez-se, então, uma análise dos elementos principais da formulação (informação, esfera pública, licitude, redivulgações e limites nos direitos autores e no uso para fins comerciais), o que permitiu responder indagações que se apresentaram ao longo da tese.

Assim, especialmente, quando se examinou a “redivulgação”, entendida como uma nova abordagem de tema já integrante da esfera pública, estabeleceu-se: que não se trata necessariamente de uma transcrição do teor e do formato das divulgações já feitas, pois os elementos que compõem o conteúdo das divulgações anteriores é que são públicos, admitindo-se, assim, que a informação divulgada inicialmente seja retransmitida ou republicada na íntegra, ou se dê a alteração do meio, o uso de linguagem distinta e apresentação em diferentes versões; que as informações disponibilizadas licitamente na internet devem ser mantidas; que há a possibilidade de se falar sobre informações que ainda não tenham se tornado públicas, apesar de ligadas a fatos já publicizados, fundamentando-se na liberdade de expressão, conforme se destacou ao longo da tese, atendendo-se, por certo, à existência de um valor expressivo; que não cabe falar em ofensa à privacidade quando a divulgação originária deu-se de forma legítima, já que os fatos deixaram de ser assim considerados, principalmente se deu-se por ato voluntário do sujeito envolvido, o qual não terá de conceder (nova) autorização; que a imagem têm papel fundamental na representação dos fatos pretéritos, integrando o conceito de informação, e se licitamente obtida e publicada no passado não dependerá de (nova) autorização do retratado, respeitando-se a correspondência com a mensagem transmitida pelo texto; que não cabe questionar os motivos da redivulgação, tampouco, da forma; que, por óbvio, não cabe estipular qual o intervalo de tempo, mínimo ou máximo, entre a primeira divulgação e as posteriores; que o direito ao esquecimento não deve ser confundido com o que se denominou de direito ao isolamento, sustentando-se que são coisas distintas a licitude da divulgação de fatos

que já tenham se tornado públicos, eis que não há lesão do direito à privacidade pelo mero decurso do tempo, e a veiculação de informações atuais sobre a pessoa envolvida, que não tenham conexão com o evento notório, o que significa que imagens do presente não autorizadas não serão admitidas, bem como não cabe a divulgação de informações atuais, tidas como privadas, captadas clandestinamente, o que, por sinal, corresponde ao que se pensou sobre como se dá o exercício regular do direito da liberdade de expressão.

Ainda, em prol da livre manifestação do pensamento, deseja-se registrar aqui na conclusão, o grande equívoco de se pensar em verdades absolutas ou em história oficial, de se limitar narrativas, suprimindo fatos, nomes e imagens, sob o argumento de que não se tratam de eventos históricos ou que o relato não se refere aos personagens principais.

Destaque-se também a importância de se aprofundar a ideia de uma educação digital, a fim de que se promova e se tenha consciência acerca das consequências advindas de um determinado comportamento nesta nova configuração social e tecnológica, particularmente quando se tratar de conteúdo disponibilizado voluntariamente na internet.

Por fim, não se pretende transmitir a mensagem de que se é insensível ao sofrimento provocado por traumas do passado e justamente, por isto, chama-se atenção para três aspectos, normalmente, não considerados quando se defende o direito ao esquecimento.

O primeiro é que as tentativas de se impedir que o evento do passado seja rememorado, na verdade, tem produzido um efeito inverso. A ideia do esquecimento tem se mostrado, dessa forma, ineficaz. Fala-se inclusive, como explicado, em um efeito Streisand, que potencializa a discussão sobre o que se pretendia calar, atraindo os holofotes e, paradoxalmente, provocando uma superexposição. Os citados nesta tese, Jurandir França, Mario Costeja González, os condenados pelo crime em Lebach e tantos outros, partiram do propósito de serem esquecidos e, no entanto, acabaram por ter uma projeção inimaginável. O julgamento, a dívida, o crime foram revividos em minúcias, ainda que na esfera jurisdicional, a partir de um pedido para não ser lembrado.

O segundo aspecto é que, em determinados momentos da pesquisa, depreendeu-se que o que se está discutindo, não é propriamente a tutela à privacidade ou à imagem, mas sim, em muitos casos, algo que se pode chamar de uma representação social da pessoa, ou seja, como ela deseja ser vista perante os outros, a fim de construir uma reputação fictícia, selecionando as melhores informações e ângulos

sobre si. Aparentemente, há um desejo impossível de se ter um novo passado, de se ter a chance de passar a vida a limpo.

