

Andrei Lion Leandro da Silva Borges

**APLICABILIDADE DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO: COLISÃO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias – ULHT
Faculdade de Direito**

Orientador: Professor Doutor José Manoel Moreira Cardoso da Costa

Lisboa, Portugal

2019

Andrei Lion Leandro da Silva Borges

**APLICABILIDADE DO DIREITO AO
ESQUECIMENTO: COLISÃO ENTRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado defendida em provas públicas para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico Forenses no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico Forenses, conferido pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias no dia 22/10/2019, perante o júri, nomeado pelo Despacho de Nomeação n.º 190/2019, com a seguinte composição:

Presidente: Professor Doutor José Casalta Nabais

Arguente: Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida

Orientador: Professor Doutor José Manoel Moreira Cardoso da Costa

**Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias – ULHT
Faculdade de Direito**

Lisboa, Portugal

2019

Dedicatória

Aos meus pais, Walter Souza Borges e Sonia
Maria L. da S. Borges,

por todo o amor, zelo e orientação que
tiveram na formação do meu caráter. Vocês constituem a
fonte da minha dignidade.

E mesmo geograficamente distante,
permanecem dentro de mim através do bem mais precioso:
a educação.

Amo-os infinitamente!

Agradecimentos

Ao Doutor José Manuel Cardoso da Costa, por ter tido a elegância em aceitar o convite para me orientar e por enriquecer o trabalho;

Ao Doutor Joaquim Cardoso da Costa, que tenho profundo respeito e admiração, não só pelo notado saber jurídico, mas pela humildade e generosidade, a quem tive a honra de conhecer e aprender mais sobre o Direito Constitucional Português;

Aos amigos que fiz durante o curso de mestrado, por terem compartilhado de vossas experiências e por proporcionar o melhor ambiente acadêmico da minha vida, em especial o compatriota Dr. Peter Siqueira e o nobre amigo Vitor;

A doutoranda em Educação, Andressa Borges, irmã querida, símbolo de inspiração, garra e determinação, que me auxiliou na metodologia científica deste trabalho;

A minha namorada Gabriela Carvalho, pelo apoio, companheirismo e principalmente pela compreensão da minha ausência em sua vida no período em que estive dedicado nas leituras e produção textual desta pesquisa.

RESUMO

O direito ao esquecimento tem origem histórica no terreno das condenações criminais, através do instituto denominado de reabilitação criminal ou simplesmente cancelamento do registro criminal. Mas hoje, fala-se do direito ao esquecimento numa perspectiva mais ampla, como um direito que assume a natureza jurídica de um direito fundamental, cuja base jurídica é advinda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos da vida privada, intimidade, honra e imagem. É exercido tanto na seara pública como no campo do direito privado e estabelece o direito de restringir determinada informação para a sociedade, ou seja, um fato verídico e desabonador ocorrido no passado, com o objetivo de permitir que o indivíduo não sofra para além daquilo que essa informação já lhe causou e pode continuar causando se continuar eternamente disponível. Obviamente o conflito dos direitos fundamentais não é tão recente assim, mas, o direito a privacidade, intimidade, honra e imagem versus a liberdade de expressão, direito de imprensa e o direito informacional ganharam um contexto diferente com a teoria do direito ao esquecimento nessa sociedade líquida. Assim, o intérprete precisa encontrar soluções mais sofisticadas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. E a técnica adotada para solução desses problemas é a técnica da ponderação.

Palavras chave: Direito ao esquecimento. Direito fundamental. Conflito dos direitos. Técnica da ponderação.

ABSTRACT

The right to forgetfulness has historical origin in the field of criminal convictions, through the so-called criminal rehabilitation institute or simply cancellation of criminal record. But today we speak of the right to forgetfulness in a broader perspective, as a right that assumes the legal nature of a fundamental right whose legal basis is derived from the constitutional principle of the dignity of the human person and the rights of privacy, honor and image. It is exercised both in the public domain and in the field of private law and establishes the right to restrict certain information to society, that is, a truthful and discouraging fact that occurred in the past, with the objective of allowing the individual not to suffer beyond what this information has already caused you and can continue to cause you to remain eternally available. Obviously the conflict of fundamental rights is not so recent, but the right to privacy, intimacy, honor and image versus freedom of expression, press law and information law have gained a different context with the theory of the right to oblivion in this society liquid. Thus, the interpreter must find solutions more sophisticated than the simple subsumption, used for the interpretation of rules with rules structure. And the technique adopted to solve these problems is the technique of weighting.

Keywords: Right to forgetfulness. Fundamental Right. Conflict of rights. Weighting Technique.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

art. / arts. – artigo / artigos

p. / p.p – página / páginas

segs. – seguintes

n.º - número

REsp – Recurso especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.1. Reabilitação Criminal em Portugal.....	14
1.2. Reabilitação Criminal no Brasil.....	16
1.3. Reabilitação e o Direito ao Esquecimento.....	17
2. DIREITO AO ESQUECIMENTO	20
2.1 Conceito.....	20
2.2. Natureza Jurídica.....	21
2.3 Direito à privacidade e intimidade.....	22
2.4 Direito à Honra e a Imagem.....	24
2.5 Possíveis restrições ao direito à privacidade.....	25
3. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
3.1 Liberdades comunicativas versus Direito ao Esquecimento.....	29
3.2. Responsabilidade civil e o direito ao esquecimento.....	33
3.3. Aplicação do método da ponderação.....	34
4. ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS.....	38
4.1. Caso Google Spain X Mario Corteja González.....	38
4.2. Caso Chacina da Candelária e Caso Aída Curi.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Como diria Bauman, vivemos na chamada “sociedade líquida” e os avanços tecnológicos, contribuem ainda mais para o amplo processamento e armazenamento das mais diversas informações, aumentando exponencialmente a vulnerabilidade dos seres humanos.

A essência humana é se relacionar com o seu par e trocar as mais diversas informações possíveis para os mais diferentes fins. E maior parte das tarefas diárias circunda em torno da informação.

Esta realidade tende a evoluir num piscar de olhos, com o desenvolvimento científico e tecnológico, tornando possível o acesso de dados relativamente à privacidade das pessoas, por vezes constrangedores que lhe causaram determinada dor no passado, seja através de um periódico, de determinada matéria jornalística da televisão, de blog, informações como fotografia ou vídeo inseridas pelo próprio nas redes sociais, tais como: *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e etc, mesmo quando se referem a dados exclusivamente particulares, podem ficar eternamente armazenados em nuvens na internet, podendo ser operado de maneira simples por qualquer site de busca.

Neste diapasão, é salutar projetar mecanismos de ordem jurídica que concebem aos indivíduos o funcionamento de alguma ferramenta de controle sobre os seus dados pessoais que não emitem nenhum interesse público à posteriori.

Contudo, nomeadamente quando se versa sobre informações de interesse público, o contexto muda e pode comprometer indiscutivelmente toda a coletividade, pois é necessário que seja concedido um extenso acesso a informações para que cada ser humano desenvolva sem nenhuma restrição a sua personalidade. Por isso, a liberdade de expressão, imprensa e o direito informacional são essenciais em qualquer regime democrático de direito. É através dessa garantia fundamental que é possível a formação e livre tráfego de informações entre toda a coletividade.

Por isso, o escopo dessa dissertação tem como prisma o estudo do direito ao esquecimento e o seu impacto em face ao choque dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e o direito de privacidade, oferecendo uma visão técnica jurídica acerca do tema.

O primeiro capítulo é composto pela evolução histórica. Nesse campo será abordada a origem do direito ao esquecimento, fazendo uma viagem no tempo até a forma que concebemos e compreendemos atualmente o direito de ser deixado em paz.

Esse direito tem suas raízes mais remotas no terreno das condenações criminais, através do instituto denominado de reabilitação criminal.

Na segunda parte será apresentado uma visão geral acerca da conceituação e da natureza jurídica deste direito. Um direito já consolidado na Europa e que se encontra ainda embrionário no Brasil.

O direito ao esquecimento representa uma desagregação dos princípios fundamentais da privacidade, da intimidade, honra e imagem (chamados direito de personalidade) e que se colide com grande frequência com a tutela da liberdade de expressão, de imprensa e informação, como demonstradas no decorrer do trabalho.

Nesse aspecto, uma das características dos direitos fundamentais é que eles não possuem hierarquia entre si, portanto, não podem teoricamente se sobrepujar sobre outros direitos fundamentais. Dessa forma, devem ser estabelecidas condições mínimas a fim de determinar quando o direito de privacidade deve prevalecer sobre o direito informacional ou contrário senso.

