

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOANA DE SOUZA SIERRA

**UM ESTUDO DE CASO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO CONTRA A
LIBERDADE DE IMPRENSA**

Florianópolis

2013

JOANA DE SOUZA SIERRA

**UM ESTUDO DE CASO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO CONTRA A
LIBERDADE DE IMPRENSA**

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins
Neto

Florianópolis

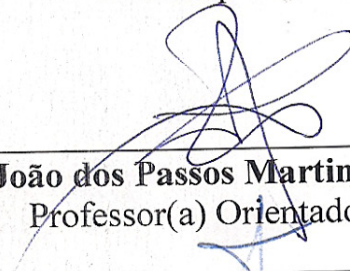
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

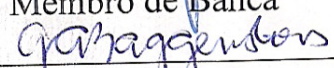
A presente monografia intitulada "**Estudo de caso: o Direito ao Esquecimento contra a Liberdade de Imprensa**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Joana De Souza Sierra**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 4 de Dezembro de 2013



João dos Passos Martins Neto
Professor(a) Orientador(a)

Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Ao professor João dos Passos Martins Neto, de quem tive o privilégio de ser aluna e que aceitou me orientar, e cujas lições inspiraram ao estudo e introduziram o tema desta monografia.

À Universidade Federal de Santa Catarina.

À minha mãe Marta e à minha irmã Isabella, por ouvirem incansavelmente sobre este trabalho, lerem e até por vezes fingirem se interessar pelos assuntos.

Aos amigos que fiz nesses cinco anos de faculdade, que participaram da minha formação, deixando-a mais leve, divertida e, com certeza, inesquecível. Em especial à Aline, presente em tantos momentos, inclusive auxiliando na correção desta monografia. Ao Leonardo, sempre pronto a ajudar a quem precise, e claro, às meninas Adriana, Ana Sofia, Beatriz, Luísa e Luiza, pelas risadas e pela cumplicidade.

Ao Matheus, pela paciência e pelo carinho.

Sinceramente, a todos que sempre se lembraram de mim e me enviaram qualquer artigo ou notícia ainda que apenas remotamente ligada ao “Direito ao Esquecimento”, porque os recebi como demonstrações de afeto.

Finalmente, a todos que se fizeram presentes nesta jornada.

Naquele momento, por exemplo, em 1984 (se é que era 1984), Oceania estava em guerra com a Eurásia e era aliada da Lestásia. Em nenhuma manifestação pública ou particular se admitia jamais que as três potências se tivessem agrupado diferentemente. Na verdade, com Winston se recordava muito bem, fazia apenas quatro anos a Oceania estivera em guerra com a Lestásia e em aliança com a Eurásia. Isso, porém, não passava de um naco de conhecimento furtivo, que ele possuía porque a sua memória não era satisfatoriamente controlada. Oficialmente, a mudança de aliados jamais tivera lugar. A Oceania estava em guerra com a Eurásia: portanto, a Oceania sempre estivera em guerra com a Eurásia. O inimigo do momento representava sempre o mal absoluto, daí decorrendo a impossibilidade de qualquer acordo passado ou futuro com ele.

O passado, refletiu, não apenas fora alterado, fora efetivamente destruído. Por que, como estabelecer até mesmo o fato mais patente, se não havia dele registro, além do da memória?

George Orwell, 1984.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Por meio de estudos de caso e da análise da legislação pertinente a monografia objetiva examinar o cabimento na nossa ordem jurídica do “Direito ao Esquecimento”, recentemente reconhecido em duas decisões independentes do Superior Tribunal de Justiça, especialmente em relação aos já garantidos direitos à vida privada, à liberdade de imprensa e à dignidade da pessoa humana. Esse novo direito foi introduzido ao debate nacional primeiramente pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual proclamou que entre os direitos da personalidade protegidos no artigo 11 do Código Civil, encontra-se o de ser esquecido, baseado por sua vez em entendimentos das cortes superiores norte-americana e alemã, além de Diretivas editadas pela União Européia. Como consequência, considera-se que a pessoa possui o direito de fugir para o anonimato, mesmo tendo participado de eventos de interesse público, desde que a passagem do tempo tenha retirado a notícia de circulação. Imediatamente, faz-se necessário estudar a interpretação que se deu aos conceitos nas decisões, a saber, a vida privada, a dignidade e o interesse público, bem como situar o “Direito ao Esquecimento” frente aos princípios constitucionais, visando criticar o possível efeito censor, ou *chilling effect*, de sua aplicação. Conclui-se que o interesse público da informação não se esvai com o decorrer dos anos. Não prescreve a história, de forma que a proteção que pode pretender o “esquecido” é o de sua esfera privada, que por sua vez já se considera suficientemente garantida na Lei. Por fim, tecem-se breves considerações acerca da intimidade na sociedade da informação e da moderna necessidade de aceitação, assim como isso influenciou para que fossem proferidas as decisões estudadas.

Palavras-Chave: Direito ao esquecimento. Direito de ser deixado em paz. Efeito censor. *Chilling effect*. Sociedade da Informação. Privacidade. Liberdade de Imprensa. Direito de Informação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI E NOS CASOS CONCRETOS	11
1.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ENUNCIADO 531 DO CJF	11
1.2 APRECIÇÃO DO STJ: CHACINA DA CANDELÁRIA E CASO AÍDA CURI	19
1.3 PRECEDENTES E APRECIÇÃO INTERNACIONAL.....	29
2 AVALIAÇÃO E REMODELAGEM DOS CONCEITOS	39
2.1 VIDA PRIVADA, <i>PRIVACY</i> , DIREITO AO ISOLAMENTO E O DIREITO DE SER DEIXADO EM PAZ	39
2.2 ALARGAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INDIVIDUALISTA ...	50
2.3 LIBERDADE DE IMPRENSA, INTERESSE PÚBLICO E O EFEITO CENSOR	57
2.3.1 O Direito à Informação e a Obrigação de Esquecer	65
2.4 A <i>INTERNET</i> E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi motivado pela novidade trazida em duas decisões recentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que marcaram a aplicação, pela primeira vez por uma corte superior brasileira, do “Direito ao Esquecimento”, introduzido anteriormente à discussão nacional devido à edição pelo Conselho de Justiça Federal de um enunciado reconhecendo-o entre os direitos da personalidade.

Os correspondentes acórdãos, analisados na disciplina chamada “Liberdade de Expressão” ministrada pelo Professor Doutor João dos Passos Martins Neto no curso de Direito desta Universidade, trouxeram a necessidade de rediscussão dos conceitos de vida privada, dignidade da pessoa humana e liberdade de imprensa, motivando a feitura do trabalho. Importa assim determinar a interpretação doada pelos ministros aos direitos garantidos em nossa ordem jurídica, como forma de compreender o posicionamento do novo “direito de ser esquecido” na ordem jurídica brasileira.

Ademais, discutem-se aqui decisões estrangeiras, a saber, dos tribunais superiores norte-americano, alemão e suíço, que abriram precedente ao reconhecimento de um direito de a pessoa se resguardar da republicação de acontecimentos em que esteja envolvida. Com isso, pretende-se compreender se o conteúdo das decisões se identifica com o “Direito ao Esquecimento” da maneira como foi entendido no Brasil, estendendo-se inclusive à proibição da publicação de notícias de interesse público envolvendo o indivíduo, desde que decorrido tempo suficiente ao retorno do envolvido ao anonimato.

A par disso, a monografia questiona a necessidade de criação, nos sentidos técnico e social, de um novo direito, tendo em vista a proteção que já é doada ao âmbito da vida privada do indivíduo. Dessa forma, o objetivo principal deste trabalho, coincidente com o problema proposto, é determinar se frente aos princípios constitucionais pode-se considerar correta a limitação da liberdade de comunicação e a liberdade de imprensa pela proibição de divulgação de notícia pelo decorrer do tempo.

A hipótese básica é que as decisões, apesar de fundadas no pretense direito de ser deixado em paz, em realidade deixam de delimitar os conceitos nos quais se fundam, alargando em demasia a perspectiva individualista da proteção à dignidade da pessoa humana. O posicionamento que aqui se toma é que o “Direito ao Esquecimento” como surgido na doutrina internacional e inserido pelo Enunciado do CJF em verdade cuida da exclusão da

interferência na vida privada, sem permitir que se declare uma prescrição do interesse público da informação.

Dessa forma, os objetivos secundários passam a ser a reavaliação dos conceitos utilizados, de suas origens e finalidades, diferenciando-os de outros institutos que se confundem em muitos julgados semelhantes, para discutir sobre a (des)necessidade de seu sopesamento nos casos concretos e o possível prejuízo causado pelo seu alargamento excessivo ao entender subjetivo do julgador.

Almeja-se, ademais, pincelar sobre o surgimento na sociedade pós-moderna da vontade de controle do passado pessoal, como forma de mostrar-se sem falhas aos iguais, em especial no momento atual de desenvolvimento tecnológico, em que os dados se tornam o principal produto a ser “consumido”. Em um período em que as informações são os mais valiosos bens, é natural que o homem busque maior proteção de seus dados como um patrimônio próprio, e da “autodeterminação informativa”.

Em contrapartida, discute-se a “obrigação de esquecer” – gerada como espelho do direito de ser esquecido – e o direito de ser informado, ambos como contraponto ao “Direito ao Esquecimento”, o segundo como uma faceta da dignidade humana, de preservação da história e do aprendizado social.

A atualidade do tema fica clara pela contemporaneidade das decisões nacionais proferidas, pela questão da regulamentação das novas tecnologias na sociedade da informação e pelos avanços globais, em especial na União Européia, para a criação de novos direitos e ferramentas em proteção à privacidade. E apesar de a discussão sobre a existência de um direito de ser esquecido não ser recente na doutrina do Direito, apenas recentemente entrou na pauta doutrinária nacional, de forma que não há posicionamento concreto acerca do tema, apesar de sua potencialidade como instrumento de censura.

Nesse sentido, o assunto ganha importância na medida em que de certa forma estabeleceu um direito até aqui inexistente na nossa ordem interna, que limita a liberdade de comunicação e, assim, a liberdade de imprensa, direito constitucionalmente reconhecido. Faz-se então inadiável a análise e interpretação dos acórdãos, como imperativo para entender se esse novo direito pode amoldar-se à ordem jurídica brasileira.

Finalmente, para fins didáticos, o trabalho foi dividido em dois grandes tópicos, entrando diretamente na análise crítica do tema. O primeiro cuida da busca do novo direito nos casos concretos: a fundamentação que lhe foi dada, a interpretação em que se baseia e os precedentes internacionais, sempre em foco o seu amolde, ou não, ao caso brasileiro.

Já o segundo cuida de esmiuçar as pré-concepções utilizadas na criação do “Direito ao Esquecimento”, tanto por um viés hermenêutico, visualizando a interpretação literal dos institutos, tais quais o “direito de ser deixado em paz” e a “dignidade da pessoa humana”, e suas respectivas consequências; quanto por um viés sociológico, procurando compreender os aportes para o surgimento do mesmo e os desdobramentos que dele advêm.

1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI E NOS CASOS CONCRETOS

O “Direito ao Esquecimento” é tópico da doutrina internacional já há alguns anos, basicamente tratado como a possibilidade de apagar dados sobre a pessoa, impedindo que permaneça disponível indefinidamente a informação. No Brasil, ganhou evidência recentemente, em um primeiro momento com a edição do Enunciado 531 pelo Conselho de Justiça Federal reconhecendo-o genericamente entre os direitos da personalidade. Em seguida, entrou em destaque com a sua aplicação a dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que de certa forma começaram a definir os contornos de sua existência no âmbito nacional.

Considerando o impacto que terá essa nova jurisprudência nas futuras decisões dos magistrados, importa desde já compreender a amplitude que se deu ao direito de ser esquecido, bem como a sua coincidência, ou não, com os precedentes internacionais que de alguma forma motivaram o seu reconhecimento.

Um breve esclarecimento: Assim como Norberto Bobbio, ao se questionar acerca na natureza do progresso do ser humano com foco na criação dos direitos do homem, depõe que não há uma única resposta aos problemas propostos; não se pretende apresentar a única solução possível aos casos aqui estudados, porque em constante evolução o Direito, de modo que não pode ser tratado em termos absolutos. Cabem as palavras do autor: "A única informação que considero poder fazer com certa segurança é que a história humana é ambígua, dando respostas diversas segundo quem interroga e segundo o ponto de vista adotado por quem interroga." (1992, p. 53)

Assim, por certo aqui não serão esgotadas todas as possibilidades decisórias. Posto isso, buscou-se analisar as expressões do “Direito ao Esquecimento” com um olhar crítico, devido às sérias consequências que pode gerar, como deve ficar claro nos tópicos que seguem.

1.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ENUNCIADO 531 DO CJF

Conforme foi dito, a discussão sobre a existência ou a necessidade de criação de um “direito ao esquecimento”, como forma de proteger as pessoas da repercussão incontável (ou descontrolada) e potencialmente infinita de atos por si realizados no passado –

especialmente tendo em vista a criação da *internet* e o generalizado e fácil acesso às informações nos dias de hoje – já vem sendo debatida pela doutrina há alguns anos.

Mais ainda, a legítima preocupação com a proteção da intimidade (presente e pretérita) tem levado diversos países a conceber instrumentos de controle da difusão das informações, dentro ou fora do *cyber* espaço, como exemplo a criação de Diretivas sobre a manipulação de dados na União Européia, ou os julgamentos favoráveis a esse “novo” direito da personalidade nos Estados Unidos da América – o que tem extrema relevância em um país onde o sistema adotado é o da *Common Law* – na República Federal da Alemanha ou na República Argentina, entre outros.

Inclusive no Brasil, em 2009 já se vira julgado pela 2ª Turma Recursal de Belo Horizonte, em que se entendeu que “uma verdade mantida no ar por muito tempo pode tornar-se ilícita” – talvez um avesso da célebre frase atribuída ao ministro da propaganda de Adolf Hitler, Joseph Goebbels, de que “uma mentira contada mil vezes torna-se verdade” –, quando a importante função de informar a sociedade já tiver sido cumprida e a permanência ou a reedição da notícia representar violação às garantias de intimidade e imagem da pessoa (TJ/MG, 2009). Foi um primeiro contorno do “Direito ao Esquecimento” no Brasil, apesar de ainda não levar esse nome à época.

Sob protestos de alguns e aplausos de outros, vai-se criando, aos poucos, um direito de apagar da memória os fatos pretéritos – e, surpreendentemente, deixando em segundo plano a discussão acerca dos limites da privacidade e da liberdade de imprensa –, para moldar um novo direito de “ser esquecido” e em contrapartida um dever de esquecer, com o argumento de que ninguém pode ser obrigado a conviver eternamente com os erros passados, independentemente da verificação de se tratar de uma informação de interesse público. A medida quanto à abusividade da divulgação da informação nesses casos tem sido a aplicação da ponderação e o juízo de razoabilidade dos julgadores.

Nesse contexto, ainda na primeira metade do ano de 2013 foi consagrada pela primeira vez por uma corte superior brasileira a tese formada do “Direito ao Esquecimento”, trazido à tona alguns meses antes com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), o qual proclamou que entre os direitos da personalidade protegidos no artigo 11 do Código Civil encontra-se o de ser esquecido (STJ, 2013a; STJ, 2013b; CJF, 2013).

Lê-se do novo enunciado (CJF, 2013, p. 1): “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”; o que quer dizer que a norma que protege a imagem e vida privada dos cidadãos também se aplicaria às informações sobre

o passado do indivíduo. E mais, tal direito, no entender dos juristas, seria absolutamente justificado na sociedade do “*hiperinformacionismo*”, como vem sendo chamada pela doutrina a época atual, devido ao fato de as informações poderem concretamente perdurar ao alcance de todos por tempo indefinido graças às novas tecnologias, evidentemente, por muito mais tempo do que permite a “memória natural” do homem. Nada é apagado e tudo fica disponível para consulta a qualquer tempo.

Na conclusão do Conselho da Justiça Federal, considera-se que historicamente o direito de ser esquecido teria surgido no campo das condenações criminais, sendo mais que certo que aquele cidadão que cumpriu uma punição em face de um ilícito cometido não pode ser eternamente punido, até porque isso contraria, ao menos nacionalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual veda a aplicação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b), de modo que os registros da condenação não devem se perpetrar além do tempo da punição. Seria essa uma importante parcela do direito à ressocialização do ex-detento, por exemplo (CJF, 2013, p. 1).

Noutro viés, a inclusão do direito ao esquecimento entre aqueles protegidos no Código Civil Brasileiro teria uma abrangência ainda maior, assegurando a possibilidade de discussão quanto ao “uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”, com a importante ressalva de que não se atribuiria a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a própria história, conforme a justificativa doada pelo próprio Centro de Estudos Judiciários do CJF (CJF, 2013, p. 1).

Assim, o primeiro objetivo aparente do enunciado é o de resguardar a intimidade do homem e o que ele quer, ou não quer que saibam sobre si. Ou seja, o primeiro sentido é que uma informação que nasce no âmbito de privacidade da pessoa, ainda que seja por ela disponibilizada (na *internet*, por exemplo), não deixa de ser privada com o passar do tempo, de modo que pode, ou deve, se for contrário ao interesse do afetado a sua permanência, ser retirada de circulação a qualquer momento.

Para a ministra do STJ Eliana Calmon, as decisões que contemplam esse novo direito reconhecido estão em sintonia com as necessidades modernas, porque respondem ao problema gerado pela vigilância constante a que estamos expostos. Disse ela em entrevista à Rádio STJ:

O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade. Hoje é difícil nós termos privacidade. Por quê? Porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. Agora, esse século XXI trabalha e tem dificuldade de estabelecer quais são os limites dessa privacidade. Até quando eu posso me manter com a privacidade sobre o meu agir,

sobre os meus dados, e até que ponto esta privacidade termina por prejudicar a coletividade (CALMON, 2013 apud RADIO..., 2013).

No mesmo sentido, em entrevista à revista “Brasília em Dia”, disponibilizada no seu domínio eletrônico, o desembargador federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que coordenou a Comissão da Parte Geral do Código Civil durante a VI Jornada, deixou transparecer que seria essa a única visão apropriada do instituto criado, haja vista que sua precípua finalidade é a de garantir a tutela da intimidade da pessoa, sem qualquer possibilidade de excluir dos meios informacionais notícias de interesse público.

Em suas palavras:

No campo criminal, a reabilitação apaga completamente os efeitos do crime cometido. Mas no mundo dos fatos, não se pode negar que o evento ocorreu. Quando o crime foi de repercussão midiática, ainda mais difícil se torna a solução. Muitas vezes o fato ganha repercussão de tal monta que se torna parte da história ou ainda inspira produção literária e cinematográfica. Os provedores de pesquisa na internet poderiam, por exemplo, bloquear a menção ao nome de Ronald Biggs quando a busca demanda a frase “assalto ao trem pagador”? O nome do coronel Ubiratan Guimarães, que restou absolvido e hoje é falecido, poderia ser suprimido das matérias jornalísticas a respeito do julgamento, dias atrás, de outros policiais pelo chamado “massacre do Carandiru”? Os réus condenados na ação principal atinente ao furto ao Banco Central, em Fortaleza, após dois anos do cumprimento da pena, poderiam pleitear a retirada de seus nomes de toda a sociedade da informação, quando até mesmo um filme com atores consagrados nacionalmente foi feito a respeito do episódio? A resposta, evidentemente, seria negativa. Nessas hipóteses, o direito à informação e à preservação da história deve ter a primazia em relação ao resguardo da imagem dos envolvidos, pois não se trata de fatos atinentes à privacidade ou à vida íntima (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013).

Disse em suma que o direito de informação e a preservação da história têm primazia sobre o resguardo da imagem dos envolvidos em determinado fato, porque presente o interesse público. Só caberia a aplicação do “Esquecimento” quanto aos fatos atinentes à vida privada ou à intimidade da pessoa.

Ademais, segundo o desembargador, o enunciado não pode ser aplicado genericamente no que tange a fatos históricos ou mesmo da vida social, desde que significativos. Disse ele: “O resguardo à privacidade não pode apagar a história nem pode tolher o direito da imprensa de divulgar, de modo contextualizado, fatos relevantes e de interesse público” (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013).

O interesse do enunciado seria então puramente de proteger a privacidade humana, insculpida no artigo 11 do Código Civil brasileiro assim como no artigo 5º do texto constitucional, bem como garantir o direito à dignidade, contra os abusos dos quais todos

podem ser vítimas na sociedade da informação, pois que os danos causados por dados privados, sejam falsos ou verdadeiros, divulgados na *internet*, são potencialmente mais nefastos do que aqueles causados por sua divulgação pelos meios tradicionais (mesmo que naquele meio a divulgação também se consubstancie em uma ilegalidade; abuso contra a privacidade). Trata-se de uma proteção contra as ainda incompreendidas novas tecnologias que se vêm desenvolvendo a cada dia e que aumentam o poder de comunicação global, imediato e atemporal.

E ainda, o “direito ao esquecimento” seria importante para “[...] incrementar a reflexão sobre os limites do direito à privacidade” (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013). Logo, não sealaria da sobreposição entre um e outro direito, mas da determinação do limite de alcance de um em proteção ao outro; limite esse que é criado *a priori*, independentemente da interpretação judicial, e que não se modifica simplesmente pelo passar do tempo.

Acrescenta-se que, tendo sido proposto por Guilherme Magalhães Martins, promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, o texto do enunciado, especialmente por sua generalidade, gerou grande discussão, pois que muitos dos presentes consideravam não ser conveniente nem oportuna a edição de enunciado antes de maior amadurecimento e alcance de certo consenso na doutrina acerca da matéria, entre estes, o próprio coordenador da Comissão (MOREIRA, 2013). Todavia, por maioria dos presentes entendeu-se que a redação genérica serviria exatamente para que os aplicadores do Direito pudessem distinguir os assuntos atinentes à privacidade daqueles que tenham interesse público, histórico e jornalístico legítimo.

Já a segunda interpretação possível do enunciado seria a diametralmente oposta, que é como vem sendo aplicado o instituto, de que os fatos públicos divulgados no passado, com o decorrer do tempo vão perdendo seu interesse coletivo e histórico, de forma que devem ser retirados do conhecimento geral, com o intuito de proteger o nome, a reputação e o “direito de ser deixado em paz” de algum ou de todos os envolvidos no fato.

Isso porque a amplitude do enunciado permite que se entenda o “direito de ser deixado em paz” como um resguardo contra qualquer interferência externa desabonadora, criando ainda “meios-termos” da manutenção da liberdade de imprensa ao proibir, por exemplo, que se divulgue o nome verdadeiro do envolvido, ou características que permitam identificá-lo quando da publicação de determinado acontecimento.

O promotor Guilherme Magalhães Martins ainda justifica a edição do enunciado 531 explicando que o novo direito não se sobrepõe ao direito da liberdade de informação e da

manifestação do pensamento, porque há limites a essas prerrogativas, que no caso seriam a exposição da pessoa de maneira ofensiva. E, cuidando de demonstrar que não seria uma nova forma de censura, continua: “[...] é claro, que há situações que dizem respeito à esfera pública de uma pessoa e que, desde que não sejam desabonadoras, podem perfeitamente ser divulgadas. Então, o direito ao esquecimento não é um direito absoluto. Muito pelo contrário! Ele é excepcional” (apud RADIO..., 2013).

Parece incontestável então que a limitação da liberdade de expressão e de imprensa, bem como o direito de ser informado, no seu entender, encontra seu limite na divulgação de informações que podem influenciar ou reforçar negativamente a percepção de uma pessoa pela sociedade, sejam elas verdadeiras ou falsas, desde que já decorrido tempo razoável para que caíssem no olvido. Não é o único a pensar dessa maneira.

Já quanto à aplicação do texto orientador do CJF nos casos concretos, recomenda que a tese seja balizada pela:

[...] ponderação de valores, de modo razoável e proporcional, entre os direitos fundamentais e as regras do Código Civil de proteção à intimidade e à imagem de um lado e, de outro, as regras constitucionais de vedação à censura e da garantia à livre manifestação do pensamento (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013).