E é ainda relacionado com este segundo aspecto, que o terceiro é apresentado.

O direito ao esquecimento também produz um outro efeito inverso. Ao tentar atingir a liberdade de expressão e pretender cortar a necessária e imprescindível relação desta com o passado e com as memórias, ele não liberta o indivíduo do sofrimento que as lembranças podem lhe causar. Na verdade, visto coletivamente, o direito ao esquecimento é aprisionador, pois alimenta um ideal de perfeição que é inatingível. É evidente que não se está defendendo uma permanente execração pública pelas faltas cometidas no passado. Mas, não há vida sem equívocos e arrependimentos. E além do risco de se conceder a alguns, de forma totalmente subjetiva, o direito de decidir o que pode ser narrado sobre si, o direito ao esquecimento fomenta a existência de um padrão insustentável que não admite o erro, a decepção e o fracasso. Enfim, é preciso assumir a própria história, é necessário humanizar-se e libertar-se de um protótipo de um ser infalível.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **As confissões**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1964.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Atualização Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGAMBEM, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo : Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMBROSE, Meg Leta. It's about time: privacy, information life cycles, and the right to be forgotten. **Stanford Technology. L. Review.**, 369 (2013). Disponível em <http://stlr.stanford.edu/pdf/itsabouttime.pdf>

AMSON, Daniel. Presse. **Gazette du Palais**, 27 septembre 2001n. 270, p. 18. Disponível em <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?id=GP20010927009&origin=recherche;9&d=3623237354877>. Acesso em 24/10/2014.

AMSON, Daniel. Atteinte à la vie privée. **Gazette du Palais**, 10 avril 2003 n° 100, P. 27. Disponível em <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?numResult=30>. Acesso em 24/10/2014.

BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. Vol. 235, jan/mar. 2004, p. 1-36.

_____. (org.) **A Nova Interpretação Constitucional** – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. **Revista OAB/RJ**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/Rio de Janeiro. Vol. 24, n. 1, 2008, p. 201-260.

BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 704. P. 296. Jun. 1994. Disponível em <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014869ebeb33e0eb737&docguid=I43bf9a20f25011dfab6f010000000000&hitguid=I43bf9a20f25011dfab6f010000000000&spos=20&epos=20&td=25&context=428&startChunk=1&endChunk=1>

BERLAND, Stéphanie. Vie Privée. Gazette du Palais, 10 mai 2005 n° 130, P. 46. Disponível em <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?numResult=27>. Acesso em 24/10/2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Tradução de Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL. STF. ADPF n. 130. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Plenário. Julgamento em 30/04/2009.

BRASIL. STF. ADI n. 4.815. Rel. Ministra. Carmen Lúcia. Plenário. Julgamento em 10/06/2015.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.334.097/RJ. Rel.Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05.2013.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05.2013.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. Le droit à l'oubli numérique, un droit à oublier. **Recueil Dalloz**. 2014, p. 299. Disponível em <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2014/0029> Acesso em 12/11/2014.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em 26/11/2013. Acesso em 13/01/2014.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les Nouvelles Technologies. Pouvoirs, 2009/3 n° 130, p. 65-80. DOI : 10.3917/pouv.130.0065 Disponível em <http://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3-page-65.htm> Acesso em 20/11/2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. **Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão**. In: ESPÍRITO DO SANTO, Davi do e PASOLD, César (org.). Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013.

CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004.

CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. O conceito de informação. **Annual Review of Information Science and Technology**. V. 37, P.343-411, 2003.

CARON, Christophe. A Propos du conflit entre les oeuvres de fiction e

la vie privée. **Recueil Dalloz**. 2003. P. 1715. Disponível em <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/NOTE/2003/0446> Acesso em 02/10/2014.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CEDH – Cour Européenne des Droits de L’Homme. Deuxième Section. Strasbourg, France. 7/11/2006. Définitif em 07/02/2007. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77842#{%22itemid%22:\[%22001-77842%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77842#{%22itemid%22:[%22001-77842%22]}). Acesso em 15/10/2014.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal de intimidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTAZ, Catherine. Le droit à l’oubli. **Gazette du Palais**. 1995. 2. P. 961.