Existem atualmente no Brasil três correntes doutrinárias que aludem o direito ao esquecimento. A primeira corrente é totalmente contra a existência e aplicabilidade do direito ao esquecimento. É conhecida como “pró-informação” e tem como defensores principais os organismos de comunicação.

Essa corrente compreende que não há lugar para um direito ao esquecimento. Seus defensores asseguram que o suposto direito ao esquecimento não pode ser desmembrado de um direito fundamental como a privacidade, intimidade, imagem e honra. Alegam que esse suposto direito ao esquecimento representaria uma censura e seria um atentado à memória coletiva e a história dos povos. Portanto, a liberdade informacional deve se sobrepujar sempre mesmo quando colidido com outro direito fundamental.

A segunda defende o direito ao esquecimento, denominada de “pró-esquecimento”. Para os apoiadores dessa corrente doutrinária o direito ao esquecimento existe e possui status de preferência sob os demais direitos fundamentais. E esse direito é oriundo da dignidade da pessoa humana em consonância com os direitos de personalidade.

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais defende que com base na dignidade da pessoa humana, esse direito prevaleceria sobre a liberdade informacional acerca de fatos obsoletos. Não entender dessa forma, seria estigmatizar o indivíduo, aplicando “penas perpétuas” por meio dos sistemas de comunicação e da

internet. Essa corrente doutrinária propõe um prazo de cinco anos, contados do cumprimento ou extinção da pena, para que informações sobre condenações penais não possam ser mais editadas e disponibilizadas pelos meios de comunicação e internet. Amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como “*um direito de não ser lembrado contra sua vontade*” (REsp 1.334.097/RJ) e no direito comparado à decisão da Corte de Justiça da União Europeia em 2014, que determinou que motor de buscas na internet google desvinculasse o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de notícia obsoleta e sem caráter público sobre uma antiga penhora de seu imóvel.

A última corrente doutrinária é a intermediária, capitaneada principalmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Para os defensores dessa terceira corrente, o direito ao esquecimento existe e coabita com os demais direitos fundamentais e deverá ser aplicado casuisticamente.

Não existe hierarquia entre direitos fundamentais e, portanto não poderá haver antecipadamente prevalência entre o direito informacional e a vida privada (direitos de personalidade).

Delineados ambos como direitos fundamentais, a única saída técnico-jurídico viável é a aplicação do método de ponderação de valores, levando-se em conta o menor sacrifício possível para cada um dos interesses em choque.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito ao esquecimento tem origem histórica no terreno das condenações criminais, através do instituto denominado de reabilitação criminal ou simplesmente cancelamento do registro criminal.

Compreende-se por reabilitação criminal o direito de sigilo sobre a condenação criminal do indivíduo que cumpriu efetivamente pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e tem como escopo a ressocialização.

Nas palavras do celebre jurista italiano Vincenzo Manzini:

O instituto da reabilitação se vincula, historicamente, à *restitutio in integrum* dos romanos e precisamente à indulgentia (individual) do Príncipe. Essa tinha um conteúdo mais amplo que a atual reabilitação e que não era, então, outra coisa mais que um efeito da graça. (1951, p. 671)

O instituto ora mencionado tem raízes no direito romano, intitulado de *restitutio in integrum*, que significa reintegração e tinha o objetivo de extinguir integralmente os efeitos da condenação criminal e devolver ao indivíduo todos os seus direitos civis. Tratava-se de um ato de clemência do soberano.

Marco Antônio Menezes explica que:

Enquanto ato de clemência ou de perdão real, O instituto tem, nas Ordenações Filipinas, sua mais remota raiz.

Com efeito, o Título 130, número 3, do Livro V, das Ordenações, cuida do Perdão oferecido pelo Rei, enquanto que o Título 125, número 06, determina O registro dos livramentos e perdões, "ao pé de cada assento", constantes no "Livro Ordenado per Alfabeto". Assim determinado, fazia-se desaparecer os registros de antecedentes, cuja menção era possível apenas nas folhas corridas destinadas aos juízes, *verbis*:

E para os Scrivães com mais facilidade responderem ás folhas, fará cada hum, hum Livro Ordenado per Alfabeto, com os nomes dos culpados, e das culpas, e tempos dellas, e dos degredos; e ao pé de cada assento registrarão os livramentos e perdões, que os culpados houverem, e de todo farão declaração nas respostas, que derem ás folhas, para os Julgadores bem informados procederem como lhe parecer Justiça. (2002, p. 102)

Sobrinho explana em sua tese de doutoramento que foi na França que ocorreu a regulamentação da reabilitação criminal:

O primeiro passo para a regulação da reabilitação ocorreu na França, a partir de uma ordenança real, de 1670, que exigiu para sua concessão o cumprimento da pena e, sempre que possível, a reparação do dano. O segundo é encontrado no Código Penal Francês, de 1791, enquanto o terceiro se situa também na França, a partir do Código de Instrução Criminal de 1808, que estabeleceu que a reabilitação tivesse caráter público, anotando-se em boletim judicial o lugar que concedeu e daquele onde foi decretada a condenação. (2009, p. 192)

A partir disso e com a evolução da sociedade, se originou duas formas de reabilitação: a reabilitação legal e a reabilitação judicial. A primeira é aquela que decorre de previsão legal com base no decurso do tempo. A segunda trata-se da apreciação por parte do Juiz, mediante requerimento da parte e a sua concessão está pautado em alguns requisitos, como o cumprimento da pena, conduta moralmente correta, trabalho digno além da reparação do dano se assim for possível.

Na interpretação de Manuel Grosso Galvan:

A reabilitação pode ser entendida como um mecanismo de redução do efeito estigmatizante que a publicidade do registro criminal gera ao indivíduo na sociedade. (1983, p.07)

Não é de hoje que verificamos a preocupação do mundo jurídico a despeito dos fins da pena. Há inúmeras doutrinas que justificam a sua finalidade. E embora esse não seja o foco desse trabalho assumir uma posição doutrinária a respeito dos fins da pena, é importante deixar claro que a ressocialização defendida pela teoria da prevenção especial positiva é baseada na recuperação do agente do crime.

E como vamos ressocializar o agente que cometeu o crime e reinseri-lo na sociedade sem pré-julgamentos? É muito comum não somente nos dias atuais, a solicitação para candidatura de emprego da certidão de antecedentes criminais, como uma manifesta forma de pré-julgamento social.

Diante dessa e outras preocupações, o parlamento do Reino Unido, aprovou a lei de reabilitação de delinquentes em 1974.

Segundo a lei de reabilitação de delinquentes de 1974 do Reino Unido, o escopo:

“An Act to rehabilitate offenders who have not been reconvicted of any serious offence for periods of years, to penalise the unauthorised disclosure of their previous convictions, to amend the law of defamation, and for purposes connected therewith.”

O período de reabilitação é automaticamente condicionado pela sentença e inicia a partir da data da condenação. Após determinado período sem novas condenações, a condenação é “gasta” e, com algumas exceções, o indivíduo não é obrigado a mencionar uma condenação gasta em qualquer contexto, inclusive ao se candidatar a um emprego ou obter seguro, ou em processos civis ou criminais.

O direito belga contempla o cancelamento de registro criminal através da reabilitação denominada de especial baseada simplesmente e automaticamente no decurso do tempo.

Sobrinho explana que:

A legislação belga consagrou o *effacement* ou reabilitação especial por meio do qual é permitido o cancelamento do registro criminal pelo mero transcurso de lapso temporal determinado, independentemente da execução efetiva da pena e do cometimento de novos crimes. Esse instituto permite o cancelamento automático do registro criminal relativo às infrações muito leves, não geradoras de incapacidades ou interdições por mais de 5 (cinco) anos, sem comprovação da execução ou extinção da penal. O prazo para sua aplicação conta da data da condenação e aplica-se a tantas quantas forem as condenações existentes. (2009, p. 194)

Entretanto, a tradição europeia de modo geral baseia o direito a reabilitação como um direito de ressocialização voltado para o condenado. Compartilhando do mesmo entendimento, Sobrinho cita:

Na legislação Europeia, de modo amplo, a reabilitação assumiu a natureza de “direito do condenado ressocializado”, passível de ser reclamado perante o órgão judicial competente. Há legislações em que a prática excepcional de

atos meritórios, com risco da própria vida para atendimento de interesse social, permite a concessão da reabilitação sem necessidade de atendimentos de quaisquer requisitos. (2009, p. 194)

Dessa maneira, a reabilitação é um direito personalíssimo voltado a ressocialização do condenado e deve ser solicitado ao poder público. Transcendentalmente, o direito de reabilitação evoluiu em diversos diplomas legislativos em vários países do mundo. Contudo, focarei apenas nos modelos de reabilitação criminal em Portugal e no Brasil.