É a mesma conclusão a que chega o doutrinador Aldo de Campos Costa (2013), em texto replicado pelo professor Flávio Tartuce em seu *site* pessoal. O enunciado 531, interpretado em conjunto com os enunciados 144 e 274, também introduzidos pelas Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, traria implícito que em caso de “colisão” entre os direitos da personalidade, como nenhum pode sobrelevar aos demais, deve ser aplicada a ponderação.

Aqui cabe uma breve explicação de Luís Roberto Barroso sobre essa técnica de valoração dos princípios:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. [...] Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo (2008, p. 32).

À parte da discussão sobre o modelo da máxima da proporcionalidade introduzida no Direito por Robert Alexy, esse é mais um dos pontos que pode gerar controvérsia, há a

possibilidade de se dificultar ainda mais a delimitação das situações em que seria válido invocar o “direito de ser esquecido”, porque fica muito mais à conta do subjetivo conceito de equidade do julgador decidir sobre o interesse público ou não da notícia e, se for o caso, o tempo necessário para que o tal direito se verifique.

Não é de gerar espanto, portanto, que as críticas mais contundentes ao enunciado que aqui se explica são no sentido de o texto introduzido na Jornada de Direito Civil representa um regresso na linha de evolução da liberdade de expressão, constituindo verdadeira censura que deve ser barrada porque é contrária aos preceitos da Constituição brasileira.

Em reportagem feita por Pedro Canário para a Revista Consultor Jurídico (2013), os advogados Alexandre Fidalgo, Luiz de Camargo Aranha Neto e Manuel Alceu Affonso Ferreira, todos especializados em direito de imprensa, manifestaram suas preocupações de que o enunciado dê abertura a que se apaguem pedaços da história, com a conivência do Estado. Não haveria motivos para se omitir ou suprimir um fato ou o nome de alguém que esteja envolvido em situação de interesse público, desde que a notícia seja cercada do cuidado jornalístico esperado (dotada de veracidade e sem o intuito de atingir a honra da pessoa), de forma que o “Direito ao Esquecimento” perde a sua razão de existir.

Affonso Ferreira, cético quanto à justificativa do CJN, acrescenta que sendo demasiado simples, o enunciado é tanto ineficaz ao fim que pretende, como perigoso, porquanto aplicado literalmente obrigaria a apagar a história. Sem suas palavras:

Pela sua simplística generalidade, o enunciado é juridicamente infeliz e culturalmente perigoso. Sem nenhuma ressalva que possa, por exemplo, afastar o tal 'direito ao esquecimento' quando em causa as pessoas dotadas de notoriedade, a fria aplicação do enunciado redundaria em relegar ao perpétuo silêncio a História e os fatos por ela cobertos (2013 apud CANÁRIO, 2013).

De todo modo, explicam seus defensores, os enunciados editados nas jornadas de direito civil não têm força normativa, apenas remetem ao pensamento atual da doutrina nacional sobre a interpretação de determinado artigo ou de conceito do Código Civil. Assim não vinculam as decisões judiciais, até porque são fruto da decisão do CJF, que não tem natureza jurisdicional (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013). São, entretanto, uma importante referência em qualquer decisão sobre os temas neles tratados, porque sumulam o pensamento de grandes civilistas.

Aliás, foi nesse entendimento que se fundaram ambas as decisões do Superior Tribunal de Justiça que deram origem à aplicação do instituto na ordem brasileira – e que inspiraram a feitura deste trabalho – apoiando-se no explicado preceito criado de que as

pessoas têm o direito de ser esquecidas, no sentido de que os atos que praticaram no passado não podem ser reavivados sem o seu consentimento, ainda que tenham sido, quando da ocorrência do evento, legitimamente publicados pela imprensa, por fazerem parte do reconhecido interesse público à época (STJ, 2013a; STJ, 2013b).

Finalmente, quanto à possibilidade do efeito prático do enunciado, em especial na sociedade da informação, acreditam os críticos que pode haver dois resultados distintos e simultâneos: o primeiro seria a criação de uma censura imediata e a atuação dos canais de busca de informações, a partir de sua responsabilização direta, como novos censores, e não como plataformas neutras. Explica-se: se houver multa ou indenização atrelada à publicação de determinado fato, ou à sua exibição em uma lista de resultado de busca na *internet* (ainda que traga informações verdadeiras e sem intenção difamatória), e considerando que as plataformas de busca pretendem o lucro, é mais fácil que se tente retirar a informação de circulação desde a primeira reclamação do envolvido, do que esperar o caso chegar à apreciação dos magistrados como uma violação à dignidade da pessoa humana e ao direito ao esquecimento (ROSEN, 2012)¹.

Então, apesar de o desembargador Fialho Moreira ter expressado em sua entrevista que: “o ideal seria que, mediante um mero requerimento da vítima, o provedor de conteúdo, o blog, o webmaster, o buscador ou o administrador da mídia social suprimisse a referência ao fato questionado” (MOREIRA, 2013 apud DIREITO..., 2013), tal imediatez, confrontada com a amplitude do enunciado 531 que só poderia ser moldada pela ponderação quando apreciada pelo judiciário, poderia causar indesejável e inconstitucional diminuição da liberdade de expressão e comunicação.

O segundo resultado seria que, em realidade, apesar daquele efeito censor descrito acima, é pouco provável que o conteúdo publicado deixe de existir completamente. O advogado Omar Kaminski, especialista em direito digital, resume: “A *internet* tem memória, e as informações podem se espalhar por diversos servidores em diversos países, tornando a remoção de determinado conteúdo, se não impossível, realmente muito difícil” (2013 apud CANÁRIO, 2013).

¹ Jeffrey Rosen trata da intenção da União Européia de criar um “direito ao esquecimento”, referente aos dados disponibilizados na internet, por terceiros pessoas, ainda que sejam verdadeiros. Torna-se relevante neste tópico de discussão, pois descreve justamente um dos efeitos que pode ter a nova interpretação brasileira dos direitos da personalidade sobre a divulgação de informações. No original: “I can demand takedown and the burden, once again, is on the third party to prove that it falls within the exception for journalistic, artistic, or literary exception. This could transform Google, for example, into a censor-in-chief for the European Union, rather than a neutral platform. And because this is a role Google won’t want to play, it may instead produce blank pages whenever a European user types in the name of someone who has objected to a nasty blog post or status update” (p. 92).

Portanto, apesar de já aplicarmos o “Direito ao Esquecimento” nos casos brasileiros, ainda há que se determinar a sua amplitude, ou discutir a necessidade de sua existência, para que não haja arbitrariedades, bem como há que se definir formas de garantir sua efetividade, caso se decida por sua legítima aplicação, especialmente no que concerne a *internet* e a sociedade da informação, motivos pelos quais ele foi criado.

1.2 APRECIÇÃO DO STJ: CASO CHACINA DA CANDELÁRIA E CASO AÍDA CURTI

Conforme explicitado no tópico anterior, foi apenas recentemente que entrou em pauta o reconhecimento do direito de ser esquecido, como consequência do receio gerado pelo uso de novos meios de informação e tecnologias ainda em sua infância. De fato, diante da evolução técnica e também cultural da sociedade, fica evidente o potencial de maior exposição de todas as informações, sejam de relevância pública, ou do âmbito privado.

Com isso em mente, e apoiado no permissivo do Enunciado 531 da CJF, bem como no alargamento do alcance e tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, foi que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por decisão de maioria, no primeiro semestre de 2013, aplicou a tese do “Direito ao Esquecimento” em duas decisões independentes, ambas relatadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão, Recursos Especiais n. 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, que aqui merecem análise.

Tratam-se do caso da “Chacina da Candelária” e no caso “Aída Curi”, ambos propostos com o objetivo de condenar ao pagamento de indenizações por desrespeito ao direito da personalidade de “ser deixado em paz”, como sinônimo do direito de ser esquecido, e que ascenderam à corte superior devido à relevância do tema, haja vista a criação, se não de um novo direito, ao menos de um novo conceito na ordem jurídica nacional.

No primeiro dos casos, que gerou o Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, um dos investigados como partícipe dos homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 na cidade do Rio de Janeiro, em um episódio que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária” – tendo sido absolvido ao final do julgamento – ajuizou ação contra a empresa Globo Comunicações e Participações S/A, veiculadora do programa “Linha Direta – Justiça”, por levar ao ar programa sobre o episódio, apontando-o como uma das figuras relevantes do evento, ainda que assinalando a sua absolvição (STJ, 2013a, p. 1).

Segundo o seu entender, resumidamente, reacendeu-se situação que já havia sido esquecida na sociedade, trazendo à comunidade onde vive a idéia de que seria um “chacinador”, o que feriria o seu direito ao anonimato, à privacidade e à paz (STJ, 2013a, p. 1).

Em primeiro grau de julgamento, o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ reconheceu no caso uma necessidade de confrontar o direito de imprensa e direito à informação (devido ao interesse público da notícia), com o direito ao anonimato e ao esquecimento, no qual saiu “vencedor” o primeiro, sendo julgado improcedente o pedido (STJ, 2013a, p. 1-2).

Ademais, considerou-se que a Globo Comunicações e Participações S/A não agiu com dolo de causar dano e nem ocasionou mácula à imagem ou honra do então autor da ação na medida em que retratou fielmente o ocorrido, deixando clara a inocência do investigado, que se tornou fato de extrema importância no relato da conturbada investigação policial que levou à acusação de três inocentes, entre os quais, o autor (apud TJ/RJ, 2009).

Todavia, em apelação (TJ/RJ, 2008), cujo acórdão foi relatado pelo desembargador Eduardo Gusmão Alves Brito Neto, reformou-se a sentença, resultando na condenação da empresa apelada ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais, considerando que seria possível recontar a história da Chacina da Candelária sem mencionar o nome do investigado, que estivera envolvido no episódio apenas em caráter lateral e acessório, e que houvera retornado ao anonimato após o ocorrido.

Ainda de acordo com o Relator:

No âmbito da Constituição encontra-se um claro sinal no sentido de se preservar os interesses individuais do cidadão, porquanto está no art. 221 da Carta que a programação das emissoras deve atender ao respeito aos valores éticos sociais da pessoa e da família. Porque longe de acolher a prevalência constante do interesse coletivo sobre o particular, preocupa-se a Constituição em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção capaz de assegurar sua felicidade, objeto legítimo de desejo por todos e nesta qualidade protegidos pelo Estado (TJ/RJ, 2008, p. 5).

Novamente os julgadores identificaram uma necessidade de sopesar os direitos constitucionais de informar e de ser esquecido, este último, segundo a corte, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal (assim como o “direito de alcançar a felicidade”), porém, chegando-se ao resultado antagônico do juízo *a quo* (TJ/RJ, 2008).

Voto divergente foi o do desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, considerando que o trágico evento faria parte da história nacional, e por tal razão “deve ser contado e lembrado à população por inteiro, e não pela metade”² (apud TJ/RJ, 2009, p. 4).

Opostos embargos infringentes, manteve-se o entendimento do tribunal, asseverando que se poderia ter desfigurado eletronicamente a imagem do Autor e usado de um pseudônimo para a veiculação da notícia, o que não deixaria menos informado o público e “consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.” Esse direito mencionado seria o que os desembargadores consideraram como “Direito ao Esquecimento” ou o “direito de ser deixado em paz” (TJ/RJ, 2009, p. 7-8).

Sobreveio assim recurso especial, no qual sustentou a Globo Comunicações e Participações S/A, inexistir dever de indenizar por ausência de ilicitude, uma vez que documentários como o veiculado são absolutamente comuns, inclusive publicando-se livros e editando-se filmes sobre crimes célebres, bem como não houve invasão à privacidade/intimidade do recorrido, “porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo”, limitando-se a emissora a narrar os fatos ocorridos e apontando a inocência dos investigados (STJ, 2013a, p. 4).

De modo geral, os argumentos de defesa foram todos no sentido de que o acolhimento de um direito ao esquecimento constitui atentado contra a liberdade de expressão e o direito de imprensa, representando a perda da memória da sociedade e, assim, a perda da própria história (STJ, 2013a, p. 17). Criar-se-ia no conceito de privacidade, uma nova forma de censura e de abolição de direitos, tendo em vista que a relação do indivíduo com a sociedade (também quanto ao seu direito de privacidade) já está protegido pelo nosso ordenamento e, em revés, o esquecimento simplesmente negaria aquela relação.

Mais que isso, a obrigação de esquecer (que é a outra face do direito de ser esquecido e criada juntamente com ele, necessariamente), teria o condão de tornar ilícito um fato que

² De acordo com as razões dos Embargos Infringentes dadas pela empresa Globo Comunicações e Participações S/A (TJ/SC, 2009, p. 6), o embargado, chamado para prestar depoimento no caso da Chacina da Candelária, bem como dois outros policiais, foram equivocadamente reconhecidos por um dos menores sobreviventes do crime, levando à temerária atitude da Polícia do Rio de Janeiro a comunicar, apenas dois dias após o crime, que os assassinatos haviam sido desvendados. Ocorre que, três anos após a notícia, e apenas cinco dias antes do julgamento dos réus presos, revelaram-se os verdadeiros culpados, que então foram julgados e presos, libertando-se os que foram injustamente acusados. Nesse contexto, seria impossível recontar com fidedignidade a história do crime omitindo a equivocada acusação, bem como os nomes dos acusados, pois que um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime foi a incompetente investigação policial, tornando-os peça chave no triste episódio.

nasceu plenamente lícito e legítimo, o que cria verdadeira insegurança jurídica sobre a proteção do direito de informar e até mesmo de ser informado. E de fato, quando da primeira publicação da notícia da Chacina da Candelária, à época do crime, nunca se questionou acerca da legalidade da exposição, porque era evidentemente uma informação verídica e de interesse público e, como tal, protegida constitucionalmente a sua divulgação.

Por outro lado, em se aceitando a existência do tal direito de ser esquecido devido ao decurso do tempo, deixa-se ao arbítrio do julgador a decisão sobre o que pode ou não pode ser publicado, o que foi ou não foi esquecido pelo público, quem está ou não está no anonimato e quanto tempo se faz necessário para que o tal direito passe a existir.

Posto isso, em seu voto, reconheceu o Ministro Luis Felipe Salomão, que haveria um conflito entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade que, segundo o seu entender é resultante de consciente opção constitucional:

Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de "querer ocultar-se" e, de outro, o não menos legítimo interesse de se "fazer revelar" (STJ, 2013a, p. 13).

Segundo ele, o núcleo da questão estaria na falta de atualidade da notícia, potencialmente mais gravosa no momento tecnológico atual, em que a *internet*, mas não exclusivamente ela, deixa um “‘resíduo informacional’ que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado” (STJ, 2013a, p. 15). Relembrou-se ainda das atuais discussões no âmbito da União Europeia para a revisão das diretivas 1995/46/CE e 2002/58/CE – ambas referentes à proteção da liberdade e da privacidade nas comunicações eletrônicas – visando nelas inserir expressamente o direito ao esquecimento dos usuários da *internet*.

Seguiu-se então com a apreciação da possível adequação do “Direito ao Esquecimento”, ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial no caso de publicações na mídia televisiva, porquanto, para o ministro, ao se guiar a discussão para a possibilidade do direito na *internet*, faz-se necessária a análise muito mais profunda e de caráter técnico, tendo em vista a facilidade de transposição de fronteiras pelas novas tecnologias. (STJ, 2013a, p. 16)

Conforme a decisão, usurpou-se parcela da personalidade do autor (seu direito à privacidade no sentido de direito de ser deixado em paz) quando se expôs a público a informação que teria sido esquecida pela sociedade, apesar de o “prejudicado” ter exposto sua

contrariedade à publicação quando da recusa a prestar entrevista sobre o assunto. Em suas próprias palavras o Ministro Relator pondera:

[...] mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública [como ocorre quando da disponibilização a público, pelo próprio indivíduo, de suas informações pessoais], como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer. (STJ, 2013a, p. 18)

Assim, receoso de uma inversão de valores possivelmente causada pela nova “filosofia tecnológica”, que a seu ver, viria permitindo cada vez mais a invasão da esfera privada do indivíduo e corroendo os direitos conquistados pelas gerações passadas; e sem negar que a idéia de um Estado Democrático de Direito é indissociável da existência da imprensa livre, o voto do ministro deixou claro que há limitações impostas à liberdade de imprensa, as quais não podem ser ultrapassadas, pois que fincadas em valores e princípios atuais.

Com razão, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao passo que protege a liberdade de expressão e de imprensa, inclusive vedando toda e qualquer forma de censura, como se retira do seu artigo 220, impõe limitações a ela, como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 220, § 1º da CF), bem como impõe à emissoras de rádio e de televisão o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art. 221, IV da CF).

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2004, p. 252), ao interpretar a legislação constitucional brasileira, explica que não é absoluta a proteção do direito à informação, na medida em que encontra limite nas condutas íntimas e pessoais, que carecem de fato de interesse público. Assim, a proteção constitucional à informação não se verifica quando da divulgação de informações de interesse puramente privado, ou de forma vexatória ou humilhante.

Ademais, ensina o autor:

A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas (MORAES, 2004, p. 252).

Não só isso, mas a decisão do STJ do caso da Chacina da Candelária aponta que a Constituição Federal traria uma predileção, na relação entre liberdade de expressão e direito à privacidade, para o fator antropológico, evidenciado pela inserção já no primeiro artigo do

texto constitucional, em seu inciso III, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. (STJ, 2013a, p. 22).

Nesse sentido:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos (STJ, 2013a, p. 22).

Ampliando-se a dignidade da pessoa humana para abranger também o “direito de ser deixado em paz” em relação a fatos pretéritos, ainda que de interesse público, considerando que o sujeito da notícia fora “anônimo” antes dos fatos e que ao anonimato teria retornado, haveria a obrigação de lhe reconhecer o direito, ainda que contra a liberdade de expressão e de comunicação, haja vista que a lente constitucional daria sempre preferência ao primeiro.

Já no combate ao próximo argumento de defesa, a respeito do comprometimento da historicidade de um tempo, caso acolhido o direito de recortarem-se pequenos retalhos da história na preservação do direito de ser esquecido, pondera-se que de fato os crimes, em especial aqueles que causam grande impacto na sociedade, recontam os eventos e a própria cultura de um determinado local e momento, revelando de certo modo os valores morais e éticos da humanidade. (STJ, 2013a, p. 22)

Todavia, consideram os julgadores, que há crimes históricos, e outros que são apresentados falsamente como tal, por recursos da exploração midiática, como forma de aumentar o lucro, por meio da exploração de uma “verdade jornalística”, muitas vezes em detrimento das conclusões da investigação e do processo. E apesar disso, nem mesmo a historicidade do crime seria óbice ao reconhecimento dos direitos de um dos partícipes noticiados, porquanto sendo cometido à época um atentado à personalidade, o “direito ao esquecimento” seria um remédio, ainda que tardio, às ilicitudes do passado. (STJ, 2013^a, p. 28)

Tecendo um breve comentário afora da discussão dos autos, quanto àquela conclusão, não há como se discordar. O fato de uma ilicitude ter passado sem punição no passado, não permite que seja cometida novamente. Entretanto, não se trata desse o caso em estudo, pois tem-se claro que a primeira divulgação do crime nada teve de ilegítimo, e a segunda está ainda sob análise.

Diz-se mais, contra aqueles casos, de cometimento de ilícito já na primeira divulgação da notícia, existem no ordenamento brasileiro diversas formas de proteção, inclusive com a possibilidade de indenização por invasão da vida privada do indivíduo, sem que se verifique a necessidade do reconhecimento de um direito de ser esquecido, mas apenas compreendendo o limite do direito à privacidade, tanto pretérito quanto presente.

Inclusive o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se expressou no julgamento do caso de Ovchinnikov contra João Vale e Azevedo, no sentido de que em determinadas circunstâncias pode haver a restrição da publicação de assuntos do domínio público, quando digam respeito à vida privada de pessoa. Em suas palavras:

[...] uma restrição à reprodução da informação que já entrou no domínio público pode ser justificada, por exemplo, para impedir a continuação da divulgação dos detalhes da vida privada de uma pessoa singular que não pertencem ao debate político ou público de uma matéria de importância geral³ (2011 apud JÄÄSKINEN, 2013).

Tal restrição, como se vê, incidiria diretamente sobre aqueles assuntos que fazem inegavelmente parte da privacidade da pessoa, irrelevantes e alheios à matéria pública e explorados indevidamente. Feitas essas observações, continua-se a leitura da decisão.

Pelas conclusões do acórdão, haveria que se diferenciar entre o interesse público e o interesse *do* público, que seriam conceitos não coincidentes, tendo em vista que aquele é o necessário para proteger a saúde e a segurança, enquanto este por vezes estaria baseado em um sentimento de “execração” pública (MENDES, 2007 apud STJ, 2013a, p. 29).

E assim, citando-se precedentes estrangeiros e institutos tais quais a prescrição, a reabilitação dos condenados e dos “mau pagadores” na legislação nacional (como regras que permitem seja “apagado” do histórico da pessoa aquelas informações que lhe desabonam), reconheceu-se por fim que no caso da Chacina da Candelária fora correta a condenação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pois que o direito de ser esquecido seria plenamente conciliável com a ordem jurídica brasileira, bem como recomendável para a proteção da privacidade.

Posicionou-se então o Tribunal Superior pela limitação da liberdade de imprensa na confrontação com o direito da privacidade, aplicando a recomendada (pelo enunciado da Comissão de Justiça Federal) ponderação de princípios, de acordo com o juízo de razoabilidade dos ministros.

No segundo dos casos, Recurso Especial n. 1.335.153/RJ, os irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, caso este que ficou nacionalmente conhecido devido à divulgação da época e às circunstâncias em que aconteceu o crime, ajuizaram ação de indenização de danos materiais, morais e à imagem, também contra a Globo Comunicações e Participações S/A, devido à re-veiculação da notícia anos após o ocorrido. (STJ, 2013b, p. 1)

Afirmou-se, em suma, que a exploração do caso pela emissora fora ilícita, causando seu enriquecimento à custa da abertura de antiga ferida da família e fazendo emergir a lembrança de tragédia familiar passada, além de causar danos à imagem da falecida pelo seu uso comercial, mesmo sendo notificada previamente a não fazê-lo. (STJ, 2013b, p. 1) Os fundamentos da defesa foram os mesmos do caso anteriormente estudado.

Seguindo para julgamento, assim como ocorreu no caso da Chacina da Candelária, o Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores, tendo sido mantida a sentença por seus fundamentos em grau de apelação. (STJ, 2013b, p. 1).

Os pedidos foram julgados improcedentes, tanto em primeiro grau quanto no Tribunal, porque se considerou que “[...] a matéria jornalística não foi maliciosa nem extrapolou o objetivo de retratar os fatos acontecidos” (TJ/RJ, 2010, p. 1). Ademais, permanece o interesse social na divulgação dos crimes contra a honra da mulher em especial, pois infelizmente ainda são uma realidade nacional, além de o fato criminoso envolvendo Aída Curi ter sido amplamente noticiado à época do ocorrido, chocando toda a sociedade⁴.

Aduziu o desembargador relator do julgamento no recurso de apelação, Ricardo Rodrigues Cardozo, que a publicação televisiva apenas reconstituiu a história, baseando-se em depoimentos e informações colhidos do acervo judiciário sobre o ocorrido, e utilizando-se apenas de informações que já eram públicas e estavam livres ao acesso de qualquer um que desejasse (TJ/RJ, 2010, p. 4).

³ No original: “in certain circumstances a restriction on reproducing information that has already entered the public domain may be justified, for example to prevent further airing of the details of an individual’s private life which do not come within the scope of any political or public debate on a matter of general importance”.