CRUZ et. Al. O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito das Comunicações**. Vol. 7/2014. P. 335. Jan/2014. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014869cad51b7cca7911&docguid=I605d72d00cad11e4b6e301000000000&hitguid=I605d72d00cad11e4b6e301000000000&spos=38&epos=38&td=47&context=217&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 08/09/2014.

DEBET, Anne. Google Spain: Droit à l’oubli ou oubli du droit? **Communication commerce électronique**. Juillet 2014, n. 7-8, étude 13. Disponível em [http://www.lexisnexus.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=9&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440](http://www.lexisnexus.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=9&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440). Acesso em 18/11/2014.

DELLA MORTE, Gabriele. **Les amnisties en droit international**. IN: La clémence saisie par le droit – amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé. Sous la direction de Hélène Ruiz Fabri et al.

Paris: Société de législation comparée. 2007. P. 39-78.

DOCQUIR, Pierre-François. **Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis**. Bruxelles: Nemesis, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

EDWARDS, Linda J. D.; EDWARDS, J. Stanley. **Introduction do paralegal studies: a practical approach**. Albany: Thomson Learning, 2002.

FALQUE-PIERROTIN, Isabelle. La Constitution et l'Internet. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, 2012/3 N° 36, p. 31-44. DOI : 10.3917/nccc.036.0031 Disponível em <http://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2012-3-page-31.htm> Acesso em 20/11/2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FAZLIOGLU, Muge. Forget me not : the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the internet. **International Data Privacy Law**. 2013, Vol. 3. N. 3. Oxford University. Disponível em <http://idpl.oxfordjournals.org> Acesso em 21/08/2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 13a. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999..

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011. Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011131qpc.htm Acesso em 15/10/2014.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision no 2013-319 QPC du 7 juin 2013. Disponível em www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013319qpc.htm

constitutionnel.fr/decision/2013/2013319qpc.htm Acesso em 14/10/2014.

FRANÇA. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 nov 1990, 89-12.580, Publié au bulletin. *Affaire Madame Monanges c. Kern et Marque-Maillard*. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025328&fastReqId=1356475608&fastPos=1> Acesso em 13/10/2014.

FRANÇA. Cass. Civ. 1re, 20 novembre de 1990, Mme Monanges c. Kern, J. C. P, 1992. II. 21908, note Ravanas.

FRANÇA. T.G.I. Paris, 20 avril 1983, Madame M. c. Filipacchi et soc. Cogedipresse; J.C.P, 1983, II. 20434, note Lindon.

FRANÇA. TGI Seine, 14 octobre 1965, Dlle. Segret c. Soc. Rome Paris Films, J.C.P. 1966, II, 14482, note Lyon-Caen.

FRANTZIOU, Eleni. Further developments in the right to be forgotten: The European Court of Justice's judgment in case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos. **Human Rights Law Review**. 2014, 14, 761-777. Disponível em <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/4/761.full.pdf+html?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=right+to+be+forgotten&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resourcetype=HWCIT> Acesso em 20/11/2014.

GLANCY, Dorothy J. The invention of the right to privacy. **Arizona Law Review**. Vol. 21, 1979, p. 1-39. Disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs>

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10 ed. rev. e atual. Atualização Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GREENAWALT, Kent. **Speech, Crime and the uses of language**. New York: Oxford University Press, 1989.

GRIGUER, Merav. Conditions et modalités d'exercice du droit à l'oubli numérique – ou les apports de l'arrêt CJUE, 13 mai 2014, C-131/12. **La semaine juridique entreprise et affaires**. Juin 2014, n. 24, p. 1326.

Disponível em

[http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=15&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GPNBFULL&risb=21_T20967442440](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=15&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GPNBFULL&risb=21_T20967442440). Acesso em 18/11/2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

HANDLIN, Oscar. **A verdade na história**. Tradução de Luciana Silveira de Aragão e Frota e Yvone Dias Avelino. São Paulo: Martins Fontes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

HASSLER, Théo. Article 1382 du Code Civil et abus dans la liberté d'expression: circulez il n'y a plus rien à voir! **Recueil Dalloz**. 2006. P. 485. Disponível em http://actu.dalloz-etuudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/D2006_Hassler.pdf. Acesso em 14/10/2014.

HASSLER, Théo. Droits de la personnalité: rediffusion et droit à l'oubli. **Recueil Dalloz**. 2007. P. 2829. Disponível <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2007/0453> . Acesso em 27/08/2014.