1.1. Reabilitação Criminal em Portugal

No tocante ao sistema jurídico português atual, encontramos duas formas de reabilitação, a legal e a judicial. A Lei da Identificação Criminal n° 37/2015, de 5 de maio prevê em seu artigo 11° o cancelamento definitivo (reabilitação legal) e o artigo 12° o cancelamento provisório (reabilitação judicial).

O cancelamento definitivo se dá de maneira automática e cessa a vigência no registro criminal após a extinção da pena nos prazos previstos do art. 11. In verbis:

1 - As decisões inscritas cessam a sua vigência no registo criminal nos seguintes prazos:

a) Decisões que tenham aplicado pena de prisão ou medida de segurança, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos ou superior a 8 anos, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza;

b) Decisões que tenham aplicado pena de multa principal a pessoa singular, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5 anos sobre a extinção da pena e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza;

c) Decisões que tenham aplicado pena de multa a pessoa coletiva ou entidade equiparada, com ressalva dos prazos de cancelamento previstos na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, com respeito aos crimes previstos no capítulo V do

título I do livro II do Código Penal, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena, consoante a multa tenha sido fixada em menos de 600 dias, entre 600 e 900 dias ou em mais de 900 dias, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza;

d) Decisões que tenham aplicado pena de dissolução a pessoa coletiva ou entidade equiparada, decorridos 10 anos sobre o trânsito em julgado;

e) Decisões que tenham aplicado pena substitutiva da pena principal, com ressalva daquelas que respeitem aos crimes previstos no capítulo V do título I do livro II do Código Penal, decorridos 5 anos sobre a extinção da pena e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime de qualquer natureza;

f) Decisões de dispensa de pena ou que apliquem pena de admoestação, decorridos 5 anos sobre o trânsito em julgado ou sobre a execução, respetivamente;

g) Decisões que tenham aplicado pena acessória, após o decurso do prazo para esta fixado na respetiva sentença condenatória ou, tratando-se de pena acessória sem prazo, após a decisão de reabilitação.

2 - Quando a decisão tenha aplicado pena principal e pena acessória, os prazos previstos no número anterior contam-se a partir da extinção da pena de maior duração.

(3 - Tratando-se de decisões que tenham aplicado pena de prisão suspensa na sua execução os prazos previstos na alínea e) do n.º 1 contam-se, uma vez ocorrida a respetiva extinção, do termo do período da suspensão.

4 - Cessam também a sua vigência no registo criminal:

a) As decisões que sejam consequências, complemento ou execução de decisões cuja vigência haja cessado nos termos do n.º 1;

b) As decisões respeitantes a pessoa singular, após o seu falecimento;

c) As decisões respeitantes a pessoa coletiva ou entidade equiparada, após a sua extinção, exceto quando esta tenha resultado de fusão ou cisão, caso em que as decisões passam a integrar o registo criminal das pessoas coletivas ou equiparadas que tiverem resultado da cisão ou em que a fusão se tiver efetivado;

d) As decisões consideradas sem efeito por disposição legal.

5 - A cessação da vigência das decisões não aproveita ao condenado quanto às perdas definitivas que lhe resultarem da condenação, não prejudica os direitos que desta advierem para o ofendido ou para terceiros nem sana, por si só, a nulidade dos atos praticados pelo condenado durante a incapacidade.

6 - As decisões cuja vigência haja cessado são mantidas em ficheiro informático próprio durante um período máximo de 3 anos, o qual apenas pode ser acedido pelos serviços de identificação criminal para efeito de reposição de registo indevidamente cancelado ou retirado, e findo aquele prazo máximo são canceladas de forma irrevogável. (Lei 37/2015 do Diário da República n.º 86/2015, série I de 2015-05-05).

Quanto ao cancelamento provisório, deve ser requerido pelo condenado ao tribunal de execução das penas, podendo este determinar o cancelamento total ou parcial da condenação, desde que já tenha sido extinta a pena aplicada, o interessado tiver bom comportamento e este tenha cumprido com a obrigação de indemnizar o ofendido ou provar a impossibilidade do seu cumprimento, consoante o preceitua o art. 12 da Lei nº 37/2015, de 5 de maio:

Sem prejuízo do disposto na Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro, estando em causa qualquer dos fins a que se destina o certificado requerido nos termos dos n.ºs 5 e 6 do artigo 10.º pode o tribunal de execução das penas determinar o cancelamento, total ou parcial, das decisões que dele deveriam constar, desde que:

- a) Já tenham sido extintas as penas aplicadas;
- b) O interessado se tiver comportado de forma que seja razoável supor encontrar-se readaptado;
- e
- c) O interessado haja cumprido a obrigação de indemnizar o ofendido, justificado a sua extinção por qualquer meio legal ou provado a impossibilidade do seu cumprimento. (Lei 37/2015 do Diário da República n.º 86/2015, série I de 2015-05-05).

Assim, o direito português considerou como sinal de readaptação o lapso temporal, sem a prática de novos crimes, funcionando de forma legal (automática), ou a constatação prévia e pormenorizada da readaptação do condenado (cancelamento provisório).

1.2. Reabilitação Criminal no Brasil

No Brasil, a reabilitação criminal adotada é a judicial e encontra-se amparada legalmente no capítulo VII, art. 93º e segs do Código Penal, in verbis:

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único. [...]

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II – Tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III – Tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

É assegurado o sigilo do registro criminal, ou seja, o processo e a sua condenação, desde que sejam preenchidos cumulativamente os requisitos do prazo de 02 anos após a execução da pena, domicílio no país pelo mesmo prazo, tenha tido bom comportamento durante esse tempo e tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de realizar.

1.3. Reabilitação e o Direito ao Esquecimento

Ante a evolução histórica da reabilitação apresentada é fácil perceber que a natureza jurídica do instituto da reabilitação perfaz autêntico direito subjetivo do condenado.

Paralelamente e com o mesmo fundamento, quando se fala no direito ao esquecimento oponível ao poder público, faz muito sentido que o estado enquanto gestor, determinadas informações que podem causar esse tipo de desconforto ou dano, ele tem um tipo de responsabilidade de autocontenção diferenciado e nessa acepção se fala em direito ao esquecimento há muito tempo como aqui demonstrado. Não é algo tão novo assim. E o instituto da reabilitação criminal é uma forma de direito ao esquecimento. Uma forma de exigir que o poder público não possa usar para sempre informações que ele possui que são verdadeiras, que não são originalmente ilícitos, que podem inclusive ter acentuado o interesse público, mas que com o decurso do tempo

podem ter perdido contemporaneidade e podem se tornar mais nocivos do que benéficos na sua circulação. Então alguém foi condenado por um crime e cumpriu a sua pena, se reinsereu na sociedade tem uma pretensão legítima de que o poder público não seja os agentes de propagação dessa informação passada para todo sempre.

Nessa esteira é o precedente do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO. ABSOLVIÇÃO. PROCESSO PENAL. CANCELAMENTO DE REGISTRO NA FOLHA DE ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O cancelamento dos dados nos terminais de identificação, relativos a inquérito arquivado e a processo penal em que o réu foi absolvido, é pura e legítima consequência da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade. 2. Recurso provido. (RMS 15.634/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 379).

De forma semelhante é a jurisprudência do Tribunal de São Paulo:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE. MATÉRIA PUBLICADA EM SITE JORNALÍSTICO. INTERNET. NOTÍCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DE SUSPEITO DE CRIME. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RESPECTIVO. DIREITO AO ESQUECIMENTO DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA PERMANÊNCIA DA NOTÍCIA. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DOS FATOS PASSADOS. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO MEDIANTE JUÍZO DE PONDERAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE A EXCLUSÃO DA NOTÍCIA IMPUGNADA DE SUA PÁGINA NA INTERNET. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP, APL 00077661720118260650 SP 0007766-17.2011.8.26.0650, Relator. Des. Paulo Alcides, Data de Julgamento: 08/05/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data da publicação 14.05.2014).

O tempo em que nós vivemos impõe algumas reflexões sobre o que é efetivamente ser deixado em paz. Nunca na história da humanidade se experimentou a popularização da internet de banda larga e a difusão das redes sociais. Ser condenado hoje, ou ainda menos, ser investigado ou processado ou ligado de qualquer forma a um crime, significa a possibilidade de carregar pra sempre um verbete com o seu nome, disponível o tempo inteiro de maneira indefinida ao alcance de qualquer um com acesso a internet.