⁴ O Caso Aída Curi foi um dos primeiros casos de tentativa de estupro seguida de homicídio noticiado nacionalmente, sendo que este chegou a ter repercussão internacional, tendo em vista a localidade e as circunstâncias do crime. A título de curiosidade: O caso refere-se à morte de Aída Jacob Curi, jovem de 18 anos, ocorrido no dia 14 de julho de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. A garota foi levada à força por dois rapazes ao topo de um edifício, na Avenida Atlântica, onde, ajudados pelo porteiro do prédio, tentaram abusar sexualmente da moça, que, segundo a perícia, lutou contra os três agressores por pelo menos trinta minutos até vir a desmaiar por fadiga. Segundo a conclusão das investigações, para encobrir o crime os agressores atiraram a jovem do terraço do prédio tentando simular um suicídio, o que causou a sua morte. Apenas um dos jovens foi condenado pelo homicídio, os outros dois, apenas por atentado ao pudor e tentativa de estupro (FRANCISCHETT, 2008).

O dever de indenizar estaria apenas presente caso a informação tivesse a intenção e o condão de denegrir a pessoa retratada ou atingir a sua honra, bem como quando fosse utilizada indevidamente para fins comerciais, nenhuma das hipóteses sendo observada no caso, de modo que a Constituição Federal, ao proteger a liberdade de expressão livre de censura e independente de licença (art. 5º, IX) é fundamento suficiente para garantir o direito de exibição da notícia.

Mais que isso, os fatos de interesse público nunca chegaram a cair no esquecimento, pelo contrário, foram amplamente discutidos e noticiados nos últimos cinquenta anos, inclusive nos meios acadêmicos. Até mesmo porque é função social dos meios de comunicação informar, alertar e abrir o debate sobre esses casos controvertidos, de modo que não se trata puramente de um direito seu, mas de um dever frente à coletividade de lembrar o passado para podermos aprender com ele. Como disse o desembargador: “O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente” (TJ/RJ, 2010, p. 4).

Colacionou-se jurisprudência do tribunal que corrobora a decisão, tratando da preponderância do direito à liberdade de expressão quando a notícia veiculada é sobre fatos públicos e notórios, cujo conhecimento é aberto a todos, inclusive em situações nas quais o reclamante fora condenado pelo fato noticiado, pois que a reconstrução da história não pode ser considerada ilícita.

Interpostos embargos de declaração, foram rejeitados, sobrevindo então recursos especial e extraordinário; este último não foi admitido.

A fundamentação da decisão do Recurso Especial foi muitíssimo semelhante à do recurso referente ao caso da Chacina da Candelária, porém chegaram os ministros à conclusão de que não caberia indenização, por maioria dos votos, porque no caso mesmo que prevaleça a tese do “Direito ao Esquecimento”, como direito da personalidade, e que este se sobreponha à liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, e mesmo que não tenha contemporaneidade a notícia, não se verificou o dano, pois nesse caso consideraram que seria impossível desvincular o nome da vítima do crime dramatizado no programa televisivo (STJ, 2013b).

Além disso, o Ministro Relator aduz que, à medida que surge o direito ao esquecimento, com o passar do tempo, vai diminuindo a dor atrelada à notícia e, assim, como o crime ocorreu há mais de cinquenta anos, não seria verificado o sofrimento dos irmãos de Aída Curi pela exposição do crime.

De toda maneira, reconheceu-se também conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, que dentro da sociedade do “*hiperinformacionismo*” haveria que ser solucionado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que prevaleceria sobre todos os outros direitos, porque inserido já como fundamento da República. Retira-se do acórdão:

Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, choca-se com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana (STJ, 2013b, p. 12).

No caso particular, a ponderação de valores realizada demonstrou, no entender dos julgadores, que a condenação da emissora resultaria em desproporcional poda da liberdade de imprensa, se comparado ao “desconforto” gerado pela lembrança (STJ, 2013b, p. 38). Não obstante, existiria na ordem jurídica o direito de apagar uma notícia passada da memória da sociedade, só não aplicável indenização ao caso.

Nesse prisma, a dignidade é o fundamento da criação do novo direito ao esquecimento, para proteção contra as investidas na vida privada da pessoa (ainda que não se acredite que seja esse o caso dos autos, na medida em que aqui a informação era pública no seu lançamento). A preocupação que se observa dos julgadores é quanto à permissividade que vem alcançando os valores sociais “[...] e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade” (STJ, 2013b, p. 16).

Essa mesma apreensão se divide com Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 16), quando pondera que é com passividade que viemos lidando com a invasão dos aspectos personalíssimos da nossa vida. Segundo ele, a sociedade das massas em que vivemos, vem colocando em xeque a existência da intimidade e da vida privada, sem que se verifique um movimento de oposição proporcional.

E a oposição parece vir na forma da criação de um novo contorno, deduzido de princípios constitucionais, porém não explícito, ao direito/dever de informar, que é o limite do tempo de novidade da informação. O que se decidiu nos casos, e que veio como grande novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, é que, não sendo mais novas as informações, estando esquecidas, já não é mais legítima a sua divulgação, desde que o juízo de razoabilidade indique naquela direção. Quem parece decidir sobre a contemporaneidade, então, é o julgador – ou talvez a vítima, quando aciona o Judiciário – dentro do limite do que

os ministros considerarem proporcional, haja vista a aplicação da ponderação entre princípios e a subjetividade do julgamento da razoabilidade. Não se concorda com esse posicionamento.

1.3 PRECEDENTES E APRECIACÃO INTERNACIONAL

Internacionalmente, a tese do direito ao esquecimento com a acepção dos julgamentos brasileiros, não como forma de apagar o histórico de condenações criminais, mas entendido como um direito de preservação da intimidade e da paz, e ainda como um direito de ressocialização, teria surgido em 1931, no julgamento do caso *Melvin v. Reid*, pela Corte de Apelação da Califórnia (EUA, 1931).

Melvin, a autora da ação, fora uma meretriz quando jovem. Ainda na época, acusada por homicídio, no ano de 1918, finalmente foi inocentada após julgamento. Posteriormente casou-se e construiu para si uma nova vida, longe da condição em que se encontrara. Dessa forma, “reabilitou-se” na sociedade, de maneira que muitos de seus novos conhecidos e amigos ignoravam por completo a sua vida pregressa (EUA, 1931).

Ocorre que em 1925, sem a sua permissão, consentimento ou conhecimento, foi lançado o filme chamado “*The Red Kimono*” baseado na sua história, usando as gravações do julgamento de 1918 e contando os fatos de sua vida (inclusive o fato de se prostituir), tudo isso com a utilização do seu nome real, o que teria lhe causado vários danos, razão pela qual veio a propor quatro ações contra Reid e os demais responsáveis pelo filme, sendo a primeira enquadrada no direito à privacidade, então ainda embrionário nos Estados Unidos e no mundo, e as seguintes fundadas no direito de propriedade sobre a vida, o nome e a imagem (EUA, 1931, p. 1).

O embasamento no direito à “propriedade sobre a vida, o nome e a imagem” se justifica no contexto do caso, pois que a noção de privacidade como um direito em si, diferente da propriedade, apesar de já ter sido introduzida na discussão jurídica pelos advogados Warren e Brandeis em 1890, ainda não estava plenamente consolidada no entender dos tribunais norte americanos, de forma que os argumentos de defesa puramente nela baseados tinham grande chance de ser rejeitados pela corte californiana.

De todo modo, na apreciação do caso, apesar de não se reconhecer expressamente o direito à privacidade de Melvin, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia julgou em seu favor, reconhecendo como seu direito o de buscar e de alcançar a felicidade (como um dos

direitos proclamados na declaração de independência dos Estados Unidos da América), sendo ilícito, portanto, que se adentrasse sua vida pessoal, como feito quando da divulgação do filme e da utilização de seu nome real (EUA, 1931, p. 3).

Não obstante, reconheceram os julgadores (EUA, 1931, p. 3) que a simples publicação do incidente que envolvia a vida de Melvin, o julgamento por homicídio, não lhe daria direito à ação, porquanto as informações constavam de registros públicos e de interesse também público, abertos para todos. Continuam:

O próprio fato de eles [os incidentes] estarem contidos em um registro público é suficiente para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade. Quando os incidentes de uma vida são tão públicos a ponto de serem postos em publicidade, eles passam ao conhecimento e à posse do público e deixam de ser privados. Se os apelados, na história do “*The Red Kimono*” tivessem se limitado ao uso dos incidentes da vida da apelante que faziam parte do registro do julgamento, o direito à ação não teria emergido⁵ (EUA, 1931, p. 4).

Entenderam, igualmente, que se poderia ter alterado o nome da personagem, para que não fosse causado o dano, repousando aí uma das causas da condenação. Caso o nome tivesse sido ocultado, certamente se haveria julgado improcedente o pedido de Melvin.

Cabe, neste ponto, traçar a relação entre o caso recém explicado com os julgamentos brasileiros: ainda que tenha sido citado como precedente internacional no julgamento da Chacina da Candelária e no caso de Aída Curi pelo ministro relator dos recursos no STJ, e coincidente em parte com o julgamento do primeiro – na medida em que os juízes norte-americanos também entenderam desnecessária a utilização do nome real da “vítima” –, percebe-se que este julgamento trata de situação diversa daquelas tratadas nos Recursos Especiais levados à Corte Superior brasileira.

Enquanto a decisão internacional reconheceu, mesmo que utilizando de outros termos, que a ilicitude da conduta se encontrava no abalo atual da vida privada da autora da ação, por ter revelados sobre si fatos que não possuíam qualquer tipo de interesse público, nem mesmo à época do julgamento de homicídio; os casos apreciados pelo STJ são diametralmente antagônicos, ao considerar que, ainda que tenham “nascido” públicos, os fatos

⁵ No original: “From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of “*The Red Kimono*”, stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued”

tornaram-se privados pelo decurso do tempo, devido ao adquirido anonimato da pessoa ao longo dos anos.

Ademais, nos julgamentos brasileiros, o foco da problemática esteve na contemporaneidade, ou, pelo contrário, na ausência de atualidade, da notícia veiculada, bem como no dano causado, ou não, pela divulgação dos acontecimentos, enquanto no julgamento norte-americano o enfoque foi no caráter público ou privado dos dados divulgados, ainda que não se reconheça expressamente o direito de privacidade.

Não é com dificuldade, logo, que se verificam fundamentos diferentes para o “direito de ser esquecido” norte-americano e o brasileiro, do modo como se entendeu nos julgamentos, porque fundamentados de maneiras diversas. Enquanto um utilizou a ponderação entre dois direitos constitucionalmente reconhecidos, o outro preferiu delimitar o alcance do direito de “busca da felicidade”. Por hora, bastam essas considerações críticas.

Continuando com a explicitação dos precedentes internacionais do que hoje se chama amplamente de “Direito ao Esquecimento”, chega-se ao célebre caso *Lebach*, do qual se traça breve histórico.

Trata-se da chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas, em 1969, em um vilarejo chamado Lebach, na República Federal da Alemanha. Como resultado, dois dos acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua e um terceiro partícipe a seis anos de reclusão. Este terceiro, ao ser libertado, descobriu que seria transmitido documentário sobre o crime, ao que se opôs, ajuizando ação para que fosse impedida a divulgação, em 1973.

No que tange ao direito de ser esquecido, o resultado do julgamento foi o mesmo, se comparado ao norte-americano, porque decidiu o Tribunal Constitucional Alemão que o documentário pretendido não poderia ser transmitido caso divulgasse o nome ou a foto do reclamante (SCHWAB, 2006, p. 486), todavia, com fundamentos diferentes.

As primeiras instâncias de julgamento do caso *Lebach* não acolheram o pedido do acusado de suspender a divulgação do filme, com o sustento de que o envolvimento no crime fizera com que o reclamante se tornasse uma personalidade da história e que o caso era apresentado na película de forma verossímil, sem intenção difamatória, correspondendo ao direito de informação sobre matéria de inequívoco interesse público. (BVVERFGE 35, 2002, apud MENDES, 1997)

A despeito disso, o Tribunal Constitucional reformou as decisões, com base no direito constitucionalmente protegido na Alemanha de “desenvolver a personalidade” e na aplicação da regra da proporcionalidade entre o interesse de informação da população e a

proteção da privacidade, de que a imprensa não pode eternamente se ocupar dos acontecimentos da vida privada do condenado, além da atualidade do fato, quando se possa identificar um prejuízo à sua reputação na sociedade e ao seu direito de a ela se reintegrar. Tratava-se assim de um direito de ressocialização. (SCHWAB, 2006, p. 492).

Novamente, é com esforço que se reconhece o “Direito ao Esquecimento”, baseando-se o caso analisado na suposta colisão, ou ao menos na necessária delimitação, do direito da personalidade e do direito da liberdade de imprensa ou do direito de informação acerca de temas de interesse público, chegando-se quase sempre à conservadora decisão de que seria menos ofensivo ou “mais constitucional” – considerando que a técnica de ponderação utilizada alarga para um ou outro lado os princípios constitucionais –, que se omitissem os nomes dos envolvidos, como forma de lhes garantir o “direito de serem deixados em paz” da forma como esse conceito foi entendido pelos julgadores.

Finalmente, outro recorrente exemplo internacional de reconhecimento do “Direito ao Esquecimento”, e esse é o precedente que mais se aproxima ao resultado dos julgamentos do STJ, é o amplo reconhecimento do mesmo como direito da personalidade pelo Tribunal Federal Suíço. Especificamente no caso *Société Suisse*, o Tribunal Federal teve que decidir sobre o direito do filho de um criminoso sentenciado à morte em 1939 de impedir que a *Swiss TV* lançasse, em 1980, um documentário sobre a vida e a execução de seu pai (WERRO, 2009).

A corte julgou em favor do reclamante e sustentou que o documentário, injustificadamente, violaria o seu direito como filho de não ser obrigado a reviver o acontecimento. Ainda sublinhou-se no caso que o direito de transmitir o nome da pessoa condenada, ou que enfrenta acusações criminais, é essencialmente limitado ao tempo dos procedimentos judiciais; acabado esse período, não é mais legítimo que se disponibilize ao público as informações sobre o crime, porque ele não permanece como de interesse público indefinidamente (WERRO, 2009).

O tribunal Suíço, assim como o brasileiro, encontra na ponderação de princípios constitucionais o fundamento da prevalência do direito à privacidade e à ressocialização sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, concluindo que:

[...] o direito do público de ser informado sobre a identidade do autor de um crime desaparece após a passagem de uma quantidade substancial de tempo, abrindo caminho ao direito do indivíduo de ser esquecido como um criminoso. Apesar de a imprensa ter o dever fundamental e o direito de informar o público, assim como o

público tem o direito de ser informado, esses direitos são limitados pelo direito do indivíduo de que se respeite a sua esfera privada (WERRO, 2009, p. 8)⁶.

Outrossim, diferencia entre o interesse público e o interesse privado, como forma de definir o alcance da liberdade de expressão, ensinando que o passar do tempo é determinante para que a informação seja ou não seja reconhecida como legítima. Todavia, ressalta que o direito à informação deve prevalecer quando for de importância jornalística ou for necessária para proteger o público hoje, quando, por exemplo, uma pessoa que tiver se envolvido no desvio de dinheiro de uma empresa enquanto gerente, procurar outro emprego na mesma posição (WERRO, 2009). Ficaria a cargo dos juízes decidir sobre a relevância da informação. Desde então o Tribunal Suíço vem reconhecendo o “Direito ao Esquecimento” em diversos casos.

A crítica mais evidente a esse modelo é que aos juízes caberia escolher, ainda que baseando-se em critérios objetivos quaisquer, quem é mais propício a voltar a cometer o crime pelo qual foi condenado no passado, quais matérias têm importância jornalística, ou por quanto tempo é relevante um acontecimento. Deixa-se a cargo da subjetividade do julgador, sem que se tenha a consciência do caráter político da decisão.

E como bem observa Werro (2009), a escolha entre uma e outra possíveis interpretações dos limites da privacidade e do “Direito ao Esquecimento” são bastante determinadas pelos padrões culturais do intérprete. Aliás, é por esse motivo que a Corte Suprema norte-americana é relutante em aceitar os argumentos em favor desse direito (como demonstrado acima), deixando pública a informação que assim foi criada, enquanto os tribunais europeus, e agora os brasileiros, parecem mais inclinados a concedê-lo aos cidadãos, mesmo entendendo tolhida a liberdade de imprensa.

Segundo o autor, comparando a visão estadunidense com a europeia sobre a privacidade e a liberdade de imprensa, em artigo intitulado “O direito de informar contra o direito de ser esquecido: um conflito transatlântico”⁷, enquanto para os países europeus quase sempre prevalece a primeira, mesmo em detrimento da segunda, amplamente baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido já no primeiro artigo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos Estados Unidos da América acontece o oposto, porque se retira da sua Primeira Emenda Constitucional que a liberdade de expressão seria o

⁶ No original: Accordingly, the public’s right to be informed about the identity of the author of a crime vanishes after a substantial amount of time has passed, and gives way to the individual’s right to be forgotten as a criminal. Although the press has a fundamental duty and right to inform the public, and the public a right to be informed, these rights are checked by the individual’s right to the respect of his or her private sphere.

⁷ Título original: “The Right to inform v. the right to be forgotten: A Transatlantic Clash”.

único garantidor da manutenção da democracia. Assim, não é de se espantar que entendam os tribunais ianques, como fizeram no caso Melvin, e como continuam a fazer quando postos a decidir sobre o direito de apagar notícias sobre si que:

[...] o princípio contra a punição da publicação de eventos já revelados em registros públicos “não se presta, lógica ou praticamente, a limitações temporais” e deve ser aplicado com igual força à publicação de material que objetiva entreter, e a material que objetiva informar (WERRO, 2009, p. 16)⁸.

Pelos precedentes montados nos tribunais norte-americanos, importa apenas determinar se é pública ou privada a informação no momento de sua divulgação, independentemente do passar do tempo, ou do fim de veiculação da notícia, desde que não tenha intenção difamatória. E como as cortes não pretendem decidir o que tem ou não tem caráter jornalístico, ou o que é legitimamente de interesse público, para não correr o risco de efetuarem algum tipo de censura *a posteriori*, fica decidido que pode ser mantido público aquilo que esteve contido em “registros públicos” ou que, voluntariamente, sabendo da possível exposição ampla dos fatos, for disponibilizado abertamente por quem tinha o direito de divulgá-los (WERRO, 2009, p. 12)⁹. A discussão passa ao largo da “colisão de princípios” e da dignidade da pessoa humana.

E noutra monta, reconhecendo o caráter cultural (e oposto) das decisões, também não surpreende, e até se explica, a intenção de revisar as diretivas 1995/46/CE e 2002/58/CE no âmbito da União Europeia para nelas incluir expressamente o “direito de ser esquecido”, em especial com relação às notícias divulgadas na *internet*, como já se mencionou em tópico anterior. Isso porque, de acordo com Martin Abrams (2011 apud HENDEL, 2011, *online*), “a Europa está acostuma com processar legalmente todos os seus dados [no sentido de regulamentar], enquanto a América [ou os Estados Unidos da América] é mais permissiva quanto à observação do comportamento de suas informações”¹⁰.

⁸ No original: “[...] the principle against punishing the publication of events already disclosed in a public record does not “logically or practically led [itself] to temporal limitation” and applies with equal force to publication of material meant to entertain as it does to material meant to inform.”

⁹ Segundo Werro (2009, p. 12), no caso *Oklahoma Publishing Co. v. District Court* a Suprema Corte americana decidiu que a companhia de jornais não poderia ser responsabilizada e condenada por publicar eventos do processo que envolvia menor – mesmo que se trate de informações não disponíveis ao público – quando o juiz do caso sabidamente permitiu que membros da imprensa permanecessem no tribunal e observassem os procedimentos. Permitir o acesso da mídia aos procedimentos seria o mesmo, de acordo com o tribunal, que colocá-los em domínio público e, assim, de livre publicação e acesso. Tal presunção de interesse público, todavia, é enfraquecida, porque o ato emanou de apenas um agente, e contrariamente ao segredo de justiça instituído para o caso. De toda forma, serve o caso como ilustrativo da enorme proteção da liberdade de imprensa naquele país.

¹⁰ No original: “Europe is used to legally processing all its data, whereas America grants far more permissive rights of observation of behavior and its data.”

As diretivas mencionadas tratam, respectivamente, sobre a “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais” e ao “tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas”, trazendo critérios para, por exemplo, determinar quando pode ser considerado legítimo o processamento de dados.

Sobre isso, o artigo 7º da primeira diretiva, de 1995, estabelece que os Estados Membros só podem permitir o processamento de dados pessoais se preencherem uma das seguintes condições: o sujeito sobre quem os dados dizem respeito tiver inequivocamente dado seu consentimento; o processamento for necessário para possibilitar um contrato do qual o sujeito seja parte, ou que deseje participar, como requisito do mesmo; o processamento for necessário para cumprir uma obrigação legal do sujeito; o processamento for necessário para proteger seus interesse vitais; o processamento for necessário para a realização de tarefas de interesse público; ou quando o processamento for necessário para o propósito de interesses legítimos do controlador ou de terceiros com quem a informação for compartilhada, exceto quando esses interesses forem sobrepujados pelos interesses, direitos fundamentais ou liberdades do sujeito dos dados (UNIÃO EUROPEIA, 1995). Após, seguem os textos das diretivas fazendo novas recomendações sobre o livre acesso às informações, em especial àquelas que dizem respeito ao próprio indivíduo.

Apesar de o rol de critérios a serem observados quando do tratamento de informações da *internet* ser bastante amplo e dispor, basicamente, que será legítimo o processamento (e a divulgação) de dados pessoais, quando o interesse que recair sobre eles for também legítimo, o que deixa bastante a critério do aplicador, identifica-se aqui aquela tratada necessidade europeia de regulamentar, de passar pela lei, todas as novas tecnologias, com vista ao direito da privacidade e da intimidade, nesse caso no que se refere ao processamento de dados e sua divulgação *online*.

Desencadeado por um evento em que a empresa *Google Inc.*, sediada na Califórnia, recusou um pedido espanhol, em janeiro de 2011, de que se retirassem do ar aproximadamente noventa *links*, entre os quais havia artigos de jornais e informações públicas, porque retratavam os sujeitos das notícias de forma considerada desabonadora, ocasião na qual a empresa ainda afirmou que o pedido era “desapontador” e que a ferramenta de busca não atuaria como uma “curadora” do conteúdo (HENDEL, 2011), porque o pedido vai contra a “objetividade” da *internet*, acendeu-se a discussão sobre o “Direito ao Esquecimento”, cuja clarificação havia sido apontada como objetivo da União Européia em

novembro do ano anterior, em uma comunicação da comissão europeia ao parlamento, conselho e comitês europeus (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 9).

Considerando o poder censor que resultaria na obrigação de retirada das informações do alcance do público, especialmente porque não se tratava nem mesmo de uma questão de definir se deveriam ser públicas as informações, mas apenas de decidir se ilegítima sua divulgação pelo incômodo causado por elas, gerou grande comoção o caso e, com razão, concorda Hendel, geraria um profundo “*chilling effect*”, que é quando uma norma ou um posicionamento jurisdicional expande tanto um direito (nesse caso o “direito de ser deixado em paz”), que acaba borrando os limites de outro (a liberdade de imprensa), tendo como consequência a censura própria, por medo das possíveis, e dificilmente delimitáveis, consequências, o que se explicará mais adiante.