HASSLER, Théo. Les droits de la personnalité et la presse à sensation en jurisprudence. **Petites affiches**, 02 mars 2010 n° 43, P. 5. Disponível em <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA201004303> ou <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?numResult=78> Acesso em 24/10/2014

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil**. Barcelona: Ariel, 1987.

JÄÄSKINEN, Niilo. Conclusões do Advogado-geral Processo C-131/12 Google Spain. 2013. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd8ac7668815444a36a2c0fd73ed0a4465.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1076660>

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 8 ed. Paris: Dalloz, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 89. P. 183-194. 1994.

KLEITZ, Clémentine. Les balbutiements du droit à l’oubli numérique. **Gazette du Palais**. 19 Juin 2014 n. 170, p. 3. Disponível <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=GPL183r3> Acesso em 24/10/2014.

LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth e MARTIN-CHENUT, Kathia. **La prescription en droit international: vers une imprescriptibilité de certains crimes?** IN: La clémence saisie par le droit – amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé. Sous la direction de Hélène Ruiz Fabri et al. Paris: Societé de législation comparée. 2007. P. 101-162.

LAMY, Bertrand de. La liberte de la presse contre le droit à l’oubli. **RSC - Revue de science criminelle et de droit penal comparé**. 2013, octobre-décembre 2013 (p. 731 – 1040) n. 4 do ano. p. 907. Disponível em - <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RSC/CHRON/2014/0014> Acesso em 02/10/2014.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 9, n. 33, p. 123-165, Out/Dez/ 2015.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Tradução de Bernardo Leitão. 5 ed. Campinas: UNICAMP, 2003.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de proteção e danos puramente patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 2009.

LEPAGE, Agathe. Droit à l'oubli: une jurisprudence tâtonnante. **Recueil Dalloz**. 2001. P. 2079. Disponível em <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/OBS/2001/0699>
Acesso em 02/10/2014.

LEPAGE, Agathe. Les droits de la personnalité à l'épreuve des grandes affaires criminelles. **Recueil Dalloz**. 2004. P. 1634. Disponível em <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/OBS/2004/0423>. Acesso em 02/10/2014.

LETTERON, Roseline. Le droit à l'oubli. **R.D.P - Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger**. 2-1996. Paris: L.G.D.J. p. 386 – 424.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. rev. e atual. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 946/2014. P. 77. Ago/2014. Disponível em [http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014869dce8b66f0d45b1&docguid=I273372f00d7711e4a04c0100000000000&hitguid=I273372f00d7711e4a04c010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=280&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014869dce8b66f0d45b1&docguid=I273372f00d7711e4a04c010000000000&hitguid=I273372f00d7711e4a04c01000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=280&startChunk=1&endChunk=1) Acesso em 12/09/2014.

LUBENOW, Jorge Adriano. A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas: para uma reconstrução da autocrítica. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. 10, 1/2007, p. 103-123.

MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a general data protection regulation and the roots of the 'right to be forgotten'.

Computer Law & Security Review. Vol 29, Issue 3, June 2013, pages 229-235. Disponível em <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>. Acesso em 15/09/2014.

MARINO, Laure. **Notre vie privée: des little data aux big data.** La semaine Juridique – Edition Générale n. 47 – n. hors-série, 19 Nov 2012. Disponível em [http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=59&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=59&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440). Acesso em 18/11/2014.

MARINO, Laure. Comment mettre en œuvre le «droit à l’oubli» numérique? **Recueil Dalloz.** 2014, p. 1680. Disponível em <http://bu.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2014/0283> Acesso em 25/08/2014.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão.** Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão.** Florianópolis: Insular, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento. **Novos Estudos Jurídicos.** Vol. 19. N.3, p. 808-838. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete – the virtue of forgetting in the Digital Age.** New Jersey: Princenton University Press, 2009.

MELO DA SILVA, Wilson. **Responsabilidade sem culpa.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução Pedro Madeira. São Paulo: Saraiva Digital, 2011.

MILTON, John. **Areopagítica**. Gutenberg ebook. Disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/608>

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1984.

MORESO, José Juan. **Sobre los conflictos entre derechos**. In: CARBONEL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord). *Garantismo – estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo; Saraiva, 2003. V.1.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PADRÓS, Enrique Serra. Usos da Memória e do Esquecimento na História. **Revista Letras**, Santa Maria, n. 22, p. 79-95. Jan/Jun 2001.