O direito ao esquecimento surge como um reflexo de natureza principiológica da reabilitação criminal, mas que ascende o seu campo para o direito privado, que estabelece o direito de restringir determinada informação para a sociedade, ou seja, um fato verídico e desabonador ocorrido no passado, com o objetivo de permitir que o indivíduo não sofra para além daquilo que essa informação já lhe causou e pode continuar causando se continuar eternamente disponível.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 Conceito

Também conhecido por alguns como direito de ser deixado em paz ou direito de apagamento de dados, não se sabe ao certo quem foi o responsável por cunhar o nome de direito ao esquecimento, mas este já foi efetivamente reconhecido pelo Parlamento Europeu, nomeadamente no art. 17.º da Resolução 679/2016 – RGPD. In verbis:

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:
2. Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
3. (O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a)), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a)) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
4. O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;
5. Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
6. Os dados pessoais têm de ser apagado para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
7. Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

Portanto, o direito do esquecimento consiste por parte do titular da informação em exigir que a entidade responsável pela informação apague os dados que lhe dizem respeito, sempre que a informação não se torne mais necessária para o fim inicialmente desejado, o titular retire o consentimento para o tratamento dos dados, os dados forem tratados de forma ilícita, por uma obrigação decorrente do direito da União

ou de um Estado-Membro e por fim quando essas informações forem obtidas por meio de um contexto de serviços da sociedade.

No Brasil, o direito ao esquecimento foi reconhecido na VI Jornada de direito civil do conselho da justiça federal através do enunciado 531. Que se definiu que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. (Artigo 11 do Código Civil de 2002 da Lei n.º 10.406/2002).

Além do mais, temos dois precedentes que a posteriori será relatado com mais profundidade, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência do direito ao esquecimento, qual seja: REsp 1334.097/RJ, conhecido como caso “Chacina da Candelária” em que o relator entendeu pela aplicação e definiu como um “direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificadamente no tocante a fatos desabonadores”.

Portanto, a conceituação jurisprudencial do STJ acerca do direito ao esquecimento ganhou um contexto bastante peculiar e distinto da visão europeia, compreendido como uma visão voluntarista de um desejo pessoal e demasiado vago.

2.2. Natureza Jurídica

O direito ao esquecimento a qual eu defendo nesta dissertação tem natureza jurídica de direito fundamental, cuja base jurídica é advinda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade.

A ideia de dignidade da pessoa humana está na origem de todos os direitos materialmente fundamentais. O brilhante doutrinador Jorge Miranda define a dignidade da pessoa humana como:

Característica essencial da pessoa – como sujeitos, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um meta-princípio. (2010 p. 934).

O direito da personalidade é o gênero, do qual são espécies: honra, intimidade, imagem, direito de expressão e informação, dentre outros. A nota comum é a dignidade da pessoa humana.

2.3 Direito à privacidade e intimidade

O direito à privacidade consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais e evitando que, sem o consentimento do titular ou por um interesse público, nela se intrometam terceiros.

Segundo Barroso (2004, p.13):

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de *direito de privacidade*. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

Assim, o direito à privacidade é um direito fundamental que permite que seu titular impeça que determinados aspectos de sua vida sejam submetidos, contra a sua vontade, à publicidade e a outras perturbações feitas por terceiros.

O direito à privacidade ou a vida privada engloba, de acordo com a doutrina, o direito à intimidade. Para Alexandre de Moraes e Manoel Gonçalves Filho (2009, p.53):

A intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo de uma pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto privacidade ou vida privada é mais ampla e envolve todos os relacionamentos sociais, inclusive as relações comerciais, de trabalho e de estudo.

A privacidade foi consagrada por Warren e Brandeis (1890, p. 196) que, em artigo intitulado “Right to Privacy”, deram releitura ao “direito de estar só” sustentando que:

Este englobava várias manifestações do modo de ser de um indivíduo, como suas cartas, desenhos,

gestos e conversas, que mereciam proteção mesmo diante dos meios de comunicação social.

Desde então, houve intenso desenvolvimento da proteção da privacidade, trazendo debates sobre o alcance e conteúdo, em especial no momento de globalização e aumento incessante do fluxo de informação entre as pessoas.

Dessa maneira, como o intuito da proteção da privacidade, foi desenvolvido pela doutrina a teoria das esferas ou círculos concêntricos. André de Carvalho Ramos explica que:

De acordo com essa teoria, a privacidade ou vida privada em sentido amplo contempla três círculos concêntricos: a vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e o círculo do segredo. (2014, p. 512)

O círculo da vida privada em sentido estrito consiste no conjunto de relações entre o titular e os demais indivíduos, contendo informações de conteúdo material (por exemplo, sobre a riqueza de alguém) e também sentimentos, porém de caráter superficial e de menos impacto sobre a intimidade, como, por exemplo, as amizades comuns. No círculo da vida privada em sentido estrito são contidos os sigilos de âmbito patrimonial (fiscal, bancário) e de dados das mais diversas ordens (registros telefônicos, dados telemáticos, entre outros).

Já o círculo da intimidade é composto pelo conjunto de manifestações (informações, imagens, gestos, entre outros), só compartilhados com familiares e amigos próximos e, no máximo, com profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse círculo encontra-se a previsão da proibição da intrusão de terceiros no domicílio (inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5, IX da CF/88) e ainda a proteção do acesso indevido e publicitação do conteúdo das comunicações pelos mais diversos meios, gerando o sigilo do conteúdo telemático, epistolar, telefônico e dentre outros.

E por último, no círculo do segredo, há todas as manifestações e preferências íntimas que são componentes confidenciais da personalidade do titular, envolvendo suas opções e sentimentos que, por sua decisão devem ficar a salvo da curiosidade de terceiros.

A teoria das esferas ou círculos concêntricos parte do pressuposto de que a proteção da intimidade depende da conduta do próprio titular, que, a partir de escolhas pessoais, decide o que vai partilhar ou não com o público.

2.4 Direito à Honra e a Imagem

O direito à honra consiste na preservação da reputação de determinada pessoa perante a sociedade (honra objetiva) ou da dignidade e autoestima de cada um (honra subjetiva). A pessoa jurídica possui somente a honra objetiva.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso (2004, pp. 14 e 15) explica que:

De forma geral, a legislação a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo nessa hipótese, não se poderia opor a honra pessoal à verdade. Excepcionalmente, porém, a doutrina admite (e a legislação de alguns países autoriza) que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros, mas detratores da honra individual: é o que se denomina de "segredo da desonra". Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação.

Já o direito à imagem consiste na faculdade de controlar a exposição da própria imagem para terceiros. Esse controle da exposição da imagem veda tanto a divulgação quanto montagem, inclusive diante dos meios de comunicação e abrangendo tanto a pessoa física quanto a jurídica.

Segundo André de Carvalho:

O direito à imagem foi tratado no Supremo Tribunal Federal na análise da exposição de pessoas algemadas, o que constituiria uma "infâmia social", ofendendo o disposto no art. 5º, X. Para a Min. Cármen Lúcia, "(...) as algemas, em prisões que provocam grande estardalhaço e comoção pública, cumprem, hoje, exatamente o papel da infâmia social. (...) A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual

condição, na forma da lei” (HC 89.429, voto da Rel. Min Cármen Lúcia, julgamento em 22-08-2006, Primeira Turma, DJ de 2-2-2007).

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é cabível a indenização no caso de publicação de fotografia não consentida (STF, RE 215.984, Rel. Min Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-06-2002), sendo admitida a cumulação do dano material com dano moral, pois a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento.

O direito à imagem tutela a unidade física do corpo humano ou de quaisquer partes integrante desta, como traço específico pelo qual esta pessoa possa ser identificada.

Barroso (2004, p. 17) relata que:

Note-se, porém, que a circunstância de já ser público o fato divulgado juntamente com a imagem afasta a alegação de ofensa à honra ou à intimidade, mas não interfere com o direito de imagem, que será violado a cada vez que ocorrerem novas divulgações da mesma reprodução.

Dessa maneira, o direito a imagem embora tenha frequentemente violação associada à honra ou direito de privacidade, deste não depende, pois é um direito autônomo.