Como resultado, em discurso proferido pela Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Européia, Viviane Reding, em 22 de janeiro de 2012, apresentou-se proposta de inclusão expressa do “direito ao esquecimento” nas diretivas europeias de uma maneira muito mais branda do que o antecipado. Afirmou a Vice-Presidente que “as pessoas devem ter o direito – e não apenas a possibilidade – de retirar seu consentimento ao processamento de dados pessoais [...]” – e esse fragmento de frase foi citado pelo ministro relator dos julgamentos do STJ referentes ao novo direito –, mas continua dizendo: “[dados] que eles mesmos tenham disponibilizado” (REDING, 2012, p. 5)¹¹. Essa parte final foi o que trouxe grande alívio aos jornalistas, tais quais Hendel, que comenta:

Reding ainda casualmente se refere ao “direito de ser esquecido”, empregando a mesma linguagem que em novembro de 2010, quando ela anunciou que a União Europeia consideraria clarificá-lo. Contudo, a definição do direito ao esquecimento mudou substancialmente do que fora discutido há um ano [em 2011]. Na época, o direito haveria potencialmente dado às pessoas a habilidade de apagar qualquer referência digital – de registro público, jornalismo ou redes sociais – que considerassem irrelevantes ou desabonadoras; hoje, a União Europeia especifica que os dados que as pessoas têm o direito de remover são, de acordo com Redin, ‘dados pessoais que elas mesmas tenham disponibilizado’. Essa provisão é chave. A revisão insiste que os usuários da *internet* têm controle dos dados que elas mesmas colocam online, mas não das referências na mídia ou outros locais (2012, *online*)¹².

¹¹ No original: “Another important way to give people control over their data: the right to be forgotten. I want to explicitly clarify that people shall have the right – and not only the ‘possibility’ – to withdraw their consent to the processing of the personal data they have given out themselves.”

¹² No original: “Reding still casually refers to “the right to be forgotten,” employing the same language she first did in November of 2010 when she announced the EU would consider clarifying it. Yet the definition of the right to be forgotten has substantially shifted from what was being discussed a year ago. Back then, the right would have potentially given people the ability to cull any digital reference - from the public record, journalism, or social networks - they deemed irrelevant and unflattering; today, the EU specifies that the data people have a right to remove is, according to Reding, “personal data [people] have given out themselves.” This provision is

Para o autor, originalmente o “Direito ao Esquecimento” divulgado pela União Européia, por amplo, potencialmente daria às pessoas o poder de apagar qualquer referência digital a elas feita. Todavia, com o discurso da Vice-Presidente, ficou claro de que esse não era o objetivo, mas sim de que os usuários da *net* tenham controle sobre os dados que eles mesmos disponibilizaram, apenas.

Mais importante, no próprio discurso reconheceu-se que o “Direito ao Esquecimento”, não sendo absoluto, não pode nunca preceder sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, nem jamais pode significar que se apague a história. Os arquivos de um jornal, por exemplo, seriam casos em que é legítimo e legalmente justificado que se mantenham os registros, donde se retira que a republicação da informação também não deve ser punida, porque sempre esteve legitimamente disponível.

Ou talvez se deva interpretar no sentido como fez o Ministro Luiz Felipe Salomão: que as informações podem continuar a existir, desde que não sejam divulgadas enquanto possam prejudicar a paz de algum dos envolvidos, passado tempo razoável do acontecimento, e voltando a ser legítima a divulgação depois de passado tempo “demais”, porque já não têm o potencial de gerar dano, como um ciclo.

As evidências, entretanto, parecem apontar no sentido de que, até mesmo a Europa, que vinha se mostrando bastante inclinada a garantir o “direito de ser esquecido” em qualquer caso, tem recuado da interpretação, como demonstra o parecer elaborado pelo Advogado Geral da União Europeia, no ano de 2013, consultado no Processo C- 131/12 ajuizado por um cidadão espanhol contra a *Google Spain*.

No processo, o particular pretendia que se impossibilitasse que a pesquisa de seu nome por meio da página virtual de buscas da empresa *Google* mostrasse como resultado uma matéria de jornal já antiga, republicada na rede, que fazia referência à venda de sua propriedade em hasta pública pelo não pagamento de dívidas, com fundamento no “Direito ao Esquecimento”. O advogado geral concluiu que não seria aplicável ao caso o tal direito:

[...] A constelação de direitos fundamentais, particularmente complexa e difícil, que este processo apresenta impede a justificação do reforço da posição jurídica das pessoas em causa ao abrigo da diretiva e da atribuição a essas pessoas de um «direito de ser esquecido». Isso implicaria o sacrifício de direitos essenciais, como a liberdade de expressão e de informação. Também dissuadiria o Tribunal de concluir que estes interesses em conflito poderiam ser satisfatoriamente ponderados nas situações individuais, caso a caso, deixando a decisão ao prestador do serviço de

motor de pesquisa na Internet. Tais procedimentos de informação e de supressão, caso sejam exigidos pelo Tribunal, podem conduzir à remoção automática de hiperligações a quaisquer conteúdos contestados ou a um número incontável de pedidos recebidos pelos prestadores do serviço de motor de pesquisa na Internet (JÄÄSKINEN, 2013, *online*).

O caso ainda não foi levado a julgamento, no entanto é incomum que a Corte Europeia deixe de seguir o parecer do Advogado-Geral, de forma que parece bastante certo que o resultado será de que o direito do utilizador de receber informações não pode ser limitado quando a informação é pública, ou nasceu pública, assim como a disponibilização das notícias passadas não geram direito de indenização por parte do particular envolvido no caso, porque não é violado seu direito de privacidade, desde que não haja a intenção deliberada de prejudicá-lo. E mais, não se justificaria nem mesmo a supressão do nome da pessoa, já que a republicação de um conteúdo diferente da versão original poderia ser considerada uma injustificada “falsificação da história” (JÄÄSKINEN, 2013).

Conclui-se assim que o “direito ao esquecimento” aplicado atualmente nos casos concretos, mesmo sendo ainda abraçado na Europa, veio se referir mais ao direito de apagar dados pessoais da *internet*, do que tirar da publicidade informações pretéritas, como foi no caso dos julgamentos brasileiros. Nesses casos, a discussão internacional tem-se voltado primeiramente a determinar o que é público e o que é privado, para decidir tratar-se da violação de um direito da privacidade ou não, do que na amplificação da dignidade da pessoa humana e da ponderação entre princípios, para que não ocorra a censura.

2 AVALIAÇÃO E REMODELAGEM DOS CONCEITOS

Antes de adentrarmos especificamente na avaliação e, pode-se dizer, no re-enquadramento dos conceitos adotados pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça na apreciação do “Direito ao Esquecimento”, há que se clarificar que importa para a retidão das decisões, em qualquer caso, compreender os institutos utilizados.

Nas decisões dos casos concretos, por óbvio, não basta mencionar o nome de um princípio para imediatamente aplicá-lo, por mais conhecido que se acredite ser, especialmente quando se trata de uma definição pouco compreendida ou cujos limites devam ser estudados em cada situação dada. Dito isso, o que se procura fazer neste capítulo é analisar as significações adotadas na resolução dos “conflitos” entre os direitos, bem como dos termos utilizados como sinônimos aos princípios, procurando entender, para aquelas situações, a consequência da sua utilização.

Por fim, será feito um breve apanhado dos argumentos utilizados a favor do “Direito ao Esquecimento” na sociedade da informação, como justificativa do seu surgimento, intentando compreender o que leva, ou não, à necessidade de sua existência.

Desse modo, pretende-se dar uma nova luz sobre todos os pontos apreciados, ou que se acredita deveriam ter sido aprofundados nas decisões acima comentadas, concluindo sobre o cabimento, ou o não cabimento, do novo direito na nossa ordem jurídica.

2.1 VIDA PRIVADA, *PRIVACY*, DIREITO AO ISOLAMENTO E O DIREITO DE SER DEIXADO EM PAZ

Para que se possam melhor delimitar as bases e as consequências das decisões analisadas, há que se entender os conceitos nos quais se basearam, seja com o objetivo de efetuar o sopesamento, ou de determinar a limitação dos direitos. Tal estudo é decisivo para que se conclua acerca da retidão da jurisprudência, a fim de saber com quais valores e institutos se lidam e para, porventura, redefini-los, como única maneira de realmente compreender o alcance dos mesmos.

Pois bem, historicamente, o conceito de personalidade, donde advém o direito de privacidade, teria surgido através da “consagração antropológica do cristianismo” (AIETA,

1999, p. 8). Sua construção contribuiu imensamente à temática dos Direitos Humanos, vindo a tomar maior relevância a partir da edificação do Direito Civil romano, onde “*persona*” era a máscara por detrás da qual o ator desempenhava seu papel.

E assim, apesar de se apontar já o início da história da humanidade como a nascente do desejo de resguardar a própria personalidade, teria sido o cristianismo que levou o homem à necessidade de introspecção e ao desejo de estar só. Conforme Hannah Arendt (1993 apud LAFER, 1991, p. 263), a concepção cristã destinou a bondade ao universo da intimidade, impossível a sua sobrevivência nos confins da esfera pública.

Também marcante na história da reivindicação pela salvaguarda de espaços exclusivos e pela idéia de um direito inerente ao isolamento, foi o desenvolvimento dos burgos como centros urbanos. Com isso, houve um rápido crescimento da expectativa dos burgueses emergentes de proteger a sua intimidade (AIETA, 1999, p. 78), donde se criou o individualismo e advieram os primeiros avanços doutrinários no tocante à proteção da esfera privada. Apesar disso, ainda não se poderia falar, naquela época, do surgimento da “privacidade” como conhecemos hoje, porque, então, ainda era entendida como uma consequência da propriedade, de maneira que apenas as classes mais privilegiadas teriam a ela acesso.

A privacidade, como conceito e direito autônomo, só veio a ser reconhecida a partir da publicação em um artigo no “*Harvard Law Review*”, em 1890, por Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren – dois prestigiados advogados norte-americanos. Sua primeira teorização surgiu no contexto mundial com o ensaio “*The Right to Privacy*”, considerado até hoje como o avô do conceito e um divisor de águas no tocante à consagração do direito.

A concepção e a publicação do artigo se explicam, porque, nos Estados Unidos, cresciam a imprensa e as novas formas de comunicação, de modo que “foi o primeiro país no qual surgiu uma imperiosa necessidade doutrinária de amparar este novo interesse existencial, cada vez mais agredido e desprotegido” (SASSAREGO, 1992 apud AIETA, 1999, p. 80).

Ali, até então, o direito de decidir a extensão de exposição da vida privada, da obra e da imagem de uma pessoa era “auto-determinado”, baseando-se no direito autoral ou, nos casos em que o reconhecimento da existência de uma “obra” fosse menos evidente, em uma quebra da relação de confiança existente entre os indivíduos. Já a partir do ensaio publicado, reconheceu-se que não eram suficientes as proteções, e que a evolução natural da proteção do “direito de ser deixado em paz” do indivíduo seria o conhecimento do seu direito à privacidade (BRANDEIS; WARREN, 1890). Enquanto não fosse reconhecido esse direito,

criar-se-iam aberrações de interpretação das leis existentes para tentar abranger os casos em que a privacidade se aplicaria.

Em especial, e fundamental para a elaboração do direito, preocuparam-se os autores com as novas tecnologias surgidas à época – grande coincidência com a discussão do direito de ser esquecido e a *internet* –, como a possibilidade de fotografar alguém sem o seu conhecimento (pois até então, como as sabe, a fotografia exigia que o sujeito permanecesse imóvel por um longo período, de forma a tornar-se praticamente impossível que fosse fotografado sem consentir). A partir delas já não se podia mais estabelecer um tipo de contrato tácito entre as partes, aumentando a possibilidade de perpetração de ilícitos contra o direito de “ser deixado em paz” sem a participação da parte prejudicada. Nascia, portanto, a necessidade de fixar a proteção em uma fundação mais ampla: o direito à privacidade.

Concluem os autores:

Devemos então concluir que os direitos [da personalidade], tão protegidos, qualquer que seja a sua natureza exata, não são direitos que emergem do contrato ou da confiança entre as partes, mas são direitos oponíveis contra qualquer pessoa; e, como mencionado, o princípio que tem sido aplicado para proteger esses direitos não é na realidade o princípio da propriedade privada, a não ser que àquele termo seja concedido outro sentido e extensão. O princípio que protege os escritos particulares e quaisquer outras produções do intelecto ou das emoções é o direito à privacidade, e a lei não tem a necessidade de formular novos princípios quando estende essa proteção às aparições, dizeres, atos e relações pessoais, domésticas ou não¹³ (BRANDEIS; WARREN, 1890, p. 9).

O que protege a personalidade da ingerência alheia não é o que emerge do contrato ou da relação de confiança entre as partes, mas direitos de privacidade, oponíveis a qualquer pessoa a qualquer tempo, desnecessária então a criação de novos princípios para a proteção do mesmo bem jurídico.

Nesse sentido, a proteção concedida pela privacidade englobaria todas aquelas relações sobre as quais se vinham criando novas e diversas proteções, com diferentes nomenclaturas, porque, em verdade, a discussão se dava em torno da vida privada, adequada e suficiente em si para a regulamentação. Desse modo, seguindo o raciocínio dos autores, não haveria necessidade de “inventar” novos direitos, se o objetivo é proteger algo que pode ser abrangido pela privacidade. O “Direito ao Esquecimento”, porventura, será criticado neste

¹³ No original: “We must therefore conclude that the rights, so protected, whatever their exact nature, are not rights arising from contract or from special trust, but are rights as against the world; and, as above stated, the principle which has been applied to protect these rights is in reality not the principle of private property, unless that word be used in an extended and unusual sense. The principle which protects personal writings and any other productions of the intellect of or the emotions, is the right to privacy, and the law has no new principle to

viés se considerar-se que o seu objetivo é proteger a privacidade, o “direito de estar só”, respeitando ainda a liberdade de imprensa e o direito de ser informado.

Ainda de acordo com o ensaio (BRANDEIS; WARREN, 1890), as matérias cuja publicação deveria ser reprimida seriam somente aquelas que dizem respeito apenas à vida privada do indivíduo, que não contêm relação com o interesse público, o qual poderia, em contrapartida, causar a publicização de determinados fatos de relevância, mas apenas naquela exata medida examinada no caso concreto.

Em resumo: para Brandeis e Warren o direito à privacidade não restringe publicações de matérias que sejam de interesse público, nem impede a divulgação de qualquer assunto, desde que de acordo com a lei. Ainda, de forma alguma o direito à privacidade pode significar censura, bem como o consentimento do interessado pode fazer cessar a “privacidade” sobre determinado assunto.

Assim, o direito de privacidade, como visualizado pelos juristas, estaria sempre limitado às situações privadas e de interesse privado. Legitimamente vindo a público por ser de interesse geral, não haveria que se falar em vedação da publicação de notícia sobre determinado fato. É nesse sentido que se entende, para fins deste trabalho, o direito de manter privados os fatos que dizem respeito unicamente à pessoa do afetado, todavia, resta compreender o que, de fato, pode ser considerado privado.

Ademais, dada essa origem do direito à privacidade, percebe-se que a preocupação com a separação do âmbito pessoal do público se desenvolve conjuntamente com a evolução cultural e tecnológica, que possa ameaçar a intimidade das pessoas. Quer dizer, não será universal nem atemporal o conceito, mas reflete o momento de desenvolvimento e a conjuntura em que se encontra a sociedade. Tal constatação não chega a causar espanto, pois que há de se saber que cada mudança contingencial obriga à reinterpretação do que se tinha por dado.

No plano interno brasileiro, não obstante a consagração internacional da matéria a partir da Declaração Universal dos direitos Humanos de 1948 – cujo artigo XII dispõe: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” –, o direito à intimidade só alcançou o *status* de norma constitucional com a Constituição Federal de 1988 (não mais apenas como

formulate when it extends this protection to the personal appearance, sayings, acts, and to personal relation, domestic or otherwise.”

“proteção constitucional implícita”), por espelhar-se nas constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978 (AIETA, 1999, p. 92-93).

E mesmo após a expressa proteção da vida privada e da intimidade, frente aos anseios populares, ainda não há clareza quanto ao seu real significado ou, mais grave, extensão. Isso porque não é incomum que se defina a privacidade como a proteção da vida privada; quer dizer, como conceito que se encerra em si mesmo. Para Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, o direito à privacidade é:

[...] a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS, 2000, p. 45).

Ou ainda, para Lafer (1991, p. 20), direito à privacidade se refere ao “direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo a que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

Aceito com essas definições, o direito à privacidade se mostra extremamente subjetivo, porque é, de acordo com elas, inerente a cada indivíduo delimitar os fatos e as informações que deseja manter sob sigilo, sem que haja objetivamente qualquer critério que possa delimitar o alcance da vida privada, onde cada um teria o poder de decisão de dizer a abrangência do conhecimento alheio.

Com efeito, como verifica Aieta (1999, p. 118) “a elaboração teórica do alcance da esfera íntima e, conseqüentemente, a sua constante atualização têm sido objeto de conflitos na doutrina, em razão de constantes confusões conceituais com outros campos de proteção da liberdade individual.” Por essa mesma razão Vitalis, em seu trabalho “*Informatique, pouvoirs et libertés*” chega a afirmar, sobre a dificuldade de elaborar uma noção precisa de privacidade, que se trata de uma definição impossível de encontrar (LUÑO, 1995 apud AIETA, 1999, p. 96).

Em contrapartida, não há dúvidas de que a precisão dos aspectos referentes à abrangência da privacidade é de extrema importância, devido aos perigos causados pelo caráter ambíguo da mesma, que muitas vezes serve de fundamento para a restrição de outros direitos, e ora requer novos mecanismos de proteção da vida privada, ora privilegia a divulgação livre da informação (AIETA, 1999, p. 119).

Um dos mais famosos embates sobre o assunto se deu entre William Prosser e Edward J. Bloustein (CORLISS, 2010). O professor Prosser da Universidade da Califórnia, no trabalho *“Handbook of the Law of Torts”*, defendia a ideia de que a privacidade é passível de quatro formas de invasão: a intromissão na intimidade ou no universo individual de solidão das pessoas em seus assuntos privados; a divulgação de fatos da intimidade das pessoas para o público; a publicidade enganosa do indivíduo, prejudicando a sua imagem e a apropriação do nome e imagem do autor.

Em resposta, Bloustein, professor da faculdade de Direito da Universidade de Noya Iorque, escreveu um artigo rejeitando a ideia de que Prosser tenha identificado as situações às quais a privacidade pode ser reduzida, porque se afasta da ideia de um interesse conceitualmente único (CORLISS, 2010). Para ele, o problema deve se centrar na proteção da dignidade da pessoa, e a distinção das situações se manifestaria pelos meios como fosse perpetrada.

Não livre de críticas, Fernandes (1977 apud AIETA, 1999, p. 120) afirma que a visão apresentada pelo professor Bloustein revela-se incompleta, “pois apresenta uma visão da intimidade como um aspecto da dignidade humana e, ‘embora possa sê-lo, não o é necessariamente’”.

É essa controvérsia que leva o filósofo Sparkes (s.d.), em seu artigo *“The right to be let alone: a violation of ‘privacy’”*, a recomendar que não se intente definir o direito à privacidade por meio de uma única expressão; de uma frase que exprima todas as significações possíveis do conceito. Isso porque, aquela única expressão definidora escancararia, qualquer que seja o termo a ser delimitado, a possibilidade de ultrapassar completamente o seu significado, abrangendo tantas outras coisas que não têm o mesmo sentido original; seria uma verdadeira violação da “privacidade” como termo e como direito.

Com o mesmo receio, Urabayan (apud DOTTI, 1980, p. 70) alerta que “o preço que se paga pelas definições é o de encerrar os conceitos definidos, deixando-os imóveis no cambiante mundo jurídico-social”.

A única forma de definição útil (SPARKES, s.d.), seria aquela que tem como objetivo o de determinar o alcance de uma área de interesse, não de lhe dar um significado em poucas palavras, pois é apenas dessa maneira que se pode excluir aquilo que não participa da “família” a que pertence o termo a ser definido. Especificamente, quanto à privacidade, alerta:

Nos foi dito tantas vezes e com tanta veemência que não se deve nunca definir com exemplos, que muitos de nós acreditamos nisso. Então, quando nos perguntam sobre o que estamos falando quando dizemos que algo é uma invasão de privacidade,

deixamos o mundo da experiência para trás e tentamos atacar a grande e abstrata palavra "privacidade" sozinha¹⁴ (SPARKES, s.d., p. 3).

Assim, para Sparkes, a forma que se teria de encontrar as situações que podem ser consideradas privadas seria por meio da experiência. Inclusive Brandeis e Warren (1890) já deixavam transparecer que acreditavam ser nos casos concretos a melhor forma de estudar a privacidade, quando em seu artigo dizem que cada indivíduo consegue reconhecer se uma informação pode ser considerada de interesse público, ou se trata apenas de do público, no sentido de ser uma “fofoca”.

Hannah Arendt em *“Public Rights and Private Interests”* (LAFER, 1991, p. 269) trata dessa diferenciação, entre o que é de interesse público legitimamente e o que foi apenas transposto da esfera particular para o público, dizendo que a privacidade seria o direito de excluir do conhecimento de terceiros algo que diga respeito à vida privada. Seria, pois, a privacidade uma forma de proteção do próprio interesse coletivo, pois que a discussão do íntimo transposta para o domínio público banaliza-o, dando demasiada importância à “trivialidade do mexerico”.

Os casos que interessam ao privado, à sua família e/ou aos amigos unicamente, aqueles pelos quais o interesse legítimo se limita dentro da esfera pessoal do indivíduo, verificam-se concretamente apenas no mundo da experiência, podendo-se tomar por guia a concepção de que se tratam das informações que não importam à saúde, à segurança e nem fazem parte da história da coletividade, podendo ser afastada de seu conhecimento pelo envolvido, “decidindo a quem, quando, onde e em que condições fazê-lo, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (PEREIRA, 1980, p. 15).

De todo modo, continua-se a tendência de reduzir a privacidade a uma única expressão definidora, por exemplo, igualando a "privacidade" ao "direito de ser deixado em paz", o que se fez na maioria das decisões que reconheceram o “Direito ao Esquecimento”. Segundo Sparkes, essa seria uma forma simplista, embora pareça imponente devido à frequência de uso e a aparente simplicidade de seus componentes, de explicar aquele direito, quando na verdade não se tratam da mesma coisa. O resultado dessa conceituação é que um tópico já bastante complexo e controverso perde qualquer possibilidade de delimitação concreta (SPARKES, s.d., p. 3).

¹⁴ No original: We have been told so often and so strongly that we should never define by examples that many of us believe it. So, when asked what we are talking about when we say that something is an invasion of privacy, we leave the world of experience behind and tackle the great big abstract word "privacy" on its own. As a consequence, many people involved with or interested in the protection of privacy will, if pressed for a definition, say that the right to privacy is "the right to be let alone".

Teme o autor que a fórmula "o direito à privacidade é o direito de ser deixado em paz" em verdade ultrapassa, e muito, qualquer direito que um indivíduo possa desejar vivendo em uma sociedade organizada. Logo, se transformado em lei, seria uma base excessivamente ampla para a proteção legal, de maneira que o direito de ser deixado em paz teria que ser qualificado tantas vezes quanto aplicado, causando a sua própria destruição (SPARKES, s.d.). Assim, não se poderia crer que a "privacidade" positivada signifique esse direito de se opor contra todos e tudo a qualquer tempo, mas sim algo menos amplo; mais pontual.

No mesmo sentido, no entender do autor (SPARKES, s.d.), demandar que exista esse completo direito de ser deixado em paz parece irresponsável e "neuroticamente agorafóbico", na medida em que cancelaria a preocupação com os outros e com o que acontece com a sociedade como um todo. E para aqueles que argumentam que esse seria um sentido muito literal da frase, responde que "direito de ser deixado em paz" já está contido de certa maneira na maioria dos outros direitos. Como exemplo, a própria liberdade de expressão seria o direito de ser deixado em paz para se expressar da forma como se deseja.

Como explica João dos Passos Martins Neto, "a atribuição de uma liberdade pressupõe a plausibilidade de uma proibição em contrário" (2008, p. 60). Não se considera plausível, para a concessão de um "direito de ser deixado em paz", a proibição de toda e qualquer ação que possa afetar a "paz" do indivíduo.