PANTALEÓN PRIETO, Angel Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas). **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**. N. 4, p. 167-192, 2000.

PAULIK, Isabelle. Liberté d’expression par l’image et respect des droit de la personnalité. **Petites Affiches**, 29 Juillet 2004, . 151, p. 14. Disponível em: <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?id=PA200415103&origin=recherche;6&d=3623235609979>. Acesso em 24/10/2014.

PECH, Laurent. **La liberté d’expression et sa limitation: les enseignements de l’expérience américaine au regard d’expériences européennes (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l’homme)**. Presse Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONCELA, Pierre. Les liaisons dangereuses du droit à l'image et du droit à l'information du public. **Revue de Science criminelle et de droit penal comparé**. 2012. P. 649. Disponível em <http://bu.daloz.fr/documentation/Document?id=RSC/CHRON/2012/0181> Acesso em 02/20/2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**: parte especial. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII.

PONTIER, Jean-Marie. Mémoire,mémorial, histoire d'une stèle. **L'actualité Juridique Droit Administratif**. 2010, p. 1882. Disponível em <http://bu.daloz.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2010/0448> Acesso em 02/10/2014.

POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort" (1989). *Faculty Scholarship Series*. Paper 211. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/211. Acesso em 01/09/2013.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *Civil Law* e face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**. Belo Horizonte – v. 5 – n. 2, jul/dez. 2010, p. 13-52.

_____. **Responsabilidade civil no Direito Romano**. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito->

comparado-nao-tendencias-protECAo-direito-esquecimento. Acesso em 14/01/2014.

_____. Direito a ser deixado em paz, a ser esquecido e de apagar dados. **Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/direito-deixado-paz-esquecido-apagar-dados>. Acesso em 15/08/2014.

ROHMER, Thomas. Droit à l'oubli: une porte ouverte à la déresponsabilisation. Disponível em http://www.huffingtonpost.fr/thomas-rohmer/droit-a-loubli-deresponsabilisation-internautes_b_5483182.html Acesso em 10/08/2015

RUIZ FABRI, Hélène. **Introduction générale**. IN: La clémence saisie par le droit – amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé. Sous la direction de Hélène Ruiz Fabri et al. Paris: Société de législation comparée. 2007. P. 15-38.

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**. Ano 1 (2012). P. 419-434. Lisboa. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf. Acesso em 31/12/2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. In: CARBONELL, Miguel (Coord). Neoconstitucionalismo(s). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

SAINT-PAU, Jean-Christophe. **Jouissance des droits civils**: droit au respect de la vie privée. Fascicule Jurisclasseur, Nov. 2010.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e « direito ao esquecimento » na ordem constitucional brasileira**. Parecer. 22/01/2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> Acesso em 15/09/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMIDT, Jan Peter. **Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional comparado**. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo : Fundacion Konrad-Adenauer, 2005.

SÉNAC, Charles-Édouard. Le droit à l'oubli en droit public. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 juillet 2012 n. 4, p. 1156. Disponível em <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=RDP2012-4-017> ou <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/afficher?id=RDP2012-4-017&origin=recherche;1&d=3623234952167>. Acesso em 24/10/2014.

SIMON, Denys. La révolution numérique du juge de l'Union : les premiers pas de la cybercitoyenneté. **Europe – actualité du droit de l'Union Européenne**. Juillet 2014, n. 7, étude 6. Disponível em [http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=10&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?start=10&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&format=GNBFULL&risb=21_T20967442440). Acesso em 18/11/2014.

SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide** – the false tradeoff between privacy and security. New Haven and London: Yale UNiversity press, 2011.

SOLOVE, Daniel. **The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the internet**. New Haven and London: Yale UNiversity press, 2007.

STEINER, Renata. **Breves notas sobre o direito ao esquecimento**. In: Direito Civil Constitucional – a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski *et al.* Florianópolis : Conceito, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Rolf H. **The right to be forgotten** : more than a Pandora's box ? **JIPITEC**, 120, 2011. Disponível em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8>.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1995.

_____. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Vol. IV, n. 5, 1890. Disponível em <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em 10/09/2013.

VANEIGEM, Raoul. **Rien n'est sacré tout peut se dire**: réflexions sur la liberté d'expression. Paris: La Découverte, 2003.

VILLELA, João Baptista. **Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana**. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

VINEY, Genèvieve; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité**. 3 ed. Paris: L.G.D.J, 2006.