2.5 Possíveis restrições ao direito à privacidade

O direito à privacidade convive, no texto constitucional e nos tratados de direitos humanos, com o direito à informação e com a liberdade de imprensa. A primeira restrição ao direito à privacidade é oriunda da própria conduta do titular. Caso o titular exponha sua imagem e conduta ao público, não poderá rechaçar a divulgação de sua imagem-retrato incluída no próprio cenário público do qual participa (caso de um comício, de uma manifestação popular, entre outros). Também aqueles que vivem da exploração da imagem (celebridades) ou atuam na vida política, aceitam maior exposição das diversas manifestações de sua conduta, não podendo, depois, invocar o direito à privacidade para impedir a divulgação de fatos considerados desabonadores.

Entretanto, mesmo as figuras públicas possuem o direito à privacidade, em especial no que diz respeito ao círculo da intimidade e do segredo, em ambientes fechados ou reservados. Por isso, viola a intimidade a atitude de fotografar, sem autorização, com teleobjetivas, celebridades em seus lares ou ambientes reservados, sem acesso ao público.

Há maior polêmica a respeito da exposição da prática de atos íntimos de pessoas em espaços públicos. De um lado, há aqueles que defendem que, mesmo em espaços públicos, há a incidência do direito à privacidade, mesmo das pessoas célebres.

Nesse sentido é o entendimento de Walter Rothenburg (2008), que, comentando o caso de conhecida apresentadora brasileira filmada sem seu conhecimento ou anuência em praia pública em cidade espanhola, praticando atos íntimos com seu namorado, afirma que:

“(…) Quem ousa fazer amor na praia ou no mar expõe-se deliberadamente em certa medida e, assim, tem diminuída sua esfera de privacidade, mas dela não abdica completamente. Mesmo que o espaço seja público, não se pode devassar completamente a privacidade das pessoas, que guardam em algum grau a possibilidade de determinação sobre o que querem expor.” (2008, p. 288)

Há dois parâmetros que são úteis para determinar a prevalência da privacidade em casos de exposição de comportamentos em espaços públicos, que é a falta de interesse público das filmagens e fotografias e a falta de autorização para obtenção das imagens que serão, depois, alavancas para maiores vendagens, audiência e lucros de terceiros.

Assim foram os parâmetros utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em um caso célebre da Princesa Caroline de Mônaco, alvo frequente de fotógrafos paparazzi, que, tiraram fotos do cotidiano da princesa em espaços públicos, mencionado na obra de Ramos (2014, p. 514):

A Corte, em face da falta de interesse público legítimo e de autorização da Princesa (dada à finalidade comercial evidente da atividade dos fotógrafos), considerou que houve violação ao direito à privacidade prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em sentido diferente decidiu o Superior Tribunal de Justiça do Brasil (REsp 595.600-SC, Rel. Min Cesar Asfor, julgamento em 18-3-2004) no caso envolvendo foto publicada sem autorização de banhista de topless em praia em Santa Catarina no qual ficou decidido:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp: 595600 SC 2003/0177033-2, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data de Julgamento: 18/03/2004, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 13/09/2004 p. 259).

Os políticos também possuem direito à privacidade limitada, porém não inexistente. Assim, o comportamento íntimo dos agentes públicos merece proteção, salvo se a divulgação for justificável em face interesse público, como, por exemplo, a divulgação de fotos referentes à infidelidade conjugal de político conhecido pelo discurso da defesa da família e da moral para angariar votos.

A segunda limitação diz respeito à preponderância, em um juízo de proporcionalidade, do direito à informação diante do direito à privacidade e a vontade do titular de não expor dados da sua vida em público, mesmo diante de fatos que têm interesse social.

No âmbito do direito comparado, alguns julgamentos ganharam notoriedade. A iniciar pelo celebre caso Melvin vs Reid de 1931, em que uma ex prostituta pleiteia indenização em virtude da exibição de um filme que retratava alguns aspectos da sua vida passada, e que também fora processada e absolvida por um homicídio e por isso desejava guardar sigilo.

Melvin v. Reid, (1931, p. 285 segs):

Alega-se que o nome de solteira da apelante era Gabrielle Darley; que há alguns anos ela era prostituta e foi julgada por assassinato, o julgamento resultou em sua absolvição; que

durante o ano de 1918, e depois de sua absolvição, ela abandonou sua vida de vergonha e se tornou totalmente reabilitada.

A Suprema Corte da Califórnia reconheceu o direito à indenização da ex-prostituta por violação da sua vida privada, devendo desse modo ser esquecida, tendo em conta que os fatos passados não deveriam ser eternamente lembrados.

Saindo do direito norte-americano e adentrando no direito romano-germânico (civil law), temos como mais expoente o caso chamado de “Lebach” julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1973. Leonardo Martins (2005, p.486) explana que o caso:

Tratou-se da edição de documentário por empresa de televisão alemã sobre uma chacina ocorrida em Lebach (foram mortos quatro soldados em um roubo de munição) na iminência da soltura de um dos criminosos. O Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que, em geral, o direito de informação da população em crimes graves prevalece (interesse social), sendo permitida a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso. Porém, um documentário posterior, anos depois, é inadmissível, em face da ameaça à sua reintegração à sociedade (ressocialização), devendo ser protegida sua imagem e intimidade.

Mesmo diante de um legítimo interesse social do caso apresentado o Tribunal entendeu que o direito de privacidade era mais importante, e que a transmissão do documentário violava a reintegração na sociedade, tendo o direito de ser resguardado a sua imagem e intimidade, ou seja, de ser esquecido.

3. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Liberdades comunicativas versus Direito ao Esquecimento

A aplicação do direito ao esquecimento (privacidade, intimidade, imagem e honra) naturalmente se colide com as liberdades comunicativas (direito a informação e liberdade de expressão). Isso acontece por que estamos diante de dois direitos fundamentais tutelados pela Constituição Brasileira no art. 5º, incisos IV e IX e art. 220 e na Constituição da República Portuguesa no art. 26.º, inciso 1 e art. 37.º e 38.º

Sem dúvida, vivemos no epicentro da era da informação. E isso toma uma dimensão ainda maior quando essa informação é propagada no mundo digital. É lógico que a proliferação e a consolidação de uma sociedade de informação e essa marca da internet de popularização da distribuição de conteúdo faz com que esses conflitos se eternizem e faz com que haja de certa forma um arquivo permanentemente acessível de tudo que já se disse.

O mundo se tornou palco da grande protagonista informação. E não precisamos ir muito longe para perceber isso. A exemplo da atual crise existente entre o Governo Norte Americano e a Companhia de telecomunicações Chinesa Huawei, sob suspeita de espionagem, para roubar informações e controlar o mercado comercial. Dessa Maneira, o presidente dos Estados Unidos da América Donald Trump, em ordem diretiva vetou a compra de equipamentos de telecomunicações de empresas estrangeiras como uma forma de atingir a Huawei.

Segundo o site de notícias da UOL (São Paulo, 18/05/2019):

Essa medida foi tomada porque as autoridades norte-americanas suspeitam que a Huawei permita que seus equipamentos sejam usados pelo governo chinês para espionar adversários políticos, como os EUA. Elas acreditam que a empresa e o governo possuem uma conexão que, apesar de nebulosa, é muito próxima.

Para, além disso, temos a divulgação pela The Intercept Brasil de mensagens privadas de cunho ilícito entre o Ex-Juiz e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil Sergio Moro com o procurador do Ministério Público Dallagnol, chefe da operação Lava Jato que foi responsável por condenar o Ex-presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva.

Aponta o site BBC:

Mensagens divulgadas pelo site Intercept Brasil sugerem que o ex-juiz Sérgio Moro, atual ministro da Justiça e Segurança Pública, teria sugerido Dallagnol trocar a ordem de fases da operação, indicado uma testemunha, antecipando ao menos uma decisão judicial e aconselhado o promotor sobre o escopo da acusação. Tanto Moro quanto Dallagnol negam qualquer irregularidade. (Fernanda Odilla, 13/06/2019)

O século XXI é marcado pela era da hiper-informação, a qual o sociólogo Zygmunt Bauman descreve como uma “sociedade espetáculo”, isto porque as informações privadas e íntimas são transmitidas e compartilhadas para o lazer da massa, ocorrendo uma difusão entre o que privado e o que é público. Funciona como uma espécie de teatro que promove sensação e diversão passageira.

Em seu voto, no REsp Nº 1.334.097 – RJ, mais conhecido como caso da Chacina da Candelária, o Ministro relator Felipe Salomão afirma que:

Com boa dose de desesperança, *Bauman* afirma que um dos *danos colaterais* dessa "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", tendo nascido uma inédita *sociedade confessional*, em que espaços antes reservados à exploração de questões de interesses e preocupações comuns são agora utilizados como "depositórios geradores dos segredos mais secretos, aqueles a serem divulgados apenas a Deus ou a seus mensageiros e plenipotenciários terrestres”.