Outrossim, insere-se aqui uma consideração sobre os julgamentos do "Direito ao Esquecimento" no sentido de que, se o "direito de ser deixado em paz" já está contido na liberdade de expressão ou na liberdade de imprensa, não se poderia sopesá-los de maneira justa contra a privacidade, quando entendida também como um "direito de ser deixado em paz", porque a frase é incompleta como definição.

Retira-se ainda da obra de Sparkes que se a definição de um termo serve para separar algo das coisas que lhe são diferentes, a "privacidade" seria levada longe demais das vítimas e dos invasores paradigmáticos, e passaria a ser um termo demasiado amplo, perdendo toda a sua utilidade prática (SPARKES, s.d.). O "direito de ser deixado em paz", então, trataria na verdade não um direito novo, mas uma parcela dos outros direitos e sensível aos seus limites. Aliás, compõem maioria dos direitos garantidos no Brasil, segundo classificação de João dos Passos Martins Neto, os direitos fundamentais de abstenção, ou direitos de defesa, que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, como o não-impedimento de ações autorizadas, como a expressão de uma idéia (MARTINS NETO, 2003, p.150).

Desse modo, considerando que a privacidade está erroneamente definida, quando se reconhece um "choque" entre qualquer proteção e o ilimitado "direito de ser deixado em paz",

não se está necessariamente protegendo a privacidade de um indivíduo (porque a privacidade não participa expressamente da equação), mas possivelmente destruindo uma parcela do direito que se supõe antagônico; no caso do “Direito ao Esquecimento”, da liberdade de imprensa.

Ainda mais grave, como uma definição que é facilmente atacável, ela pode acabar impedindo a própria proteção da privacidade, já que os argumentos usados para a proteção da garantia de ser deixado em paz não dizem respeito verdadeiramente ao direito, e acabam por distrair da real tarefa que seria determinar quando algo faz parte do interesse privado, ou quando pode ser levado a público (SPARKES, s.d., p. 11).

Conhecendo dessa controvérsia, pode-se dizer com certo grau de confiança que o direito à privacidade não deve ser conceituado como o “direito de ser deixado em paz”, o que em si demanda revisão das decisões brasileiras sobre o direito ao esquecimento. Estar-se-ia ampliando em demasia o alcance da privacidade com uma fórmula incompleta? Acredita-se que sim, sendo este um ponto de discordância com a jurisprudência.

Outra definição que se tem dado ao direito da privacidade é como um “direito de estar só”, assim como de impedir que outros se “intrometam” no isolamento da pessoa e na sua permanência no anonimato. Essa acepção tem uma forte relação com o conceito de intimidade, que é uma das parcelas da privacidade, conforme o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que trata separadamente dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

A diferenciação entre as esferas de privacidade e de intimidade foi herdada da teoria alemã das esferas, hoje aceita pela maior parte da doutrina, que considera que esta (a intimidade) é a parte mais reservada da vida privada, e estaria contida em seu universo (AIETA, 1999, p. 103). E mais profundamente dentro da esfera da intimidade, estariam ainda a esfera da reserva e do segredo.

Assim, enquanto a privacidade se trata do “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle” (PEREIRA, 1980, p. 15), ainda que acessíveis a outros, a intimidade diria respeito a fatos, situações e acontecimentos que o indivíduo deseja que fiquem sob seu domínio.

Da esfera da intimidade estão excluídos não apenas a coletividade (como acontece na esfera da vida privada), mas todas as pessoas que não gozam de confiabilidade suficiente para conviverem com o indivíduo num âmbito mais restrito, como uma relação de familiaridade ou uma interação, por exemplo, entre médico e paciente (AIETA, 1999, p.104).

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2006, p. 47), ao comentar o direito à intimidade e o direito à vida privada, chega à conclusão de que a primeira diria respeito às relações subjetivas do trato íntimo da pessoa, enquanto a segunda abrangeria todas as demais relações inclusive aquelas de caráter objetivo.

O direito de “estar só”, dessa forma, coincide com o de intimidade, porque é aquela esfera que permite afastar terceiros do contato do indivíduo e de seu ambiente familiar. E nesse ponto se pode perceber que, se o “direito de ser esquecido” for justificado como o “direito de estar só”, como um direito de intimidade, ou se poderia dizer, um direito ao isolamento, então não há a possibilidade de afastar do conhecimento do público aquilo que é de interesse público legítimo.

Ou, porventura, não se quis derivar o “direito ao esquecimento” do direito à intimidade, mas igualá-lo ao “direito ao isolamento”, como um direito autônomo. Mendes parece rumar nesses trilhos quando diz: “Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar” (MENDES, 2007, p. 374). Mas poderia esse direito se sobrepôr à própria privacidade e à discussão sobre o interesse público e o interesse privado?

Quando se diz que uma pessoa tem o direito de desaprovar o uso de sua imagem, de se recusar a prestar entrevista sobre determinado assunto (mesmo que de interesse público e que nele estivesse diretamente envolvido), de impedir que entrem em sua casa, ou que contem eventos da sua vida presente que não tenham relevância pública, fala-se do isolamento.

Esses são os caracteres da privacidade que permitem que o homem leve uma vida reclusa, até onde pode decidir sobre o contato com terceiros. Ocorre que daí não se cria uma permissividade para que um fato de relevância no passado possa ser afastado do conhecimento público pela simples decorrência do tempo.

Por certo, o direito à intimidade é imprescritível, significando que o indivíduo não perde o seu direito em razão de não exercê-lo dentro de certo intervalo temporal (AIETA, 1999, p. 114). Dessa feita, se há uma violação da privacidade, mesmo que pretérita, o direito não deixa de existir, nem a correspondente proteção contra o abuso. Por outro lado, tampouco a publicidade e o direito à informação de interesse público perecem com o tempo, porque fazem parte da história de um povo, conforme será explorado mais à frente.

O que se mostra relevante neste momento de discussão é que se o “direito ao esquecimento” garante um “direito de isolamento”, então estamos diante de um direito incluso nos de privacidade, e que não pode, portanto, ultrapassar o seu alcance. Dessa forma, se o direito à privacidade, ainda que de difícil delimitação, se mostra relevante para o caso,

não se pode fugir à sua delimitação e confrontação perante o caso concreto, para apenas então dizer o que se protege, sob pena de causar censura ilegal. Se o isolamento é uma parcela da privacidade, não há justificativa para seu avance sobre o que é de interesse público.

Nesse contexto, a única opção viável para o “Direito ao Esquecimento”, seria tratá-lo como uma manifestação da vida privada. É o que disse o Tribunal de Paris ao reconhecer o direito de ser esquecido: “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las, mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele que se narra a história” (DOTTI, 1980, p. 92), frase que, após, ficou conhecida como a consagração definitiva pela jurisprudência do direito ao esquecimento.

Diz-se: o que é privado a um tempo não deixa de sê-lo por causa do passar dos anos, e nem mesmo pela celebridade do indivíduo – relembramos a célebre frase pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito de morrer em paz” (DOTTI, 1980, p. 92). Se aquilo unicamente lhe diz respeito, e não há seu consentimento para a divulgação, faz parte de seu patrimônio moral.

Feita essa ressalva, conclui-se que nem a privacidade, nem o “Direito ao Esquecimento”, podem ser igualados, ou justificados, como o direito de “ser deixado em paz”, porque essa é uma fórmula incompleta, que levaria a injustiças se oposta a direitos, que abrangem também uma parcela daquele. Ademais, também não satisfaz a equiparação do direito ao “esquecimento” com o “direito de estar só”, porque, mesmo que não coincida identicamente com a intimidade ou o segredo, ele é apenas parte da privacidade, e não pode superar seus limites, que não se esvaem pelo passar do tempo.

Por fim, a privacidade, mesmo sendo um conceito de difícil delimitação, é o que indica o alcance da esfera de ingerência do particular e, por isso, é de extrema importância que não se ignore a sua precisão, especialmente quando se trata da possibilidade de supressão de outras liberdades, como a de expressão, como a de informação e como a de imprensa. Dessa forma, no caso do “Direito ao Esquecimento”, imperativo se analise a questão do interesse público e da delimitação do que é privado, ainda que se faça no caso concreto. Caso contrário, arrisca-se restringir ilegalmente liberdades constitucionalmente protegidas.

2.2 O ALARGAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INDIVIDUALISTA

Além da fixação do alcance da privacidade, e a partir do sopesamento de princípios realizado nas decisões que levaram à criação do “Direito ao Esquecimento”, percebe-se que tem grande influência no “peso relativo” das escolhas do julgador o chamado princípio da dignidade humana, que colocaria à frente em qualquer caso o “elemento antropológico” sobre a coletividade na “escolha entre qual valor deve prevalecer”.

Este tópico visa explorar brevemente as características da garantia de dignidade, numa tentativa de impedir seu excessivo alargamento em um sentido puramente individualista, pois que, apesar de ser de extrema importância a sua observância como fundamental direito humano, não se pode prestar a injustamente tolher o alcance de outros direitos também protegidos por nossa ordem constitucional, notadamente, a liberdade, porque esta também se reporta à dignidade do indivíduo. Brevemente ensina João dos Passos Martins neto, se dignidade humana é tem uma definição imprecisa, um de ser significados é “impor respeito à natureza essencial do homem como ser capaz de razão, à sua habilidade de pensar e concluir, de usar os recursos da comunicação interpessoal para edificar idéias, de ter a sua própria visão de mundo” (MARTINS NETO, 2008, p. 73).

Ainda para situar as conceituações, avalia-se que a primeira grande declaração de direitos foi a Magna Carta de 1215, que refletia as principais características dos documentos e da conjuntura medieval. Mais tarde, como marco institucional da positivação dos direitos, conheceram-se as declarações do século XVIII, preocupadas com o aparecimento das liberdades públicas. Após, as Declarações Americanas de Direitos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos) e a Francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, culminando, já no século XX, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 (AIETA, 1999, p. 12-19).

Esse crescimento e internacionalização dos direitos, como “sinal de progresso moral da humanidade” (BOBBIO, 1992, p. 135) significa a tentativa de adequação da lei e do reconhecimento coletivo das demandas ao progresso tecnológico e cultural que torna cada vez mais complexas as relações entre os homens. Nas palavras de Vânia Aieta:

Com a consolidação dessa nova era de positivação e de internacionalização dos direitos fundamentais, a Humanidade avança, qualitativamente, na exigibilidade de amparar demandas, cada vez mais adequadas ao nosso complexo e sofisticado universo de problemas. Assiste-se à proliferação, cada vez maior, dos direitos da personalidade [...]. Nesse sentido, a Humanidade busca alcançar a individualidade

perdida na multidão, para, no futuro, poder tirar a máscara imposta pela tirania da coletividade e assumir o seu verdadeiro eu (AIETA, 1999, p. 21-22).

Nesse contexto, é a sensibilização da opinião pública por intermédio de grupos, organizados ou não, de pressão sobre o poder público, que consegue fazer com que determinada expectativa da coletividade em uma conjuntura dada, alcance um *status* de influência social na criação de novos direitos (AIETA, 1999, p. 26). Para os fins desse estudo, cumpre ressaltar que talvez seja esse o motivo de criação de um “Direito ao Esquecimento”, e a sua justificação como direito humano, mesmo que se diga advindo do princípio da dignidade da pessoa, como resposta às rápidas mudanças experimentadas no campo da tecnologia, às quais não se pôde ainda adaptar o homem.

Tendo em vista a velocidade acelerada das mudanças modernas, o fato de as transformações tangíveis ocorrerem mais rapidamente do que as de pensamento e de comportamento ou as culturais, os “grupos de pressão” tentam impor as regras e concepções “passadas” à nova conjuntura, sem que, por vezes, haja a adaptação necessária entre um e outro.

De toda a forma, é o clamor social uma das principais fontes das mudanças do Direito para o alcance da justiça, e o Judiciário tem um papel de fundamental importância no processo, pois é ele quem dá efetividade aos novos direitos, ou às novas interpretações das normas, por meio de decisões políticas dos casos complexos ou paradigmáticos, baseadas na letra da lei ou nos princípios do sistema.

Ronald Dworkin (2005), em sua obra "Uma questão de princípios", trata dessa oposição entre o que ele vem a chamar de "concepção centrada no livro de regras" e "concepção centrada nos direitos", como uma forma de criação de direitos de situações porventura não contempladas pelo legislador, sendo a primeira aquela que procura no próprio texto legal a interpretação para todos os casos concretos, ainda que controversos, e a segunda aquela que procura decidir com base no direito moral da pessoa, mesmo que pareça contrário à literalidade do texto legal. Explica: “Em um sistema jurídico moderno, surgem, tipicamente, casos controversos, não porque não há na da no livro de regras que tenha relação com a disputa, mas porque as regras que ali estão falam com voz incerta.” (DWORKIN, 2005, p. 10).

Assim, no caso da interpretação voltada ao "livro de regras", a solução seria aplicar também à lei, técnicas que usamos para melhorar nossa compreensão de outros tipos de comunicação. Trata-se da utilização da hermenêutica como interpretação textual para a

compreensão do sentido da própria norma escrita. A questão seria perguntar o que "realmente" o livro de regras quer dizer.

Já a questão da concepção centrada nos direitos seria determinar se o reclamante tem o "direito moral" de receber aquilo que exige (DWORKIN, 2005, p. 14). Nega esse modelo, portanto, que a lei escrita seja a única fonte dos direitos (apesar de ser um indício da existência de determinado direito, especialmente quando se tratar de caso sem grande controvérsia), de forma que grande parte dos direitos que possui a pessoa lhe serão acessíveis apenas por meio dos tribunais. De um jeito ou de outro, todavia, a decisão dos juristas é política, no sentido de que leva em consideração, naquele momento, a cultura e a subjetividade do julgador.

Feitas essas ressalvas, observa Cláudio Pereira Souza Neto que, nas últimas décadas, vem-se reconhecendo a força da normatividade dos princípios constitucionais, ao que se tem dado o nome de "constitucionalismo brasileiro da efetividade" (2008). Segundo essa corrente, não basta reconhecer os princípios constitucionais como valores norteadores da interpretação do sistema, reconhecendo-se sua aplicabilidade direta frente aos casos concretos.

Assim, há dois princípios que parecem se sobressair no Brasil, especialmente quando da apreciação de casos complexos pelas cortes superiores: o princípio da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

O primeiro, em muitas ocasiões, vem sendo usado como forma de buscar a equidade, ou a proporcionalidade em sentido estrito – guardadas as diferentes circunstâncias de suas origens – sob o argumento de ser uma balança da discricionariedade legislativa e administrativa. (BARROSO, 2008, p. 37)

É certo que esse mesmo princípio em muito influenciou para a identificação da necessidade de ponderação ou de sopesamento entre a liberdade de divulgação de conteúdo jornalístico e a privacidade, abrindo ao Judiciário "uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível" (BARROSO, 2008, p. 37), não imune a críticas devido à ampla possibilidade de subjetividade e, pode-se dizer, de arbitrariedade que confere ao julgador.

Já o segundo seria o conhecido e aqui estudado princípio da dignidade de pessoa humana, consagrado já no primeiro artigo da Constituição (art. 1º, III), que visa criar um conteúdo de valores conhecido como "mínimo existencial", e que garanta não só a existência física do indivíduo, mas a sua integridade moral, protegendo-o contra a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, e ainda proporcionando plenitude da sua liberdade de ser, pensar e criar. (BARROSO, 2008, p. 38) É com base nesses princípios,

considerando as inúmeras potencialidades de interpretação constitucional, que se identificam as tão exploradas colisões entre a incidência de valores protegidos.

Sobre a conceituação da dignidade da pessoa, o professor Ingo Wolfgang Sarlet o faz da seguinte maneira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p.62).

Assim, seria a dignidade um conjunto de direitos e deveres que, permitindo a participação nos seus próprios destinos, garante à pessoa condições existenciais e a proteção de seus direitos fundamentais, contra atos que lhe sejam degradantes.

Ocorre que, da mesma forma que o conceito de privacidade, a dignidade é um daqueles institutos jurídicos que se mostram com um largo grau de indeterminação, e que, apesar dos esforços doutrinários de sua delimitação, mantêm-se "recheado de paradoxos e indeterminações", causando que alguns reivindiquem direitos nela baseados, que outros recusam pela mesma razão (MARTEL, 2008).

Afirma Letícia Martel:

Ora, se um dos elementos da dignidade é a liberdade ou, se uma das dimensões da dignidade refere-se exatamente à autonomia, admitir que o titular de um direito possui uma ineliminável esfera de autodeterminação quanto a esse direito é admitir que ao exercer a liberdade/autonomia ele está gozando de sua dignidade. Por outro lado, o ato de disposição de certos direitos fundamentais pode, também, trazer implicações à dignidade (MARTEL, 2008, p. 238).

Em resumo, a autodeterminação é parcela da dignidade, mas, em mesmo tempo, pode lhe ser também ameaça. Dessa forma, tanto não é infinita a liberdade, quanto não é também a regulamentação; a dignidade está justamente no equilíbrio entre ambos.

Ademais, a dignidade como conceito aplicado sozinho pode levar a argumentos tautológicos, que derivam não apenas do reconhecimento de suas diferentes dimensões, mas também de "seu atual uso indiscriminado" (MARTEL, 2008, p. 238).

O que se quer dizer com isso é que, a dignidade, apesar de ser um critério importante para a delimitação do alcance dos direitos do homem, jamais pode ser utilizado como único, sob o risco de ser cometer arbitrariedades, ou alargar excessivamente o alcance da dignidade

em posicionamento individualista, em detrimento de todo o restante do espectro de direitos fundamentais do homem.

Se diz individualista a dignidade utilizada como argumento das decisões estudadas, porque fundada unicamente na proteção da privacidade e na autodeterminação individual. Lembre-se que, também a liberdade de imprensa e o direito de receber informações, garantias fundamentais, são parte da dignidade do homem e do povo.

Ademais, se já de partida não se concorda a indistintamente utilizada justificativa de que os princípios podem roubar a eficácia de um e de outro no caso concreto, devido à superposição antagônica de suas significações e áreas de proteção, sem tentar adentrar à crítica do modelo da máxima da proporcionalidade introduzida no Direito por Robert Alexy – que segundo Cruz (2004, p. 215) retiraria os direitos constitucionais de seu poder normativo degradando-os ao supor que não teriam limites próprios, mas que se poderiam sobrepor – também não se pode negar que o princípio da dignidade da pessoa humana vem, sim, tomando proporções excessivamente dilatadas quando de sua aplicação (naquele sentido individualista), o que novamente deixa grande possibilidade para que se utilize da subjetividade na criação e recriação do alcance do princípio em cada uma de suas aplicações.

Aqueles dois princípios norteadores, a dignidade e a proporcionalidade, se utilizados indistintamente e sem critérios, resultam basicamente no mesmo efeito, de permitir que o julgador imprima na interpretação das normas a sua própria idéia de equidade, o que na maioria das vezes leva a resultados justos, mas que possibilita também a ocorrência de injustiças.

Isso significa dizer que, de fato, a Constituição, na era do pós-positivismo (e pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade), não é apenas um sistema de normas, mas uma lente através da qual toda a ordem jurídica deve ser lida (CANOTILHO, 1991 apud BARROSO, 2008, p. 44). Todavia, se não se permitir a determinação da extensão dos princípios em si, ainda que à vista do caso concreto, mas apenas na superação de um e de outro em cada caso analisado, acaba-se por tornar a lente constitucional em uma "multifocal", com a escusa da metáfora. Porque bastaria ao Judiciário escolher que ângulo melhor lhe convém, em detrimento de todas as outras possibilidades igualmente concebíveis.

Noutro sentido, se for aceito que os princípios, apesar de serem amplos e de se mostrarem filtros para a interpretação das regras, tiverem desde logo a sua área de atuação determinada, não importa a opinião do seu aplicador, ou pelo menos se toma a consciência de que o posicionamento tomado é político (DWORKIN, 2005), o que se revela ser muito mais justo, ao menos como forma de preservação da segurança jurídica.

Diz-se mais: no uso e aplicação das “noções confusas”, aquelas que não são passíveis de delimitar objetivamente fora do caso concreto, tal qual o conceito de dignidade da pessoa humana, há que se tomar cuidados especiais para não se cair em uma argumentação falaciosa, como ensina Perelman no livro “Ética e Direito” (1996).

Explica o autor que, em seu primeiro estudo do assunto, acreditara que o único modo aceitável de explicação dessa noção seria aclará-la retirando-lhe o aspecto emotivo. Justo seria tratar da mesma forma as situações semelhantes (1996, p. 677). Mas como reconheceu mais adiante, o juízo de valor é parte da escolha da significação dos conceitos:

É preciso, em cada caso, responder à pergunta: "as duas situações comparadas são ou não essencialmente semelhantes?". É preciso, para responder, apreciar as similitudes e as diferenças e, portanto, fazer juízos de valor ou de importância, sobre os quais, muito amiúde, não se chega a um acordo, à mútua de critérios unívocos que permitam chegar a um consenso por meio de técnicas reconhecidas (PERELMAN, 1996, p. 677)¹⁵.

Importa compreender a semelhança ou diferença entre situações, para aplicar os institutos jurídicos ora indeterminados. Impossível com justiça adotar indistintamente critério unívoco.

Nesses casos, deve-se recorrer a raciocínios analíticos, ou dialéticos, partindo de visões tradicionalmente aceitas e tentando justificar a melhor opinião. Observa-se ainda que, mesmo que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem se mostrar igualmente razoáveis, existe normalmente, em um dado momento de uma comunidade humana, um amplo acordo sobre o que seria inaceitável ou intolerável (PERELMAN, 1996, p. 682).

Por outro lado, duas cautelas não que ser tomadas. Primeiro, a noção de justo e razoável não se pode confundir com o anseio da maioria, quando isso significar o abuso sobre uma minoria. Segundo, a utilização de noções confusas, das quais por vezes não se pode afastar, não dispensa de maneira alguma, a justificação extensa e crítica do uso que se pretende dar às mesmas. Deve-se empenhar o aplicador a justificar o sentido da noção em vez de aplicá-lo “sem avisar”, pois assim haveria abuso, enganando, ainda que involuntariamente, os leitores. Conclui:

As noções confusas constituem, na teoria e na prática da ação, sobretudo da ação pública, instrumentos de comunicação e persuasão que não podem ser eliminados. Mas é preciso manejá-las com prudência, [...] é pelo estudo dos procedimentos argumentativos, retóricos e dialéticos que aprendemos a distinguir os raciocínios aceitáveis dos raciocínios sofisticados, aqueles em que se procura persuadir e

¹⁵ Diz o autor que a essa conclusão já tivera chegado Platão no diálogo intitulado “Eutífron” ou “Da Piedade”.

convencer daqueles em que se procura enganar, induzir em erro (PERELMAN, 1996, p. 684.).

Logo, a utilização do conceito de dignidade deve ser sempre pautada pela argumentação suficiente e sem a intenção de induzir o leitor em erro, até porque não pode se utilizar apenas o conceito individual do julgador sobre o que se identificaria com a dignidade. Outrossim, não se pode direcionar a aplicação dos direitos, por mais importante que seja o respeito dos direitos fundamentais humanos, pelo sentido de moral próprio do jurista, haja vista a evolução do que pode ser considerado moral em uma sociedade, nem sempre coincidente com a concepção particular de certo e errado de cada um. Nesse viés, alerta Eros Roberto Grau:

A insistente alusão à necessidade de um "retorno à moralidade", de uma "eticização do direito", sem que se as qualifique, pode nos conduzir a um mundo amargo e cruel. A questão é que não existe uma ética universal. As éticas são inúmeras. Assim, esse "retorno à moralidade" através da ética nos coloca ao sabor dos particularismos, especialmente porque a modernidade opera uma cisão entre a felicidade (objetivo da ética) e o bem. As tiranias, os autoritarismos, se instalam sob o pretexto desses particularismos, acima da lei, quando um homem ou um grupo de homens invoca a própria santidade, honestidade ou boa consciência para desprezar a legalidade, os procedimentos legais e a universalidade da lei (GRAU, 2008, p. 111 - 112).