Obviamente o conflito dos direitos fundamentais não é tão recente assim, mas, o direito a privacidade, intimidade, honra e imagem versus a liberdade de expressão, direito de imprensa e o direito informacional ganharam um contexto diferente com a teoria do direito ao esquecimento nessa sociedade líquida.

É possível à aplicação de um direito que chamamos de esquecimento, por pura e simplesmente um fato desagradável que se sucedeu no passado? É exatamente disso que irei tratar.

É incontestável a profunda relação da teoria do direito ao esquecimento com os direitos de personalidade. O que esse trabalho busca compreender e responder são quais hipóteses de aplicação dessa teoria. Pelo menos, 03 correntes se destacam no Brasil e se propõe a responder o questionamento.

A primeira corrente doutrinária é a pró-informação. Afirma que o direito ao esquecimento cria uma grave violação à liberdade de expressão, pois teria o condão de fazer desaparecer as informações sobre determinado indivíduo, o que em outras palavras seria um atentado ao direito de memória de toda a coletividade.

Além do mais essa corrente defende que a liberdade de expressão possui preferência sobre os demais direitos fundamentais.

Em parecer emitido pelo doutrinador Daniel Sarmiento (2015, p. 27) afirma que:

A proteção das liberdades de imprensa e expressão como direitos preferenciais vem encontrando eco na jurisprudência constitucional comparada. (...)

Entretanto, o direito preferencial a qual algumas pessoas defendem, não pode ser reivindicado pelo simples fato de não haver hierarquia entre os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Juiz de Direito Excelentíssimo Sr. José Eduardo Marcondes Machado faz referência no seu trabalho do eminente Ministro do STF, Roberto Barroso explica:

Impossibilidade de hierarquização rígida e abstrata de direitos fundamentais. Isso se deve, em primeiro lugar, à impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais em abstrato e de forma rígida. Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, inexistem hierarquia jurídica ou formal entre normas constitucionais. É certo que alguns autores têm reconhecido a existência de uma hierarquia axiológica ou material, pela qual determinadas normas influenciariam o sentido e alcance de outras, possuindo um maior peso abstrato. No entanto, ainda que se reconheça tal hierarquia axiológica, a Constituição não admite que a lei possa estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um direito

fundamental sobre outro. Nesses casos, a solução de episódios de conflito deverá ser sempre apurada diante do caso concreto e a partir do teste da proporcionalidade.

Aos defensores da liberdade de expressão e ao direito da informação, o direito ao esquecimento seria uma espécie de censura. Contudo, devo concordar com os dizeres do Excelentíssimo Ministro do STJ Felipe Salomão que em evento promovido pelo Instituto UNICEUB de cidadania e o Instituto Palavra Aberta ao iniciar a sua palestra proferiu o seguinte:

“Igualar o direito ao esquecimento à censura judicial é uma cortina de fumaça que não permite perceber o tema com profundidade”. (In: Marcelo Galli, 08/11/2017).

A segunda corrente versa a favor do direito ao esquecimento. Para os seus defensores, uma informação sem cunho histórico e que significa um fato desabonador para determinada pessoa, não pode se perpetuar e ser difundido para sempre na sociedade, cuja razão se busca na proibição de penas perpétuas.

José Eduardo Marcondes Machado explica a base da corrente pró-esquecimento:

Pró-Esquecimento: especialistas que confirmam a existência do direito ao esquecimento e dizem que ele deve preponderar, funcionando sempre como forma de expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade, direitos que prevaleceriam sobre a liberdade de informação envolvendo fatos pretéritos.

Assim como a pró-informação, essa corrente é bastante discutível, visto que engessa uma matéria de cunho líquido.

Os seus defensores se sustentam no celebre caso de Mario González contra Google, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o direito da desindexação de dados em motores de busca.

Por último, mas não menos importante, trata-se da corrente a qual esse trabalho defende, que é a intermediária, baseada na harmonização dos direitos fundamentais em choque, ou seja, essa corrente reconhece o direito ao esquecimento como um desdobramento dos direitos de privacidade, intimidade, honra e imagem e

também a proteção da liberdade de expressão e que deve haver uma ponderação de valores sobre cada direito, de modo que iria prevalecer aquele que obtivesse um maior grau de pesos.

Barroso (2004, p. 35) expõe que:

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

Portanto, o direito fundamental deverá ser harmonizado entre si, a fim de verificar no caso concreto qual norma será privilegiada em detrimento da outra, para gerar o menor impacto possível na restrição de um direito fundamental na sociedade.

3.2. Responsabilidade civil e o direito ao esquecimento

O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por diversos mecanismos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e ainda a interdição da divulgação ou se possível o apagamento da informação (direito ao esquecimento).

A informação e a sua divulgação goza de uma presunção de veracidade relativa, ou seja, é presumível que ela seja verdadeira e legítima. Contudo, caso seja verificado que na iminência da divulgação de determinada informação essa não tenha caráter eminentemente privado e possa causar um dano de difícil reparação, é possível medida cautelar para que o emissor da informação se abstenha de emitir até o trânsito em julgado do processo.

Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido - por

retificação, retratação ou direito de resposta - e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.

Nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência.

Mas no caso da intimidade, se for divulgado que um casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público - não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.

3.3. Aplicação do método da ponderação

A maior parte das Constituições que sucederam um regime de exceção e do processo de constitucionalização dos Direitos Humanos terminou por assegurar uma vasta quantidade de direito fundamentais. Com isso, é inevitável que surjam problemas na aplicação de tais direitos, sobretudo em uma sociedade informacional, cujas relações sociais estão cada dia mais complexas.

Em não poucas oportunidades, surgem conflitos na realização destes direitos, sendo comum a incompatibilidade com outro direito fundamental ou choque com outros valores constitucionalmente assegurados. Nasce destas constatações a problemática da colisão de direitos fundamentais.

Por vezes, esse conflito é apenas uma colisão aparente, quando na verdade, acredita-se de forma equivocada que existe algum direito fundamental sendo desrespeitado. Em outras, os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais interpenetram-se, causando uma colisão autêntica. Tais casos geram perplexidade ao intérprete, pois não são apenas leis que estão em conflitos, mas sim os princípios que amparam tais leis.

Roberto Barroso (2004, p.05) explica ainda que as antigas técnicas para conflito de normas não são possíveis para o choque de direitos fundamentais:

Os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico temporal e especialização - não são aptos, como regra geral, para a solução de colisões entre normas

constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais. (...)

Assim, o intérprete precisa encontrar soluções mais sofisticadas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. E a técnica adotada para solução desses problemas é a técnica da ponderação.

Trata-se de uma técnica para a solução dos casos em que a mera subsunção do fato à norma é insuficiente. Como os direitos humanos fundamentais são normalmente consagrados de forma genérica, tal técnica é frequentemente empregada. Basicamente o operador do direito deverá identificar quais os direitos fundamentais em conflito, examinar os fatos e sua repercussão sobre as normas conflitantes e por fim analisar a repercussão que tais fatos terão sobre tais direitos, atribuindo “pesos” a tais consequências e privilegiando o direito fundamental que estiver sendo mais prejudicado.

Não podemos tratar de ponderação sem mencionar proporcionalidade, que implica a necessidade de o Estado intervir nos direitos fundamentais apenas com medidas necessárias e razoáveis, desprovidas de excessos. Ao aplicar a ponderação o intérprete deve sopesar os direitos em conflito e buscar a solução que preserve ao máximo cada direito fundamental, mesmo que tal decisão privilegie um desses direitos em detrimento do outro.

Não se deve esquecer que os Direitos Humanos fundamentais têm como finalidade a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, no momento da ponderação, o intérprete deverá privilegiar este princípio.

Para que não haja uma completa subjetividade na análise, costuma-se fixar parâmetros para a ponderação. E o doutrinador defensor dessa corrente, Excelentíssimo Roberto Barroso elenca em seu trabalho quais seriam os parâmetros que deveriam ser levados em consideração para análise do julgador (2004, pp. 25 a 27):

- a) Veracidade do facto;
- b) Licitude do meio empregado na obtenção da informação;
- c) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa do objeto da notícia;
- d) Local do facto;
- e) Natureza do facto;
- f) Existência do interesse público na divulgação;

O primeiro parâmetro elencado é o da veracidade dos factos, ou seja, se trata de uma informação verdadeira, distorcida ou claramente falsa com o intuito de prejudicar. Obviamente sempre haverá uma narrativa contada sob diversas perspectivas diferentes. E a verdade que se busca é a subjetiva pautada na boa-fé das investigações, com verossimilhança das alegações e dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. E qualquer divulgação de informação falsa será apurada a responsabilidade do veículo que noticiou essa informação.

Outro requisito de análise deverá ser o modo de obtenção da informação. Se esse foi obtido por meios lícitos ou ilícitos. Barroso (2004, p. 25 e 26) explica que:

O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, *e.g.* uma interceptação telefônica clandestina invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima.

Portanto, a legitimidade da informação é baseada na obtenção da sua fonte. E esse critério é de suma importância na ponderação dos valores.

Além do mais, verificar se o agente que teve a informação divulgada se trata de uma personalidade pública ou privada. Como dito anteriormente, a pessoa pública tem o seu direito a privacidade mais limitado em razão da própria sujeição à exposição do que uma pessoa estritamente privada e por isso pode ter a intensidade diferida do direito à privacidade. Da mesma maneira o local é importante, pois quando estamos diante de um local público como uma praça, nos sujeitamos aos acontecimentos ocorridos nesse local, enquanto que um ambiente totalmente privado tem proteção maior da privacidade.

Temos ainda que verificar a natureza da informação, que nas palavras do Ministro Roberto Barroso (2004, pp.26 e 27):

Há fatos que são notícias, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento)...

Portanto, algumas matérias antes de serem divulgadas já nascem públicas pela sua natureza. O interesse público, quando dá notícia de um facto verdadeiro é presumível. Entretanto, caberá ao lesado pela divulgação da informação demonstrar que existe um direito ao esquecimento excepcional que se sobrepuja ao interesse público contido na liberdade de expressão.

4. ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS

4.1. Caso Google Spain X Mario Corteja González

Em 13 de maio de 2014 o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu uma decisão de impacto e consolidação para o direito ao esquecimento na Europa. Em síntese, trata-se de um pedido de remoção de um link que aparece nas buscas do Google que continha um anúncio de informação ultrapassada sobre uma dívida de uma antiga propriedade que tinha ido a leilão por falta de pagamento. O anúncio além de presente na biblioteca digital do jornal La Vanguardia, também foi publicado em papel no ano de 1998.

Ele argumentou que essa informação era de caráter pessoal e que não existia qualquer relevância ou interesse público. Defendeu ainda que essa informação antiga lhe causou preconceito e dano. Desta forma, solicitou queixa junto da Agencia de Proteção de Dados Espanhola pedindo que o Jornal fosse obrigado a remover as informações. Pelo que esse negou o pedido contra o Jornal La Vanguardia, mas determinou que o Google Espanha removesse os links que davam acesso à antiga informação.

O Google obviamente recorreu e o processo foi parar no Tribunal de Justiça da União Europeia. Os principais argumentos do Google constantes no processo C-131/12 do Tribunal de Justiça, residem nas seguintes questões: “Que a lei europeia não era aplicada em qualquer caso, pois o motor de busca era baseado na Califórnia, nos EUA e, portanto, apenas a Lei estadual da Califórnia ou lei federal dos EUA era aplicável no caso”.

Informaram que o Google não é o controlador do processamento de informações e apenas um controlador poderia ter responsabilidade sob a lei de proteção de dados. Argumentaram ainda que, impor o controle de dados sob responsabilidade do Google, teria um efeito profundamente repugnante dos direitos fundamentais mais notadamente o direito fundamental à liberdade de expressão.

Contudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia definiu que um operador de buscas da internet é inteiramente responsável pelo tratamento de dados pessoais que são inseridas por terceiro em páginas da web e por isso seria tutelado o direito ao apagamento (esquecimento).

Passando ao estudo de caso, observa-se que não há dúvida que existe uma tensão entre o direito de ser esquecido e a liberdade de expressão.

O professor de direito da Universidade de Yale, Robert C. Post (2018, p. 2) explica que a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia confunde privacidade de dados com privacidade dignitária:

With regard to privacy values, EU law, like the laws of many nations, recognizes two distinct forms of privacy. The first is data privacy, which is protected by the fair information practices contained in the Directive. These practices regulate the processing of personal information to ensure (among other things) that such information is used only for the specified purposes for which it has been legally gathered. Data privacy operates according to an instrumental logic, and it seeks to endow persons with “control” over their personal data. Data subjects need not demonstrate harm in order to establish violations of data privacy.

The second form of privacy recognized by EU law is dignitary privacy. Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union protects the dignity of persons by regulating inappropriate communications that threaten to degrade, humiliate, or mortify them. Dignitary privacy follows a normative logic designed to prevent harm to personality caused by the violation of civility rules. There are the same privacy values as those safeguarded by the American tort of public disclosure of private facts. Throughout the world, courts protect dignitary privacy by balancing the harm that a communication may cause to personality against legitimate public interests in the communication. (...).

O que o celebre professor discorre é que não fica claro se decisão do Tribunal pretende tutelar a privacidade de dados ou a privacidade dignitária, pois o que se percebe é que a decisão reconhece a privacidade digna de forma não objetiva, pois a privacidade de dados é incompatível com o discurso público. E, considerando que a privacidade dignitária pode ser conciliada com o discurso público, na medida em que a liberdade de expressão é valorizada porque promove a democracia.

Contudo, a crítica que se faz é que se foi atribuído a privacidade dignitária não haveria necessidade de distinguir links do google dos sites terceirizados.

De toda forma, entendo que no cerne da questão o Tribunal tenha acertado ao determinar a remoção do conteúdo, pois no caso ora ventilado se verificou que se

tratava de uma informação obsoleta e sem nenhum interesse público, sendo casuisticamente ponderado e prevalecido à privacidade dignitária.

4.2. Caso Chacina da Candelária e Caso Aída Curi

Dois casos em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento foram julgados distintamente, devido o seu contexto peculiar, embora tenha linhas de intersecção.

O primeiro caso foi um fato histórico de repercussão internacional, que retrata um caso do assassinato de 09 pessoas entre jovens e crianças em estado de vulnerabilidade social (moradores de rua).

Após iniciar as investigações, foram arrolados no inquérito alguns policiais como denunciados. Com a pressão popular e de organismo internacionais de direitos humanos na solução célere do caso, o Ministério Público ofereceu denúncia em tempo recorde, solicitando a prisão preventiva dos acusados.

E após, quase 03 anos, com uma reviravolta nas investigações criminais foram acusados novos policiais e os que estavam presos preventivamente, foram absolvidos no julgamento.

Um dos homens que foi apontado como coautor da chacina da candelária que ocorreu no Rio de Janeiro em julho de 1993 e foi absolvido por unanimidade recusou um pedido de entrevista da rede globo de televisão, mas mesmo assim o programa linha direta que foi exibido em junho de 2006, o mostrou como um dos envolvidos na chacina.

O autor pleiteou indenização com base no direito ao esquecimento e a rede globo de televisão recorreu ao Superior Tribunal de Justiça sustentando que se limitou a narrar os fatos ocorridos sem ofensa pessoal, mas a 4ª turma concluiu que houve sim violação do direito ao esquecimento e manteve a sentença da justiça de 1º grau que condenou a emissora ao pagamento de uma indenização no valor de 50 mil reais.

A causa de pedir do autor é fundamentada pelas seguintes questões (Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7):

Segundo entende, levou - se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos

diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.

O relator do caso, o Min. Luís Felipe Salomão, disse que o episódio, um fato histórico no país, poderia ter sido contato de forma verdadeira sem que para isso, a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.

Dessa maneira o relator reconhece a existência e a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso em epígrafe, consoante se extrai do REsp Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910 -7):

Assim como é acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também extraído diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando - se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar.

(...) A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.

Quanto ao caso Aída Curi, julgado no mesmo dia pelo Superior Tribunal de Justiça e tratado de maneira diversa. Trata-se de pedido indenizatório por dano material e moral pleiteado pelos irmãos da vítima de um crime midiático ocorrido na década de 50, a qual a mesma foi brutalmente assassinada ao ser arremessada por um prédio no Rio de Janeiro. O fato histórico foi retratado novamente em programa televisivo. Sustentam os autores que a transmissão do programa televisivo do crime histórico, lhe

fizeram lembrar a dor vivenciada no passado. O STJ (Recurso Especial Nº 1.335.153 – RJ/ 2011/0057428-0) compreendeu que os autores não possuíam direito à indenização pelos seguintes fatos:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

No meu entender o argumento é demasiado inconsistente, pois nem sempre o tempo é capaz de apagar determinada lembrança. Basta observamos uma criança com determinado trauma que esta poderá ter seus efeitos prolongados por toda a sua vida.