A única forma de incluir a ética no direito sem configurar abuso é pela aplicação de princípios com a medida de sua extensão, pelo conhecimento dos direitos não apenas postos, mas pressupostos, nunca acima, mas segundo a lei. E a possibilidade da realização de justiça material está na jurisprudência dos princípios e não na jurisprudência dos valores, pois que não se podem admitir valorações abstratas e puramente subjetivas da lei. A "preferenciabilidade" dos valores torna-os bens atrativos, jamais normas (GRAU, 2008)¹⁶.

Esse é o ponto principal. Nunca será suficiente apenas enunciar a existência da colisão entre princípios e, como fator de “desempate” a dignidade da pessoa humana, porque é a escolha “moral”, ou porque o nosso ordenamento parece voltado primeiramente à proteção do homem. Diz-se isso, pois que assim como os demais princípios com que se lida, a dignidade também não pode ser tomada como absoluta na criação de um critério basilar para a

¹⁶ Por certo, e como explica Eros Roberto Grau, texto e norma não se superpõe. Enquanto a o texto nasce e morre no processo legislativo, a norma só pode surgir da interpretação do primeiro, em um processo evidentemente apartado (GRAU, 2008, p. 317). Não há que se negar que a regra escrita não é capaz de abarcar todas as situações fáticas da realidade, seja pela diversidade da experiência humana, seja pela sua superação pelo passar do tempo e a criação de novas tecnologias ou formas de interação entre os homens. Não é evidentemente isso que se propõe. A interpretação limitada da lei, pelo seu texto escrito, pode significar a criação das mais enormes injustiças. Isso se diz também porque se Kelsen acreditava que o ordenamento jurídica é hermético, hoje se aceita com quase unanimidade que existe áreas de relevância jurídica que não foram e talvez nem pudessem ser previstas pelo legislador; é o caso dos direitos na internet, por exemplo.

conceituação dos direitos fundamentais e muito menos para a aplicação de uns em detrimento de outros.

Quando se reduz um direito pelo motivo de o outro parecer mais importante à dignidade, não se pode esquecer que se está afetando a dignidade daquele que teve o seu direito tolhido. E mesmo que o princípio da dignidade constitua critério unificador de todos os direitos fundamentais, não se basta à sua aplicação enunciá-lo sem delimitar-lhe o alcance, sob pena do cometimento das mais graves injustiças.

2.3 LIBERDADE DE IMPRENSA, INTERESSE PÚBLICO E O EFEITO CENSOR

A despeito da importância da liberdade como valor fundamental, conforme se demonstrou, ela vem sendo confrontada com outros direitos humanos, tal qual a privacidade, além de reduzida pela intenção de proteção da dignidade da pessoa humana, conceito esse que por vezes é em demasia alargado perante o caso concreto. Por tal razão, este estudo não se pode abster de tecer, mesmo que breves, comentários sobre o alcance e relevância da compreensão da liberdade de imprensa, do interesse público e da vedação da censura.

Inicialmente, sobre a liberdade, em geral, ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Como valor, a liberdade integra a personalidade enquanto seu contorno essencial, de início no sentido positivo de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, da capacidade de inovar, e, em seguida, num sentido negativo de não ser impedido. No sentido positivo, a liberdade tem relação com a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade. No sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Ao Estado atribui-se a função de protegê-la e jamais cerceá-la. Os limites da liberdade estabelecidos por lei são, nestes termos, pretensões e não impedimentos. Cabe à lei, assim, apenas equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência (FERRAZ JÚNIOR, 2000, *online*).

Do que se retira do pensamento do autor, a liberdade é parcela da personalidade humana, construindo o homem, e ajudando a desenvolver o seu entorno. Dessa forma, cabe à lei apenas equilibrar a liberdade de um frente à de outro, permitindo a convivência pacífica. O que a cerca é o alcance da liberdade do outro.

E se a liberdade integra a personalidade humana, não é por outra razão que ela representa, em uma classificação dos direitos fundamentais comum entre os doutrinadores, a primeira geração dos direitos amplamente garantidos em sociedade. Assim, consolidaram-se

as diversas formas de liberdade, integrando hoje qualquer Constituição legítima (PÓVOAS, 2002).

No que tange ao presente estudo, a liberdade de imprensa, como um avanço da liberdade da expressão e corolária ao direito de informação, vem prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 220, parágrafo 1º, e importa sua breve elucidação (passando também pela liberdade de expressão), para saber onde se encontra seu limite.

Historicamente, a busca pelo reconhecimento da proteção da liberdade de expressão, inseparável da eterna luta humana pelo seu próprio desenvolvimento, remonta à cultura grega, onde “um dos direitos mais apreciados pelos cidadãos era a faculdade reconhecida a todos de igualmente usar a palavra nas assembléias públicas” (FARIAS, 2001, p. 48). Segundo Farias (2001), os atenienses se orgulhavam dessa ampla liberdade e consideravam que o homem, como cidadão, só seria útil se interessado pela coisa pública, e seria a palavra, antes da ação, a garantia do esclarecimento na tomada de decisões¹⁷.

De fato até hoje é apenas por meio da discussão livre, que amplia o debate público, que a democracia pode ser efetivada, porque ela exige a participação ativa dos cidadãos informados e conscientes para dirigir seus próprios assuntos (FISS, 1999 apud FARIAS, 2001). Por tal motivo, já no século XVIII a imprensa objetivou alcançar a emancipação (iniciando a causa pela liberdade de expressão), “a fim de consolidar o que Diderot chamaria canais condutores de interesse e da vontade gerais, ‘que não podem ser acorrentados pelo ouro nem destruídos pelos governantes’” (XIFRAS-HERAS, 1975).

Inclusive porque, como ensina o professor João dos Passos Martins Neto, em seu livro “Fundamentos da Liberdade de Expressão”, “a liberdade de expressão não é um elemento circunstancial da democracia, mas é sua própria essência” (MARTINS NETO, 2008, p. 50). Segundo ele, não existe democracia, ou autogoverno, sem a possibilidade de discussão de idéias, de combate das verdades absolutas e de oposição, senão que se torna uma oligarquia ou tirania.

Segue ainda demonstrando que, se a para alguns parece ser a liberdade de expressão um direito mais formal do que real, em especial quando se confronta com os meios de comunicação de massa controlados por uma minoria, não quer dizer que se torne dispensável, porque continua um meio de exercício de soberania do povo. Em suas palavras, se a liberdade

¹⁷ Como ilustra um trecho de discurso proferido por Péricles (apud FARIAS, 2001, p. 48): “Nós [atenienses] somos os únicos, de fato, a considerar que um homem que se desinteressa da coisa pública não é um cidadão tranqüilo, mas antes um cidadão inútil; pois a palavra não é, para nós, um obstáculo à ação; ao contrário, consideramos perigoso passar à ação antes de nos termos suficientemente esclarecido pelo debate.”

de expressão fosse dispensável, “ou se alguém assim entendesse, então seria preciso admitir que a própria liberdade de expressão é um ideal supérfluo” (MARTINS NETO, 2008, p. 51).

No entanto, como direito fundamental, a liberdade de expressão e de comunicação é relativamente recente, e deve às revoluções americana e francesa a sua origem. Por tal razão se considera que na modernidade pode-se atribuir o princípio do fundamento constitucional da liberdade de expressão à aprovação da primeira emenda constitucional norte americana em 1791, contribuindo com sua criação as lutas anteriores contra a censura e a intervenção do Governo contra a liberdade (PEREIRA, 1980, p. 31).

Em síntese, encontram-se exemplos expressivos dessa batalha nos trabalhos de John Milton, Chateaubriand e Stuart Mill, e nos ensinamentos de Thomas Jefferson e James Madison nos EUA, cujas lições foram adaptadas nos textos constitucionais de várias nações e garantidas ainda pelos estatutos internacionais de direitos humanos (PEREIRA, 1980, p. 31, 67).

No Brasil, como já se mencionou, foi a partir da Constituição de 1988 que a liberdade de expressão assumiu seu papel de consolidação da democracia, como resposta contra a opressão e censura vividos pelo povo brasileiro durante o regime ditatorial que precedeu, vindo em um primeiro momento se contrapor ao autoritarismo estatal e, em seguida, almejado também nas relações entre particulares (PÓVOAS, 2002).

A partir daí, surge a liberdade de imprensa, ou a liberdade de informação, que “constitui a liberdade de apurar, relatar e opinar sobre fatos, divulgar a cultura, promover a comunicação social, ou seja, a comunicação entre os membros de uma sociedade. E não se admite uma sociedade democrática ou representativa sem liberdade de informação” (PÓVOAS, 2002, p. 19).

Vinícius Ferreira Laner (2001 apud PÓVOAS, 2002) acredita ser a verdadeira missão da imprensa, mais do que divulgar fatos, difundir conhecimentos e canalizar as aspirações populares, orientando a opinião pública no sentido do bem e da verdade. No mesmo sentido, Charles Steinberg:

A liberdade de palavra e de imprensa está próxima do significado central de toda liberdade [...] Onde os homens não podem comunicar livremente seus pensamentos uns aos outros, nenhuma outra liberdade está segura. Onde existe liberdade de expressão, está sempre presente o germe de uma sociedade livre e tem-se à mão um meio para todas as extensões de liberdade. A expressão livre, portanto, é a única entre as liberdades como protetora e promotora das outras; a prova está em que, quando um regime se encaminha para a autocracia, a palavra e a imprensa figuram entre os primeiros objetos de restrição ou controle (STEINBERG, 1972, p. 199).

E ainda, para Juarez Bahia, em uma sociedade democrática a imprensa é uma das funções prioritárias, porque toda e qualquer forma de comunicação controlada ou restrição dessa liberdade, ainda que ocasional, representa-lhe um risco (BAHIA, 1990, p. 219).

Assim, o alcance da liberdade de imprensa abrange toda e qualquer forma de comunicação de notícias de interesse público e de declarações ou opiniões sobre elas, pouco importando se por meio expresso, televisivo ou até mesmo pelo uso da *internet*, ainda que essas novas tecnologias não tenham sido especificadas no texto constitucional.

Mas tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de imprensa não são direitos absolutos. São limitados não por outros, que pelos próprios direitos fundamentais do homem, os quais por sua vez alcançam até onde inicia o legítimo interesse público da informação, como se veio concluindo ao longo deste estudo. Não se trata, então, de uma restrição da liberdade, mas também da determinação do seu alcance, semelhante ao que se tem que fazer frente ao problema do conteúdo da privacidade.

E se a definição do interesse público traz tanta indeterminação quanto os conceitos anteriores, de igual importância, quiçá maior, a tentativa de sua limitação, pois caso contrário corre-se o risco de aplicá-lo equivocadamente, restringido, ao invés de encontrando as concretas limitações da liberdade de imprensa.

Como bem explica García de Enterría (1999, apud PÓVOAS, 2002, p. 39, nota n. 98), apesar de se tratar de um conceito indeterminado, interesse geral, ou interesse público “não se trata de uma expressão inútil, aberta à imaginação arbitrária do intérprete, que comporte qualquer alternativa”, completando:

Por evidente, trata-se de uma expressão de grande alcance, amplo conteúdo, mas isso não significa, nem pode significar, ausência de um conteúdo mínimo, impossibilidade de controle judicial, licença para arbitrariedades. Ao contrário, se há algum sentido nessa expressão, tal é o sentido limitador (apud PÓVOAS, 2002, p. 39, nota n. 98).

Dito isso, comumente na doutrina encontram-se pelo menos quatro definições de interesse público. Como a conjugação dos interesses individuais coincidentes, como interesses que transcendem a individualidade tornando-se homogêneos, como a conjugação dos interesses da individualidade com o ambiente, ou, o mais aceito de todos, como a satisfação de interesses de segmentos da população, em um determinado momento, para a realização dos interesses fundamentais, relacionando-se assim com a busca da dignidade da pessoa e do povo (JUSTEN FILHO, 1999, apud PÓVOAS, 2002, p. 41).

Isso indica não só que o interesse público está diretamente relacionado aos direitos fundamentais da coletividade, como impõe que o governante, ou o aplicador do conceito de interesse público, não se pode valer da pura e simples invocação do mesmo quando da sua utilização, mas deverá mostrar como os efeitos da sua decisão conduzem à realização daqueles direitos e à finalidade do ordenamento. Assim, a própria democracia leva à necessidades de se verificar, nos casos concretos, o alcance real do interesse público.

Desde logo se conclui que, se for determinado já a princípio o alcance do interesse público, que por sua vez é imprescindível para a fixação do limite do interesse privado protegido (e vice-versa), dissipa-se qualquer conflito porventura reconhecido entre os direitos fundamentais, à informação e à privacidade. Porque, segundo o próprio texto constitucional, a liberdade informativa será sempre ampla, atendendo à intimidade como um de seus limites. E qual intimidade é essa? Responde Manuel Alceu Affonso Ferreira: “Não qualquer intimidade, mas à intimidade que, sendo irrelevante ao interesse público, é relevante para o seu titular” (2001 apud PÓVOAS, 2002, p. 43).

É aí que reside o cerne da questão. A Constituição Federal deixa claro que o direito à informação jornalística deve ser exercido livremente, desde que respeitada a privacidade do indivíduo. Ocorre que o fato deixa de fazer parte da privacidade do indivíduo quando tenha relevância social, podendo gerar efeitos na vida comunitária, ou quando tenha “transcendência pública”. Assim, o tendo, não há que se falar em vedação de publicação, nem de qualquer outra forma de censura.

Diz-se mais, sendo de interesse público, a informação passa a integrar a história daquele povo ou daquela localidade, de maneira que mesmo o decorrer do tempo não lhe retira a legitimidade de divulgação. Até porque, ainda que hoje a realidade seja outra, diferente da anterior, não se pode negar o que passou, por óbvio, desde que feito sem atacar a honra de quem se tenha envolvido – porque então já não se trata mais de uma função informativa, mas difamatória.

E nos casos em análise, não só é de interesse público a informação, como já se encontra no domínio público desde a época dos acontecimentos, de maneira que qualquer um que pesquisasse os acontecimentos encontraria os dados sobre os mesmos. Seria impensável apagar os registros da história, assim como clara censura impedir o acesso àquelas informações. Logo, condenar a imprensa a indenizar pela divulgação de notícias públicas e disponíveis – sem nem chegar a analisar a questão da intimidade, mas pelo simples decorrer do tempo – constitui também uma forma de censura.

Nesse ínterim, até mesmo a crítica, desde que medida e séria, que seja voltada ao engrandecimento da sociedade e não ao desprestígio ou à exposição ao ridículo do criticado, tem sua função de existir, sendo também importante a sua proteção por se enquadrar no direito à liberdade de manifestação do pensamento.

Por certo, o abuso da liberdade não há de ser tolerado, porque ultrapassa seus limites. Retira-se da leitura de Alexandre de Moraes:

Encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos morais e materiais, além do respectivo direito de resposta (2006, p. 48).

Porém, disso se conclui o que se disse até o momento: apesar de se proteger amplamente a privacidade, a imagem e a honra da pessoa humana e nossa ordem constitucional, aquela proteção alcança apenas até o limite em que inicia o interesse público legítimo. Logo, provida de finalidade pública e caráter jornalístico a informação, não se pode censurá-la.

Vai ainda mais longe no raciocínio; para o doutrinador, a proteção constitucional da intimidade deve ser interpretada restritivamente em relação àqueles que exercem atividade política, ou ainda aos artistas em geral, que possuem atividades profissionais que exigem maior exposição à mídia, sem que se protejam, todavia, as ofensas desarrazoadas, desproporcionais ou sem nexos de causalidade com a profissão ou atividade da pessoa (MORAES, 2006, p. 48).

No que importa à discussão dos casos concretos referentes ao direito de ser esquecido, basta reconhecer o caráter público da informação desde a sua fonte, por se tratar de importante preservação da história, independentemente do tempo da sua ocorrência, para concluir pela legitimidade de sua veiculação.

Aliás, na Constituição Federal brasileira, ao menos, não se verifica vedação de publicação de informação jornalística de interesse público pela decorrência do tempo. Pelo contrário, protege amplamente a liberdade de expressão e de informação (e deve-se concluir que pretende alcançar também o igualmente importante direito de ser informado).

Tal liberdade, limitada no interesse público, é de tamanha relevância, que se protege pelo princípio da incensurabilidade, o qual “aponta no sentido de que a liberdade de expressão e de comunicação não seja subjulgada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível a censura estatal ou privada, bem como censura prévia ou posterior” (FARIAS, 2001, p. 67).

A censura prévia é o controle vinculativo anterior à publicação ou exibição pública.

Leia-se:

A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação do pensamento a sua finalidade antidemocrática (MORAES, 2006, p. 46).

Já a censura a posterior tradicional é aquela que resulta na destruição dos exemplares de jornais e revistas, ou em impedir a sua circulação livre, por motivos ideológicos e políticos. Confunde-se essa por muitas vezes com o exercício da proteção jurisdicional cautelar dos direitos da personalidade, todavia como se vem explicando, a liberdade de expressão e de comunicação, assim como a liberdade de imprensa, não justifica a intromissão, muito menos a violação da vida privada do indivíduo.

Identifica-se, porém, ainda uma terceira forma de censura, que coíbe o exercício de um direito constitucionalmente garantido. É o que se convencionou chamar *chilling effect*, que traduzido livremente seria um “efeito arrepiante”, ou um “efeito de dar arrepios”, aqui utilizado como “efeito censor”, termo utilizado pela Suprema Corte norte-americana no julgamento de *Wieman v. Updegraff* em 1952, na defesa da liberdade de expressão.

Como se explica, trata-se de desencorajar, por motivo de uma lei muito ampla, de uma decisão judicial cujos termos sejam demasiadamente alargados, ou de alguma prática estatal, o exercício de um direito constitucional, geralmente a liberdade de expressão (WEST’S, 2008)¹⁸. Em suma, o termo descreve uma situação onde a conduta legal é suprimida pelo medo de penalizações devido ao interesse de um indivíduo ou de um grupo.

Criado um direito como o de ser esquecido, sem que fique claro o seu alcance ou até mesmo a sua finalidade – haja vista que a lei já cuida suficientemente, a nosso ver, da proteção da privacidade –, teme-se esteja dando azo ao surgimento de um *chilling effect*, efeito censor, sobre a liberdade da imprensa de publicar assuntos de interesse público.

¹⁸ No original: “Chilling Effect: In Constitutional Law, any practice or law that has the effect of seriously dissuading the exercise of a constitutional right, such as Freedom of Speech.”

Isso porque, se é o passar do tempo que indica sobre a legalidade ou não da divulgação da notícia, e é somente o judiciário quem pode dizer qual é a quantidade de tempo “razoável” de exploração do conteúdo, nasce o medo real de que qualquer disponibilização de conteúdo possa ser coibida e punida. Logo, por mais que o Enunciado correspondente da CJF garanta que não existe um direito de apagar a história, e que o Superior Tribunal de Justiça assegure que, por exemplo, os “crimes históricos” podem ser explorados, o receio e a insegurança gerados pelo “Direito ao Esquecimento” cuidariam por si sós de impedir que a história nacional seja recontada.

Ademais, assustaria a impraticabilidade do tal esquecimento. A memória humana não tem data de expiração e a memória dos jornais, revistas, livros, arquivos, não pode ser afastada do público sob aquela justificativa. Pensando pragmaticamente, parece-nos absurda a noção de que pudesse haver uma espécie de “limbo” nas bibliotecas, em que as publicações permaneceriam aguardando até algum dia distante no futuro em que um juiz não considere mais que se confronta a privacidade da pessoa, como no caso Aída Curi. Também impraticável (e inconstitucional) que os sites de notícias fossem suspensos durante o tempo de “esquecimento”, retornando “ao ar” desde que passado tempo suficiente para que não haja dano na divulgação.

O advogado Manuel Alceu Affonso Ferreira, ao se confrontar com o enunciado que trata do “Direito ao Esquecimento” questiona:

Estariam os jornais, por força do enunciado ‘anistiador’, absurdamente compelidos a apagar reportagens e editoriais? As academias e as universidades estariam obrigadas a ‘passar a borracha’ em tudo quanto, em aulas ou seminários, registraram sobre as pessoas públicas e seus atos, nada importando se bons ou maus? ‘Esqueceríamos’ de tudo sob o impertinente pretexto de assim defender a ‘dignidade da pessoa humana’? Nas escolas e nas faculdades, relegaríamos ao ostracismo as perversidades dos Hitlers e Stalins? Também deles deveríamos ‘esquecer’? (CANÁRIO, 2013, *online*).

Até mesmo o Advogado Geral da União Europeia, Niilo Jääskinen (2013), ao opinar sobre a republicação online de notícias anteriormente veiculadas por um jornal, questionado devido ao efeito da re-disponibilização dos fatos ao público no “direito de ser deixado em paz” do indivíduo, argumenta que, não pode haver nenhuma justificação para censurar a mesma e que nem mesmo se poderia obrigar o jornalista a apagar o nome dos envolvidos, pois isso constituiria uma verdadeira falsificação da história.

A punição depois da publicação, dessa forma, constituiria também uma inibição injustificada da amplamente protegida liberdade de imprensa, de divulgação dos conteúdos de interesse público. Gera-se um *chilling effect* potencialmente mais danoso do que a simples

indenização concedida aos que se sentem ofendidos (que por outros argumentos talvez demonstrassem realmente tenham sido ofendidos em sua privacidade nos casos concretos), no sentido de que restringem reflexamente a atuação e o exercício da liberdade.

Outrossim, lembre-se que a liberdade é concebida como uma proteção contra a ingerência do Estado nos interesses dos particulares, de maneira que entregar ao Juiz o direito de dizer o interesse público se torna contraditório, porque o confunde com o editor (ultrapassando o seu papel de julgador), justamente o destinatário da proteção legal da liberdade; e essa contradição é nociva à proteção do indivíduo livre.

E como um adendo de opinião pessoal, ressalte-se que paradoxalmente, ao menos nos casos aqui analisados, contrariamente ao que se esperaria se considerado legítimo o direito de ser esquecido, a própria proibição imposta pelos julgadores deu maior alcance à notícias do que elas teriam pela simples publicação na imprensa. As personagens dos casos ora paradigmáticos por certo são hoje de conhecimento mais extenso do que seriam pela transmissão do programa televisivo.

Feita essa observação, conclui-se aqui, novamente, com a consideração de que, em qualquer caso *sub judice*, a delimitação dos direitos já existentes na nossa ordem jurídica seria suficiente para a garantia da proteção da dignidade da pessoa, sem o efeito colateral da criação de um novo direito mais amplo, uma forma velada de censura.

2.3.1 Direito à Informação e a Obrigação de Esquecer

Apesar de todas as considerações já feitas acerca da proteção à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, chega-se aqui a um ponto que talvez seja o mais importante a ser questionado quando se estuda o direito de ser esquecido. Se um indivíduo, em nome da dignidade da pessoa humana, tem o direito de não ter quaisquer fatos sob si divulgados, devido à passagem do tempo; se a pessoa pode legitimamente pretender ser “anônima” na sociedade, mesmo tendo participado em algum ponto de sua vida de um evento considerado de interesse público, significaria isso também dizer que essa pretensão, oponível a todos, gera uma obrigação de “esquecer”?

Porque embora pareça até certo ponto estranha a pergunta, está evidente que o direito de um corresponde à obrigação de outro, ainda que seja uma obrigação de não interferência. Logo, não basta apenas determinar se parece interessante que alguém possa querer ser

apagado da história, mas importa também refletir se seria justo demandar de todos que convivam com aquela “lacuna” criada e que deixem de mencionar a participação daquela pessoa no evento que outrora fora comunicado como de interesse de todos.

Como explica João dos Passos Martins Neto, “ter um direito em face de alguém é poder exigir dele uma determinada ação”, enquanto “ter um direito violado por alguém é ser vítima da adoção de uma ação que não corresponde à ação exigível” (MARTINS NETO, 2008, p. 96). Nesse sentido:

Sejam auto-suficientes, sejam coalescentes, os direitos fundamentais estão sempre, como quaisquer direitos subjetivos, em correlação com um dever alheio. Implicando relações de atribuição entre bens e pessoas eles impõem-se ao respeito de outrem, de quem se exige uma conduta de que não frustre ou perturbe a vantagem prática que a ordem jurídica quis assegurar ao titular, obviamente, na medida do conteúdo de sentido adjudicado ao correspondente enunciado normativo *jusfundamental* (MARTINS NETO, 2003, p. 49).

Ou seja, só se pode pensar em um direito de ser esquecido se puder ser exigida uma obrigação de esquecer correlata àquele.

Pois bem, até mesmo quando se trata da liberdade de imprensa, há que se reconhecer que não se fala unicamente da liberdade do jornalista ou do dono da empresa jornalística de expor aquilo que considera importante, mas também do direito do cidadão de, em contrapartida, receber informações completas, úteis e suficientes para exercer plenamente sua cidadania. Sobre isso, Póvoas explica:

Quando se fala em liberdade de informação, não se fala apenas na liberdade do jornalista ou do dono da empresa jornalística. Esta liberdade está relacionada a uma outra, muito maior, que é a liberdade de ser informado, a liberdade de ter acesso às informações. Na verdade, podemos dizer que tanto o jornalista, assim como o dono da empresa, tem o direito de exercer sua atividade, sua profissão, mas ambos têm também o dever de prestar à sociedade informações verdadeiras, notícias com conteúdo, opiniões não deturpadas, enfim, eles têm o dever social - e mora - de propaga a informação, e não estimular a desinformação (PÓVOAS, 2002, p. 20).

Quer dizer, apesar de a liberdade de imprensa ser vista como um direito dos jornalistas de se manifestarem livremente ela deve também, e talvez principalmente, ser encarada como um direito do cidadão de ser informado e de ter acesso a diferentes pontos de vista sobre fatos que lhe interessam e que dizem respeito à sua história em sociedade.

Não só isso, mas o direito à informação constitui parte da própria essência sociável da natureza humana. O direito ao fato, ao que ocorre, é imperativo vital para o homem, vez que a condição de cidadania e de participação na sociedade importa a possibilidade de receber

informações, como pressuposto da formação de opiniões corretas e a superação do isolamento, por essência contrário à natureza humana (XIFRAS-HERAS, 1974).

No mesmo sentido pondera Moacir Pereira (1980, p. 176), baseado nos estudos de Jorge Xifra-Heras, que o direito de informação tem essencialmente duas manifestações: a liberdade de imprensa e de expressão, situada no momento do emissor da comunicação; e o direito à informação *strictu sensu*, o “outro lado da moeda”, que se encontra no nível do receptor.

Assim, a primeira é a liberdade que se coloca ao lado de alguém que tem algo a comunicar a seus semelhantes, e a segunda, como um direito passivo, é uma garantia de receber aquela e outras informações, por vezes contrárias, e se posicionar diante delas, como um credor da informação (PEREIRA, 1980).

De todo modo, o direito de informação merece uma especial proteção jurídica, porque é indispensável ao desenvolvimento da pessoa e da civilização livre, como direito fundamental, que não pode ser restringido nem limitado injustificadamente, devendo sempre chegar ao seu máximo alcance possível com respeito aos demais direitos do homem.

Sob esse ponto de vista, se a vontade de ser esquecido se considera acobertada pela proteção à dignidade da pessoa humana, haveria que se considerar também o exercício da cidadania uma das facetas dessa dignidade, de maneira que a uma jamais pode se dar a força de negar a outra. É por isso que se chega à conclusão neste breve estudo de que “ser esquecido” só pode significar impedir o acesso à esfera da vida privada do homem, que lhe diz respeito apenas, quando não se tem o seu consentimento.

Também por esse motivo se vêem com cautela as declarações emitidas nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, assim como no julgamento do caso Lebach, alemão, de que seria “mais constitucional” deixar de mencionar o nome real dos envolvidos nos acontecimentos quando da sua reedição futura.

Mas esse “andar pisando em ovos” não é o que se espera de uma verdadeira democracia. Por certo é mais “seguro” deixar de mencionar nomes, mas daí a chegar-se na proibição da utilização dos mesmos há um largo caminho. Não se pode correr o risco de cercear uma garantia de liberdade por esse único motivo conservador, sem que antes sejam entendidos os alcances dos direitos tutelados, sob pena de incorrer-se na censura, conforme se explicou.

Sim, por um lado, as mídias poderiam ter mascarado a participação dos sujeitos para resguardar o seu desejo de, apesar de serem publicamente conhecidos pelo envolvimento em fatos de importância também pública, deixarem de ser mencionados, mas por outro, não se

pode transformar isso em uma exigência por receio, e mais ainda, se existe o direito de receber a informação, ele é o de recebê-la íntegra.

Temeroso, em 1949, quando escreveu o clássico romance “1984”, o escritor George Orwell já se inquietava com a possibilidade de mudança dos registros sobre o passado; a supressão de um nome, a mudança de um fato, ou de vários fatos, até que o passado em si fosse em todo mudado, e a história já não pudesse ser conhecida senão em sua versão alterada.

No clássico romance, que se passa no ano de 1984 (futuro da época em que foi escrito), em um mundo em guerra constante, sob o controle do “*big brother*”, a personagem principal tem como função alterar as notícias que não agradam ao partido. E o que se muda não é só o presente, mas também as memórias escritas que já não aprazem o Grande Irmão, o líder endeusado do partido. Se, por exemplo, de repente, muda o inimigo de guerra, todos os livros de história deveriam mostrar o novo inimigo como se sempre o fosse. O cidadão que pensasse diferente seria aniquilado, seu nome retirado dos registros, qualquer menção dele suprimida e negada sua existência anterior, depois esquecido.

É refletindo sobre isso que a personagem pondera: o passado, de fato, não é alterável. Quando alguém se arrepende de algo que fez, o ato em si não deixa de existir na realidade. Porém mudando os registros, ou impedindo o acesso a eles, e acrescenta-se, impedindo que venham a público devido ao passar do tempo, altera-se o passado percebido.

Nas palavras de Orwell:

Se o partido tem o poder de agarrar o passado e dizer que este ou aquele acontecimento nunca se verificou, não é mais aterrorizante do que a tortura ou a morte? [...] E no entanto o passado, conquanto de natureza alterável, nunca fora alterado. O que agora era verdade era verdade do sempre ao sempre. Era bem simples. Bastava apenas uma série infinda de vitórias sobre a memória. "Controle da realidade," chamava-se (ORWELL, 1975, p. 25).

Quer dizer, mudando-se os fatos históricos, ainda que em pequenas partes, ou impedindo que sejam recontados, destrói-se o passado, que só passa a existir como “conhecimento furtivo” na memória das pessoas, sem pode expressá-los ou guardá-los da destruição do passado. O presente se tornaria sempre a verdade absoluta, impedindo qualquer acordo do presente com o passado, qualquer oportunidade de aprendizado, qualquer crescimento social ou pessoal.

Nega-se assim não só que a coletividade tenha contato com o passado, para aprender com a própria história, mas o envolvido também se apaga a oportunidade de aprender com o

seu “erro”. Ademais, coíbe-se com a proibição de divulgar, também o aprendizado e a prática da tolerância, umas das finalidades precípuas da comunicação.

Nesse ínterim, quando se diz que o ex-apenado tem direito a que se retirem da sua ficha criminal seus antecedentes, isso se trata de uma precaução para que a pessoa não seja punida eternamente; seus registros pessoais deixam de refletir a sua condição anterior, mas ainda assim, os registros públicos continuam intactos. A penitenciária não apaga todas as marcas da passagem do preso, o processo criminal (mesmo que arquivado) não é destruído, a família, os conhecidos e o próprio cidadão não vão esquecer o que passou. Nem se espera que esqueçam, porque é apenas com a lembrança que vem o aprendizado.

A “ressocialização”, desse modo, não é fingir que nada ocorreu, e fechar os olhos para o passado, mas é aprender com a experiência e entender que a situação foi superada. Acredita-se que seria um desserviço à dignidade da pessoa humana pensar contrariamente.

Retornando então à “obrigação de esquecer”, se decidirmos tratá-lo como a única forma encontrada pelo Judiciário (e não pelo Legislador) de “deixar em paz” a pessoa, não seria uma ingerência no direito de todos os outros? “Deixar em paz” o sujeito da notícia seria equivalente a retirar a paz dos receptores da notícia em seu direito de cidadania e em sua dignidade. E a isso não se dá o nome de colisão entre princípios, com o perdão da veemência, mas de incorreta delimitação do alcance de um direito.

Como já foi dito, o “ser deixado em paz” referente à vida privada de uma pessoa, é na verdade ter protegida a sua esfera de privacidade de intromissão alheia; já o direito de informação é poder conhecer o hoje, o ontem e o “cinquenta anos atrás”. Considera-se que todo esse apanhado de acontecimentos faz parte do patrimônio histórico que, se aos poucos vai sendo esquecido pela memória natural humana, não só pode, mas deve ser lembrado às pessoas.

Correndo o risco de chegar mais longe do que se pretendia, um dos grandes impactos que teve a invenção da escrita em todas as civilizações, foi a capacidade de passar adiante o conhecimento e guardá-lo por muito mais tempo do que o momento de emissão da mensagem e, certamente, mais tempo do que a própria vida dos protagonistas da história. Justamente, o objetivo de noticiar os acontecimentos ultrapassa largamente a utilidade imediata da comunicação. Caso contrário, haveria apenas recados pontuais e específicos sobre, por exemplo, riscos à saúde, ou a criação de novas leis, e congêneres.

Perde a razão manter registros sem poder revisitá-los, reanalisá-los com novos olhos e novas percepções que apenas o passar do tempo pode trazer. Reside também nesse ponto o

direito de se informar: no direito de se distanciar, de formar juízos de valor sobre um acontecimento, de repensar o passado.

Ora, quando se dá a alguém o “Direito ao Esquecimento” no sentido de impedir a publicação de fato pretérito de interesse público, que infelizmente o julgador considera não ter relevância histórica, mesmo que indiretamente por causar o já explicado efeito censor, desaparece essa possibilidade de reavaliação que se acredita ser essencial para a democracia e para a dignidade do povo.

E pior, contrariamente às cláusulas pétreas da Constituição Federal (porque não sendo a privacidade que se protege, está-se corroendo o limite da livre comunicação), sem nem mesmo haver apreciação do Poder Legislativo eleito. Já noutro sentido, sendo o “Direito ao Esquecimento” como diz o CJF uma mera interpretação de artigo do Código Civil, questiona-se a necessidade de sua existência.

Conclui-se, portanto, que impor uma “obrigação de esquecer” contraria o direito de informação e pela mesma razão, a dignidade da pessoa humana, a história do povo, a separação de poderes, as cláusulas pétreas constitucionais e até o objetivo humano principal de noticiar acontecimentos para o aprendizado, não sendo cabível a sua recepção pelo nosso ordenamento.

2.4 A *INTERNET* E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Vivemos hoje a mais veloz evolução dos meios de comunicação. O desenvolvimento da *internet* no final do século XX, a criação de inúmeras redes sociais, de *sites* de relacionamento, de portais de informação, a digitalização de livros e revistas, tudo isso contribui diariamente à maior difusão da informação disponibilizada, seja verdadeira, falsa, privada ou pública.

A novidade trazida pelo novo alcance global imediato da informação é o que leva a atual doutrina a considerar esta como a era da informação (ou do “*hiperinformacionismo*”), e intensifica a discussão sobre as questões relacionadas à proteção de dados pessoais e da intimidade dos indivíduos. De um lado, o interesse do Estado em controlar a “Rede das redes”; de outro, o anseio dos internautas de que a navegação e a comunicação seja livre, isenta de monitoramento (PEREIRA, 2004).

Com a repentina percepção de que os dados disponibilizados na “nuvem” passam a ela integrar, e que a mesma fica aberta, até indefinidamente, às corporações e a quem mais interessar, tem-se aumentado a consciência da importância da proteção dos dados das pessoas e dos próprios Estados, da sua vida privada, ameaçada pela atuação de *hackers*, pela espionagem, ou pelo próprio desconhecimento técnico da pessoa afetada.

É por não se saber lidar ainda com a Rede, e por não se ter ainda plena consciência das conseqüências da “postagem” na *net* dados pessoais ou de quaisquer informações secretas, que se tem ainda medo de entendê-la como uma realidade, o que leva à ânsia por controlá-la e moldá-la nos padrões aos que o Estado se acostumou. Assim, importante iniciar essa etapa do estudo tentando responder o que é a *internet*.

Marcelo Cardoso Pereira, no livro “Direito à intimidade na *Internet*” resume: a Internet é uma rede de redes (e de sub-redes) de computadores que possibilitam o acesso e intercâmbio de informações, e mais que isso, é uma nova forma de relacionamento entre as pessoas, que revoluciona o mundo com uma velocidade vertiginosa, tratando-se de um dos fenômenos tecnológicos mais extraordinários ocorridos até o presente momento da história (PEREIRA, 2004, p. 36-37).

Ela funciona como conectora de todos os terminais que ali interagem. Cada computador não “entra” na *internet*, mas se torna mais um no vasto número de computadores que formam os milhares de redes que, por sua vez, integram a “Rede das redes” (PEREIRA, 2004, p. 37), fornecendo serviços de correio eletrônico, notícias, telefonia, varejo e outros usos que se possa imaginar, surgindo a cada dia novas imprevistas utilidades.

Ainda, de acordo com Pereira (2004, p. 141), vivemos hoje segundo a máxima “informação é poder”, uma sociedade da informação, ou talvez uma sociedade dependente da informação, considerada como um meio de disseminação de idéias, concepções, notícias e acontecimentos, onde a Rede tem um papel fundamental na arrecadação daqueles dados.

Para esclarecimento, a sociedade da informação (ou “*hiperinformação*”), segundo a definição do Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, consiste em:

um modo de desenvolvimento social e econômico no qual a aquisição, armazenamento, processamento, valoração, transmissão, distribuição e disseminação da informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na atividade econômica, na geração de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das práticas culturais (PORTUGAL, 1997, p. 7).

A informação é o produto principal da atualidade, e assim como o filósofo francês Gilles Lipovetsky (2004) reconhece que nossa era é marcada primeiramente pelo consumismo, é a informação que representa o nosso principal “objeto” de desejo. Isso tudo é conhecido e reconhecido sem maiores impedimentos.

Por isso, e com razão, se considera que as mudanças tecnológicas que trouxeram à discussão a necessidade do reconhecimento do "direito de ser esquecido", já não como sinônimo de direito ao isolamento ao "direito de ser deixado em paz", mas como uma tentativa de regulamentação inédita do relacionamento das pessoas com a tecnologia, independentemente de qualquer reação conservadora, cresce e vai continuar crescendo de forma exponencial. Alvin Toffler assim descreve o fenômeno:

Transportada para um gráfico, a linha que representa o progresso durante a última geração subiria verticalmente até ultrapassar os limites da página. [...] Milênios ou séculos se passam, e então, em nossa própria época, como uma súbita ruptura dos limites, acontece um fantástico salto para a frente. A razão disso tudo é que a tecnologia se alimenta de si mesma. Tecnologia torna possível mais tecnologia, como podemos ver se observarmos por um momento o processo de inovação. (TOFFLER apud LUCCA; SIMÃO FILHO, 2001, p. 25).

O problema surge quando essas informações se referem a dados pessoais, vale dizer, a informações que tratam de determinados fatos da vida privada de uma pessoa, sobre os quais, em princípio, ela tem direito de controle, especialmente quanto às informações que ela mesma tenha disponibilizado.

É nesse contexto que surgem as já tratadas Diretivas 1995/46/CE e 2002/58/CE referentes à proteção da liberdade e da privacidade nas comunicações eletrônicas no âmbito da União é, assim como a criação no Brasil de um “Marco Civil da Internet”, para disciplinar o uso da rede, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, assim como criando diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria¹⁹.

O objetivo primeiro dessas novas regulamentações seria dar controle aos cidadãos sobre o que lhes diz respeito, uma “autodeterminação informativa”, bem como entregar ao Estado um mecanismo de regulamentação das atividades no “cyber espaço” (RODOTÀ, 2008). Seu fundamento é que, como ferramentas, essas leis buscam essencialmente garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana, sempre percebida como o núcleo da proteção da dignidade da pessoa.

¹⁹ Sobre o marco civil da internet vide o Projeto de Lei n. 2.126, de 2011, apensado ao Projeto de Lei PL 5.403, de 2001.

Com esse raciocínio foi que nas decisões sobre o “Direito ao Esquecimento” do Superior Tribunal de Justiça fez-se referência desde logo à declaração do Executivo da empresa Google, Eric Schmidt, de que a internet precisaria de um “botão de *delete*”, para que a pessoa pudesse apagar aquilo que no passado disponibilizou, especialmente quando criança ou adolescente. Ou isso, ou a pessoa deveria ter o direito de mudar de nome ao atingir a maioridade, diz ele com um tom de deboche, como um apelo ao ridículo²⁰.

Entretanto, o assunto é sério. O que o executivo quis dizer com a sua declaração é que a *internet*, apesar de permitir uma grande liberdade, não pode também ser palco do desrespeito dos direitos alheios. O que é vida privada, oponível a todos os outros meios de comunicação, não deixa de o ser na *internet*. Se a pessoa colocou informações suas à disposição e, se arrependendo, deseja retirá-las de circulação, poderia então fazê-lo.

É nesse mesmo sentido o posicionamento da Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Européia, Viviane Reding ao sugerir que o “direito ao esquecimento” fosse acrescentado às diretivas européias de proteção contra a manipulação de dados (muito mais brando do que o direito ao esquecimento que se garantiu ineditamente no Brasil). Surge nesse momento a necessidade de tutela do Estado sobre um direito fundamental do ser humano garantido na Constituição Federal. Nas relações cibernéticas essa necessidade não é diferente (MEIRA, 2013).

Está cristalino por essas declarações, que a relação das pessoas com a *internet* não pode se tornar um palco para abusos contra os direitos humanos, até porque o caractere transfronteiriço da Rede das redes não nega a proteção das Constituições à personalidade e à dignidade.

Muito distante está, todavia, este reconhecimento da existência de direitos também quanto ao conteúdo da era digital, com qualquer tipo de permissão para que ocorra a censura. De fato, o crescimento das novas tecnologias é exponencial, e por tal razão é de se esperar que cresça a vontade de regulamentá-las – e ao mesmo tempo a dificuldade em fazê-lo –, ou de reconhecer os limites e o papel da tecnologia dentro do nosso sistema jurídico, mas como se vem dizendo ao longo desse estudo, nada dispensa do dever de respeito também a liberdade de informação e comunicação como compositores também da dignidade humana.

Altera-se com a tecnologia, e principalmente com a criação da *internet*, toda a forma de comunicação humana (PODESTÁ, 2001, p. 157) em uma velocidade muito maior do que é possível criar leis ou entendimentos jurisprudenciais com a devida avaliação de suas

²⁰ No original: “I propose that at the age of 18, you should, just as a policy, change your name... Then you can say, 'That really wasn't me; I really didn't do that!'”.

consequências e a apreciação de seu próprio desfecho. E paradoxalmente, tanto o legislador, quanto o Estado de forma geral, também se utilizam da informática e se deixam influenciar por sua lógica, porque "a informática interage e age com uma amplitude e uma velocidade que universalizam as questões e tornam precário qualquer esforço de estabilização." (RODRIGUES, 1996, p. 288).

De toda maneira, essa tentativa de regulamentação também não pode se fazer sem limites. Não é saudável para a sociedade que se tente negar a existência das novas incríveis formas de comunicação, com a permissão do adjetivo, de compartilhamento do conhecimento, de intercâmbio da história, porque são acima de tudo, são positivos canais de discussão e engrandecimento. Em nome da proteção da privacidade, não serve negar a existência ou a independência e o potencial positivo da Rede, nem tentar impor-lhe restrições demasiadas, pois que não coadunam com a evolução de que se trata.

Reconhece Fábio Henrique Podestá (2001, p. 155-166), por exemplo, no artigo "Direito à intimidade no ambiente da internet", publicado no livro "Direito & Internet", que, se por uma lado são inegáveis os avanços tecnológicos que colocam toda a nossa vida, inclusive a nossa intimidade e vida privada, sob potencial exposição; por outro, a informática permite um avanço importante do direito inerente à condição humana enquanto dotada de racionalidade: a liberdade informação.

É notório que não vivemos isolados em um mundo próprio. Precisamos de outras pessoas, outras opiniões, e a privacidade se flexibiliza e se encapsula, em reações antagônicas, justamente neste aspecto. A partir do momento em que buscamos outros pontos de vista percebemos que somos diferentes e crescemos como humanos, mas ao mesmo tempo, a necessidade de aceitação que o homem possui muitas vezes impede que este manifeste o que realmente pensa ou deseja por medo da rejeição, assim sendo, busca a proteção do Estado para que seja válido o direito de preservar sua opinião e vontade dos demais (MEIRA, 2013).

Essa é uma das mais marcantes características da modernidade observada: a necessidade reconhecida pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky (2004) da auto-realização plena, que resulta em uma ânsia de retirar da história tudo aquilo que possa depreciar a visão de si próprio. Leia-se:

Na era da felicidade, tudo o que inculca uma imagem depreciativa do eu, todas as denegações de reconhecimento, é atacado como ilegítimo, aparecendo como forma de opressão e de violência simbólica incompatível com o ideal de auto-realização plena. Donde a multiplicação das exigências de ressarcimento por agravos coletivos, as expectativas de reconhecimento público, as reivindicações cada vez mais frequentes [*sic*] de um estado de vítima. As vindícias de reconhecimento particularista são indissociáveis do ideal democrático moderno de dignidade humana – mas foi a civilização presentista que possibilitou as “políticas do reconhecimento”

como instrumento de amor-próprio; as novas responsabilidades com relação ao passado; as novas querelas da memória (LIPOVETSKY, 2004, p. 97).

Para ele, não é mais do que característica social atual a vontade de se mostrar como alguém perfeito ao mundo, em todos os sentidos: monetariamente, fisicamente, em relação aos gostos pessoais e às experiências passadas. Não é de causar espanto a busca infinda da felicidade e da perfeição, haja vista a cultura de edição das imagens das revistas, de cultuação à celebridade (de interesse *do* público). Assim o anseio pela aceitação social traria no âmago também a vontade de que o passado da pessoa seja perfeito; inaceitável que se cometam erros.

Acredita-se ser esta a explicação para a corrida pelo “Direito ao Esquecimento”, pelo direito de apagar e repintar a história pessoal da maneira como se entende melhor (ou como os outros possam entender melhor), em oposição a aprender com a experiência e encarar a adversidade como algo que foi superado, que tronou a homem mais forte do que antes.

E também por isso se enxergam com tamanha desconfiança as novas tecnologias. Nesse viés, pondera Dominique Wolton (2003, p. 35) que, Apesar do "adesismo" geral aos novos meios de comunicação, sem que haja uma verdadeira curiosidade ou interesse por uma reflexão epistemológica e cultural do estatuto da comunicação, há sempre contra as novas formas de divulgação de conteúdos uma desconfiança inerente, superada apenas com a chegada de uma nova e mais moderna tecnologia. Diz a autora:

A comunicação, requisitada no plano individual, é sempre suspeita de se transformar em arma de manipulação no plano coletivo. Instintivamente desconfia-se da televisão em grande escala. O rádio e a televisão têm experiência, tiveram que enfrentar a desconfiança ancestram que envolve esta comunicação. É esse o paradoxo interessante da comunicação na nossa cultura: ela é um dos valores centrais, mas todos têm lá suas desconfianças. Ao invés de reconhecer que, mesmo sendo a comunicação evidentemente ligada a uma relação de força, não é possível reduzi-la a tanto, a comunicação se vê, na maior parte das vezes, conduzida a um processo de influência e mesmo de manipulação. Supõe-se o emissor movido pelas mais negras intenções, e o destinatário sempre pronto a crer em tudo o que lhe dizem, sem autonomia nem distância crítica. Nega-se tanto a distância crítica do emissor quanto a dimensão normativa do emissor, isto é, a possibilidade de uma certa intercompreensão (WOLTON, 2003, p 35-36).

A tratada desconfiança é ainda mais contraditória quando se percebe que a comunicação, e então os meios de comunicação e as tecnologias de difusão da mesma trazem um valor de emancipação do homem, batalhada por séculos desde a luta iniciada na Renascença pela liberdade de expressão (WOLTON, 2003). Veja-se da seguinte forma: não há sociedade democrática ou aberta sem liberdade de expressão e de comunicação.

O paradoxo da comunicação então é que, enquanto se trata de um dos valores fundamentais e essenciais da sociedade como direito fundamental do homem, tanto quanto a liberdade, a igualdade e a fraternidade, ela nunca conquistou a mesma legitimidade. Ao invés de refletir acerca do alcance e impacto das tecnologias, para que se compreenda a finalidade e a importância da comunicação, acredita-se detectar, a cada nova tecnologia, o efeito de uma "má comunicação" (WOLTON, 2003, p. 48), o que só pode prejudicar o valor fundamental da liberdade de expressão e, ousa-se dizer, da própria dignidade humana.

Se a desconfiança aconteceu com o rádio e após com a televisão, acontece hoje também contra a *internet*, mais do que às vezes vista como uma fonte de mal potencial a todo o tempo. De fato, o poder de devastar a vida de uma pessoa, em muitas ocasiões doada a oportunidade pela própria vítima, é imenso quando atrelado à *net*. Pelo que se tem visto, até mesmo os segredos de Estado, as comunicações dos líderes mundiais tem sido alcançada pela espionagem internacional.

Por outro lado, ensina o João dos Passos Martins Neto (2008, p. 51), a Internet, em verdade, permite uma grande mudança de paradigma. Se anteriormente as pessoas se encontravam predominantemente, em relação aos meios de comunicação de massa, no pólo passivo da comunicação, a Rede tronou-a uma atividade social de interação e de intercâmbio, distribuindo de certa maneira o poder de comunicar.

Ocorre que, o potencial de invasão de privacidade, em si, em nenhum momento torna aceitáveis os atos. Como ou sem os novos meios de comunicação; a vida privada continua sendo protegida. Mas o receio coletivo leva à ânsia de criação de novos e novos direitos, como se declarar mais contundentemente que os direitos da personalidade são imprescritíveis fosse, no mundo dos fatos, aumentar também a segurança do homem.

Atribui-se a Benjamin Franklin a frase: "Aqueles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança²¹." Não seria também verdadeiro dizer que dar a alguém o direito de impedir a publicação de determinado fato histórico, por medo de que seja feito mal uso da informação (sendo que o mau uso já é condenado pela lei), seria limitar a liberdade de comunicação humana? Existente o direito de informação, é o direito de recebê-la completa, inclusive com o nome dos partícipes.

²¹ No original: Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety

Se é direito ter acesso às informações de interesse público, e se passam a fazer parte da história aquelas personagens, sem dúvida que o acesso à informação completa e até mesmo a sua republicação não sejam condenados, tanto em papel, quanto na tão temida *internet*.

Talvez seja certo que as novas tecnologias precisam de mais atenção na proteção dos direitos do homem, e que novos mecanismos de fiscalização se façam necessários, porque os antigos já não alcançam os seus propósitos (claro, sem que isso implique em avançar sobre os direitos dos fiscalizados). Todavia, aqui se concorda com a parte da doutrina que diz não haver necessidade de criação de um novo direito para a proteção da intimidade, em especial, para a proteção dos dados pessoais ante ao uso dessas novas tecnologias, tendo em vista que os bens jurídicos protegidos continuam sendo os mesmos.

Nesse sentido, manifesta-se Carlos Ruiz Miguel (1995 apud PEREIRA, 2004), que diz não se poder pretender fazer das novidades tecnológicas um novo sistema jurídico. Para ele, o suposto novo direito criado seria apenas o direito à intimidade dotado de novas técnicas, e a própria flexibilidade do conceito de intimidade, que se adapta naturalmente ao contexto social e histórico inserido não justifica seu alargamento.

Por certo há posicionamentos contrários, que aduzem a insuficiência dos clássicos instrumentos de tutela jurídica. Em todo caso, nenhuma das correntes abre precedente para que se apague um naco da história, ou relegue-a aos curiosos pelos artigos empoeirados nas bibliotecas (porque não podem ser republicadas), em nome da proteção da dignidade da pessoa humana. Como diria Orwell (1957), com mais dramaticidade, a lembrança não deve ser tratada como um pedaço de conhecimento furtivo, porque a memória não foi suficientemente controlada. Repita-se, também é aspecto da dignidade da pessoa humana o direito de conhecer a sua história, de ter acesso a informações completas.

E o que mais assusta nas novas tecnologias aos que pretendem ser esquecidos, é que na realidade, para a *internet*, já não existe mais aquele arquivo empoeirado, o que foi ali publicado, para quem quiser encontrá-lo, será sempre novo. O que é antigo não se desgasta. Esse direito ao esquecimento seria então no contexto da *net* quiçá o direito de obrigar a que se retirem do ar os *sites* mais antigos, ou que se lhes remeta ao último *link* disponível nas ferramentas de busca.

Como já se abordou, o Advogado Geral da União Européia em seu parecer no Processo C131/12 contra a *Google Spain* manifestou-se dizendo que é injustificado impedir que um jornal, por exemplo, republique *online* as informações que veiculou, assim como obrigá-lo a suprimir o nome das personagens envolvidas no episódio. Dessa forma, o direito de ser esquecido em realidade só haveria em relação à vida pessoal, na medida em que o

próprio indivíduo impede acesso a informações que dizem respeito somente a si mesmo, deixando de colocá-las a público, ou buscando a tutela judicial no tocante à proteção da privacidade.

Todavia é mais que isso que se quer hoje, como reconheceu Lipovetsky, é normal na modernidade o surgimento do indivíduo preocupado com a respectiva felicidade pessoal, que ambiciona tanto a sua emancipação, mas que ao mesmo tempo procura ser aceito, que pretende o controle demasiado da sua pessoa.

É esse o tipo de relacionamento que se vem desenvolvendo com o mundo à volta. Considerando que esse tipo de comportamento no que tange o controle da *net*, transposto para outros aspectos da vida (como se deu com o “Direito ao Esquecimento” contra matérias jornalísticas) receia-se não só ser prejudicial, como ineficaz contra o próprio conteúdo digital. Sugere-se que não sejam vistas as inovações tecnológicas como ameaças contra os homens, mas oportunidades.

Como um conselho, ao invés de tentar-se adaptar a tecnologia ao antigo padrão de vida e aos velhos conceitos de moralidade, adapte-se o homem ao novo tempo. Que o indivíduo se proponha a aprender com os seus erros, e com os erros da história, para que não sejam novamente cometidos. A descoberta de uma nova perenidade concedida à informação é mais um presente que nos traz a tecnologia do que uma ameaça aos direitos dos homens, desde que aprendamos a lidar com elas, assim como foi feito com os avanços anteriores, respeitando sempre o limite da privacidade do outro.

Acredita-se que encaradas dessa maneira as questões sobre privacidade e liberdade de imprensa permanece intacta a história – que, aliás, não se esqueça é de fato imutável – e que, como tal, continua sempre como de interesse público. Revelada então a desnecessidade (e inadequação) da criação de um “Direito ao Esquecimento”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O “Direito ao Esquecimento” entrou em voga no cenário nacional devido à aceitação, em duas decisões proferidas pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, de que o indivíduo tem direito a exigir que não sejam publicadas informações sobre a sua pessoa, ainda que quando do surgimento da notícia esta considerada de interesse público, desde que transcorrido tempo suficiente para que a pessoa retorne ao “anonimato”.

Assim, baseada na aceção do Conselho de Justiça Federal de que o direito de ser esquecido está entre os direitos da personalidade, e apoiada inclusive por precedentes internacionais e na reconhecida opção antropocêntrica da Constituição Federal a qual coloca entre os fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, trata-se o mesmo como um consectário natural do “direito de ser deixado em paz” do homem, contra o que lhe possa dificultar, por exemplo, a ressocialização.

Num primeiro momento então, os ministros entendem que o tempo tem o condão de retirar do acontecimento seu interesse público, de modo que o “Direito ao Esquecimento” seria uma proteção da vida privada. Dizem mais, passado tempo em demasia, considerando que a dor gerada pela lembrança de determinado acontecimento diminui com o decorrer dos anos, desaparece o tal direito de ser esquecido, tornando novamente legítima a divulgação da notícia.

Ocorre que daí surgem dois questionamentos principais: se o interesse público de um acontecimento realmente desaparece com o passar dos anos (e quem decide quantos anos são suficientes para o surgimento do novo direito?) e o “Direito ao Esquecimento” se enquadra no ordenamento jurídico nacional, em relação aos direitos constitucionais de proteção à vida privada e à liberdade de comunicação e de imprensa.

Para que se chegue à resposta das referidas questões, todavia, há que se analisar os conceitos envolvidos na decisão dos ministros, aclarando o alcance de cada um dos direitos considerados, bem como a consequência da decisão como precedente jurisprudencial. Impossível a confrontação justa entre dois direitos, sem que anteriormente se delimitem os seus âmbitos de incidência em relação ao caso concreto.

Inicialmente quanto ao direito à privacidade concluiu-se que, apesar de notadamente ser um direito complexo do homem, dependente do local e momento social de aplicação, não se pode fugir ao seu estudo. Encontrou-se, por exemplo, uma nítida diferenciação entre a

privacidade e o “direito de ser deixado em paz”, apesar de grande parte da doutrina considerá-los sinônimos.

Enquanto a privacidade se refere ao que legitimamente o indivíduo pode afastar do conhecimento de terceiros, por lhe dizer unicamente respeito, “ser deixado em paz” possui uma amplitude absolutamente mais alargada, pois que em verdade é uma parcela presente em todos os direitos guardados do homem, inclusive a liberdade de imprensa. Quer dizer, até mesmo a liberdade de imprensa é o “direito de ser deixado em paz para publicar tudo aquilo que é legitimamente de interesse público”, independentemente de qualquer tipo de censura ou licença. Dito isso, fica clara a injustiça de em eventual sopesamento entre ambos.

No mesmo sentido, não há que se confundir o direito de ser esquecido com o direito de se isolar. O isolamento por certo é coerente com a proteção da privacidade humana. Aquele que deseja estar só, não se envolver nas questões sociais, não responder questionários sobre a sua pessoa, nem abrir à imprensa a sua imagem atual ou a sua condição familiar/profissional, tem o direito de fazê-lo, desde que ausente o interesse público. Dessa forma, no caso da Chacina da Candelária, por exemplo, elaborando-se notícia hoje sobre o acontecimento, não se pode obrigar o envolvido a prestar entrevista, nem seria aceitável que se mostrasse a sua casa, a sua família e qualquer informação do seu âmbito pessoal sem autorização.

Da mesma forma, não se aceita que a imprensa ultrapasse seu direito/dever de informar caluniando ou injuriando a pessoa. Aliás, exige-se a atuação com diligência dos agentes da imprensa para verificarem a veracidade das notícias e não afrontarem a honra ou vida pessoal do indivíduo. Mesmo assim, permanece seu direito de informar sobre os assuntos que interessem ao público, mesmo que em caráter de crítica ou de entretenimento (claro, respeitadas as observações feitas acima).

Dito isso, evidente que a proteção da privacidade, ou da personalidade, fica amplamente resguardada no nosso ordenamento, sem a necessidade de que se enuncie o “Direito ao Esquecimento” como um novo direito, a não ser que não se queira com ele proteger a vida privada, mas algum outro aspecto ainda oculto que o homem pode pretender esconder do público.

Nesse caso, há que se compreender se em algum momento o interesse público, já noticiado, pode ser afastado da sociedade pelo simples decorrer do tempo. Quanto a esse ponto, novamente, chega-se à conclusão de que inexistente o tal direito de ser esquecido como uma barreira *a posteriori* ao conteúdo jornalístico. Isso porque, a par do juízo de “historicidade” feito pelos julgadores, não se acredita caiba a eles determinar o que é de interesse; tratar-se ia, sem dúvida, de uma forma de censura.

Mais do que isso, se em algum momento aquele conteúdo foi livremente divulgado e anotado, é porque passou a fazer parte da história daquela sociedade e, portanto, não há razão para que seja mais tarde considerado ilícito. Por esse ponto de vista, a historicidade da notícia surge já no momento de sua divulgação e não prescreve. Obviamente não se justifica por esse meio, por exemplo, o abuso da imagem da pessoa, o sensacionalismo da reportagem, nem a agressão verbal, mas de qualquer modo, já não são condutas protegidas pela lei, nem pela moral ao que importa.

A dignidade da pessoa humana nesse contexto, se vista apenas como uma proteção individualista, não só gera uma lesão à coletividade a ao crescimento de uma sociedade, mas alarga exageradamente o seu âmbito de proteção em relação apenas à privacidade. Perceba-se, portanto, que também integram a proteção da dignidade o direito de receber informações completas sobre a sua história e sobre as notícias que possam interessar.

Reconheça-se também que a condenação da mídia pela divulgação das reportagens gera o que se chamou livremente de efeito censor (traduzido do termo *chilling effect*), que é o medo incutido, nesse caso, pelas decisões judiciais, de que haja punição pelo exercício do direito de comunicação constitucionalmente protegido, especialmente quando se considera que é apenas por decisão judicial que se conhecerá o tempo necessário para o surgimento do “Direito ao Esquecimento”.

Encontrar-se-ia assim um limitador inconstitucional ao exercício da comunicação de interesse público e, talvez mais importante, ao direito de receber informações íntegras sobre os acontecimentos passados. Assim, encontram-se neste estudo, ao menos preliminarmente, argumentos no sentido de que não cabe no nosso sistema jurídico um direito de ser esquecido, ao menos não no sentido que se deu nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Outrossim como uma proteção ao direito de intimidade, também não se justifica a sua existência, pois inútil (visto que a privacidade já goza de proteção legal), e porque sendo um termo demasiadamente amplo, causa decisões possivelmente injustas.

Finalmente, o argumento de que com a *internet*, na sociedade da informação tenha havido uma “desmoralização” do que interessa ao público, porquanto se facilitou a difusão internacional e instantânea dos dados, também não deve prosperar. O receio de que uma nova tecnologia surgida possa causar dano à privacidade, jamais será suficiente para que se justifique a limitação da liberdade ou a censura do exercício de um direito.

A criação da Rede das redes, em verdade, na perspectiva deste estudo, é vista como um avanço positivo no sentido de aumentar a difusão do conhecimento e abrir a possibilidade de crítica e engrandecimento de todos. Ainda que seja comum a desconfiança contra novas

tecnologias em um primeiro momento, e isso se repetiu com cada um dos avanços científicos, ao menos referentes à comunicação, injustificado tentar amoldá-las aos antigos padrões de sociedade. Que o homem se adapte à *internet* e não o contrário, pois seria um bloqueio da evolução.

Entenda-se também que o fato de a Rede possibilitar maior visibilidade do âmbito pessoal não torna lícita a invasão da mesma, nem dá legitimidade à espionagem e ao abuso da mídia. Simplesmente deu-se ao cidadão uma ferramenta para expor ao mundo aquilo que ele deseja sobre si, e colocando a público essas informações deve-se responsabilizar pelo que se fizer com elas, claro, dentro dos limites, aí sim, da dignidade da pessoa.

Não menos importante perceber que a discussão acerca da criação de um “botão de delete” na *internet*, para que a pessoa possa apagar o que ela mesma tenha disponibilizado sobre a sua vida pessoal, vindo depois a se arrepender, em nada corrobora a invenção do direito de ser esquecido como partícipe de fatos de interesse público.

Houve uma confusão entre esses dois tópicos, compreensível pelo pouco entendimento que se tem hoje sobre a repercussão dos dados colocados na *net*. Porém, diante do conflito, o surgimento de um novo direito que permita apagar (impedindo a reedição) o passado, ou relegá-lo ao esquecimento sem possibilidade de ser re-explorado, só agrava a situação.

Mais a fundo, entende-se como sintoma da pós-modernidade a intenção de tratar o passado como algo que deve ser modificado ou escondido caso não seja abonador ao indivíduo. A busca da felicidade se confunde com a busca da perfeição, até quando isso significa que determinado pedaço da história (seja o nome real da pessoa envolvida em determinado acontecimento), tenha que ser sacrificado no processo.

Desse modo, conclui-se o estudo em concordância com a hipótese primária apresentada, de que não é cabível na ordem jurídica nacional, nem desejável na internacional, diga-se de passagem, que se reconheça como um direito da personalidade do “Direito ao Esquecimento”, porque incompatível com a Constituição Federal, com as cláusulas pétreas constitucionais e com o próprio desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, que cresce em sociedade aprendendo com a sua história.

Sem afirmar categoricamente que as reportagens consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça não ultrapassavam os limites da liberdade de imprensa, haja vista fossem consideradas abusivas as reportagens, deveria ser por outro argumento, que não o do “Direito de ser Esquecido”, porque maléfica à democracia a criação de um “direito” possivelmente censor, como se mostra o instituto.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1999.

BAHIA, Juarez. Jornal, **História e técnica: história da imprensa brasileira**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **The right to privacy**. Harvard Law Review, vol. IV, no. 5, 1890.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 06 agosto 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 08 agosto 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153/RJ**. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 31 agosto 2013.

CANARIO, Pedro. Enunciado do CJF põe em risco registros históricos. **Revista Consultor Jurídico**. 25 de abril de 2013, ISSN 1809-2829. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>> Acesso em: 07 setembro 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CORLISS, Michael. **The use of information: how new technology is changing discussion of privacy**. 130 f. Dissertação. Georgetown University. Washington D.C.: 23 abril 2010. Disponível em:

<<http://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/553697/corlissMichael.pdf?sequence=1>> Acesso em: 01 outubro 2013.

COSTA, Aldo de Campos. **Verbetes das jornadas de direito civil**: parte 1. 25 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.professorflaviotartuce.blogspot.com.br/>> Acesso em: 07 setembro 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIREITO ao esquecimento na sociedade da informação. **Revista Brasília em Dia**. Entrevista a Rogério de Meneses Fialho Moreira. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.http://brasiliaeudia.com.br/>> Acesso em: 07 setembro 2013.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradutor Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPECIAL rádio STJ: direito ao esquecimento em debate. Brasília, Rádio STJ, 04 agosto 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>> Acesso em: 07 setembro 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia**. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<http://www3.wooster.edu/economics>> Acesso em: 07 agosto 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. 2001. 287 p. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial**. 2000. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/opiniaio/expressao.html>> Acesso em 12 setembro 2013.

FRANCISCHETT, Leandra. **50 anos do assassinato de Aída Curi**: O fotojornalismo fazendo escola na revista cruzeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/francischett-leandra-assassinato-de-aida-curi.pdf>> Acesso em: 30 agosto 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2008.

HENDEL, John. In Europe, a right to be forgotten Trumps the memory of the internet. **The Atlantic**. 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2011/02/in-europe-a-right-to-be-forgotten-trumps-the-memory-of-the-internet/70643/>> Acesso em: 15 setembro 2013.

_____. Why Journalists Shouldn't Fear Europe's 'Right to be Forgotten'. **The Atlantic**. 25 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/01/whyjournalists-shouldnt-fear-europes-right-to-be-forgotten/251955/>> Acesso em: 15 setembro 2013.

JÄÄSKINEN, Niilo. **Conclusões do Advogado Geral da União Européia**. Apresentada em 25 de junho de 2013. Processo C131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris>> Acesso em: 28 julho 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Companhia das Letras, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2001.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Direitos fundamentais e direito privado. "In": CAMARGO, Mônica Ovinski; CUSTÓDIO, André Viana; **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. Curitiba: Multidéia, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MEIRA, Laís Moreschi de; SOARES, Matheus Fernandes de Souza; PIRES, Panmela Rodrigues Pires. 14 de março de 2012. **Direito à privacidade e as relações na Internet**. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> Acesso em: 01 setembro 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos individuais: Anotações a Propósito da obra de Edilson Pereira de Frias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, Brasília, vol. 18, p. 388, janeiro de 1997. Relator Juiz Edson de Almeida Campos Júnior.

MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Juizado Especial (Lei 9.099/95). Ação para retirada de nome em site na internet. Recurso Conhecido e Provido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. **Recurso Inominado n. 0024.2009.381.956-3**. Recorrente Duple Editorial Ltda. e Recorrido Alexandre Orlandi Franca. Belo Horizonte, 30 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.trmg.jus.br>> Acesso em: 01 setembro 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ORWELL, George. 1984. **Tradução Wilson Velloso**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradutora Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

PEREIRA, J. Matos. **Direito de Informação**. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980.

PEREIRA, Moacir. **Imprensa: um caminho para a liberdade**. Florianópolis: UFSC/Lunardelli, 1980.

PÓVOAS, Monike Silva. **Conflitos entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade**. 2002. 80 p. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

REDING, Viviane. **A reforma da União Europeia da proteção de dados de 2012: Tornando a Europa o referencial das regras de proteção moderna da informação na era digital**. Conferência de inovação digital, vida e design. Munique, 22 de janeiro de 2012.

REPÚBLICA PORTUGUESA. **Ministério da Ciência e Tecnologia**. Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal, Ed. Missão para a sociedade da Informação. Lisboa, 1997.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. **Apelação Cível n. 2008.001.48862**. Apelante Jurandir Gomes de França e Apelado Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 08 agosto 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo jornalística: “chacina da Candelária”. Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, afim, inocentada. Uso inconstitucional de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação “vs” Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios. **Embargos Infringentes n. 2009.005.79**. Embargante Globo Comunicações e Participações S/A e Embargado Jurandir Gomes de França. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 08 agosto 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”. 1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma

delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2-A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. **Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001**. Apelante Nelson Curi e outros e Apelado Globo Comunicações e Participações S/A. Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 31 agosto 2013.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradutores Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Cunha. **Informática e reserva da vida privada**. in Comunicação e Defesa do Consumidor, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

ROSEN, Jeffrey. **The right to be forgotten**. Stanfor Law Review, online, 88, 13 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/>> Acesso em: 06 setembro 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SPARKES, A. W. **The Right to be Let Alone**: a violation of "privacy". s.n.t. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/468/25.pdf>> Acesso em : 28 setembro 2013.

STEINBERG, Charles. **Meios de Comunicação de Massa**. São Paulo: Cultrix, 1972.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, aos comitês econômico e social e aos comitês das regiões**: uma abordagem sobre a proteção dos dados pessoais na União Europeia. Bruxelas, 4 de novembro de 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf> Acesso em: 15 setembro 2013.

_____. Diretiva 1995/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. **Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Bruxelas, 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 07 agosto 2013.

_____. Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. **Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas**. Bruxelas, 12 de julho de 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>> Acesso em: 07 agosto 2013.

WERRO, Franz. **The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash**. 08 de Maio de 2009. Georgetown Public Law Research Paper n. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1401357>> Acesso em: 13 setembro 2013.

WEST'S Encyclopedia of American Law. 2. ed. Farmington Hills: The Gale Group, 2008. Disponível em: <<[a href="http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Chilling+Effect+Doctrine"](http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Chilling+Effect+Doctrine)>Chilling Effect Doctrine Acesso em: 20 outubro 2013.

WOLTON, Dominique. **Internet, e Depois? Uma teoria crítica das novas mídias**. Tradutora Isabel Crosseti. Porto Alegre: Sulina, 2003.

XIFRAS-HERAS, Jorge. **A informação: análise de uma liberdade frustrada**. Tradutor Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Lux, 1974.