Além do mais, na decisão o STJ (Recurso Especial Nº 1.335.153 - RJ /2011/0057428-0) informa que era impossível relatar o caso sem falar da própria Aída Curi e que por isso:

(...) não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. Na verdade, os próprios recorrentes afirmam que, durante toda a matéria, o caso Aída Curi foi retratado mediante dramatizações realizadas por atores contratados, tendo havido uma única exposição da imagem real da falecida. Tal circunstância reforça a conclusão de que – diferentemente de uma biografia não autorizada, em que se persegue a vida privada do retratado – o cerne do programa foi mesmo o crime em si, e não a vítima ou sua imagem. (...)

De todo modo, ambos os casos são rodeados de especial relevância. Inicialmente, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no famoso caso

conhecido como “Chacina da Candelária”, em que se reconheceu a existência do direito ao esquecimento e o “Caso Aída Curi”, em que parentes consanguíneos, pleiteiam indenização pela morte retratada em programa televisivo, se insurgiram contra a divulgação de seu nome em textos e reportagens, requerendo direito ao esquecimento. O Supremo Tribunal já reconheceu a repercussão geral do caso e até o término deste trabalho o caso encontra-se pendente de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É verdadeiramente identificado o direito ao esquecimento em diversos países da Europa continental, como uma segmentação do direito fundamental à privacidade. É nesse sentido que se fala na Itália em "*diritti ao oblio*", na Espanha em "*derecho al olvido*" na França em "*Droits d'oubli*" e assim sucessivamente.

Nesses países europeus a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde ao direito a não ser perseguido pelos fatos pretéritos que já não mais coadunam com a identidade atual da pessoa. Cuida-se assim, fundamentalmente de um direito contrário a uma lembrança desagradável de fatos obsoletos, que reflita a pessoa de maneira equivocada, por que não atual, obstaculizando de ser reconhecido pela sociedade como realmente é.

Não se trata aqui de um direito que se propõe a ocultar ou dissimular a verdade, pelo contrário, se busca a verdade atual. Não pretende esse direito extinguir a história, mas sim promover uma história completa que não identifique o ser humano apenas por meio de um estereótipo do passado que não mais corresponde à realidade.

Esse direito consubstanciado na dignidade da pessoa humana se exerce tanto contra o estado como em face de sujeitos privados. Poderá ser exercido, portado, sobre qualquer entidade pública ou privada que tenha a capacidade de difusão de informações acerca da pessoa sobre o espaço público. Aplica-se, portanto, não apenas no âmbito do direito público, mas no campo do direito privado. Um exemplo muito claro é da pessoa transexual, que tendo mudado de sexo, aquela pessoa não deve ser apresentado quer pelo Estado em repartição pública, quer pela mídia privada, em reportagens e entrevistas como alguém que desde a concepção foi homem e se transformou em mulher ou vice-versa. Porque se esse rótulo for constantemente lembrado, mesmo sendo verdadeiro e de notório conhecimento, a sua identificação na sociedade será sempre uma apresentação deturpada, que projetará a sua identidade atual de forma errada, impedindo de ser quem realmente é.

O direito ao esquecimento, portanto, não é um direito que se propõe a deletar os fatos ou de reinventar a história que se passou, mas um direito que busca a contextualização da pessoa humana diante do fato presente, e que o seu passado ruim não seja transformado no seu presente eternamente. Trata-se de um direito que deseja assegurar a liberdade de todo ser humano, de seguir o seu próprio percurso no decorrer da vida sendo reconhecido por toda coletividade como realmente é.

Isso não significa interpretar que o direito ao esquecimento deva ser algo orientado pela simples desejo ou vontade do retratado. É nesse quesito que se encontra o maior entrave de estudo dessa matéria. O direito ao esquecimento observado no Brasil ganhou um significado peculiar e bastante distinto do significado europeu original, especialmente quando o Superior Tribunal de Justiça julgando o caso da "chacina da candelária" em 2013 reconheceu a existência de um direito ao esquecimento que definiu como "um direito de não ser lembrado contra a sua vontade". Compreendido dessa maneira, o direito ao esquecimento torna-se um verdadeiro direito de propriedade sobre acontecimentos pretéritos. A recordação pública sobre os fatos acaba dependendo do mero querer da pessoa envolvida que é totalmente incompatível com a Constituição Federal da República do Brasil que tutela como direitos fundamentais não somente a privacidade, mas a liberdade da informação e o direito de obtenção da informação pela população.

Essa visão do direito ao esquecimento (voluntarista) representa uma violação ao estudo da histórica e especialmente a pesquisa na internet, porque acaba por resultar na possibilidade de qualquer usuário de moldar de acordo com a sua vontade os resultados relativos à busca da sua identificação ou a fatos públicos no qual se envolveu que nos levaria em última análise a uma internet de cada um.

Mas o norte para se evitar esse cenário sombrio, não é impedir o direito ao esquecimento no âmbito privado, mas sim regular de forma criteriosa, observando não para o puro desejo do sujeito retratado, não para aquilo que ele quer ou não quer que vá a público, mas sim para o caso em que revele que aquela projeção do indivíduo no âmbito público, com base em uma condição obsoleta interfira ou comprometa a realização da sua personalidade no momento atual. Isso acontece em hipóteses raras. E uma delas é de programas televisivos de relatos ou encenações de crimes históricos envolvendo pessoas ainda vivas. Frequentes em diversos países do mundo, esses programas desempenham uma função essencial no que diz respeito ao direito informacional. Não se pode cogitar em suprimir a liberdade das emissoras de Televisão de realizarem tais espécies de programas. Em outra análise, não se pode cogitar em suprimir os direitos de personalidade das pessoas ainda vivas envolvidas naqueles crimes.

A recordação pública de tais crimes revive naturalmente perante a sociedade, a condição de criminoso ou de vítima, atribuída aos envolvidos na época dos fatos. Sendo claro que a identificação de determinada pessoa na condição de criminoso

impõe uma peste ao indivíduo, também é certo que a sua rerepresentação na condição de vítima, impõe de forma igual um estereótipo parcial e redutor que não raro expõe a pessoa a sentimentos de vergonha ou embaraço. Não sendo por outra razão, que toda a legislação brasileira mais recente preocupa-se em preservar a identidade de vítimas de crime, especialmente de crimes sexuais. Daí a necessidade de se aplicar tecnicamente o método da ponderação, buscando menor sacrifício possível para ambos os interesses protegidos pela ordem jurídica. Já é possível na doutrina nacional e estrangeira colher diversos critérios ou parâmetros técnicos que devem ser seguidos na análise dessa hipótese. O primeiro critério é o da relevância histórica do fato, segundo qual o intérprete deve se perguntar se o crime retratado constitui crime de efetiva importância histórica, cuja repercussão do seu tempo ou suas consequências para a sociedade justifica sua rerepresentação pública mesmo com o risco de abalo a identidade de pessoas ainda vivas.

O chamado caso "Aida Curia" a exame no STF representa claramente um crime de importância histórica, que não apenas teve vasta divulgação, mas também comoveu toda a sociedade ao seu tempo. A importância histórica, todavia, não é suficiente, para assegurar a legitimidade da reprodução, faz necessário examinar o modo como o crime é reproduzido, o modo como é relatado. Por exemplo, há diversos critérios que desempenham um papel. Por exemplo, o intérprete deve se perguntar se para relatar ou encenar o crime, toda sua dimensão histórica informativa era necessário para identificar a vítima e seus familiares. Se for necessário detalhar aspectos sensíveis do episódio, como a repercussão emocional do crime sobre a vítima ou seus familiares, se era necessário retratar cenas mórbidas, como a imagem de cadáver, retratos do enterro do sepultamento e assim por diante.

Outro critério importante a ser analisado na ponderação é o da personalidade pública ou privada, se o indivíduo possuía fama prévia, segundo a qual se deve verificar se a vítima em questão ou seus familiares possui outras projeções na esfera pública ou ao contrário, se apenas se tornaram famosas devido ao crime em questão.

Também não se pode deixar de analisar em sede do exame do nexo de causalidade, essencial ao juízo de reparação civil que pode ter havido no caso concreto alta exposição. O direito ao esquecimento é sempre examinado em contraponto a possibilidade de alta exposição. Ele não pode ser invocado por que por ato próprio projeta aquele acontecimento sobre a esfera pública. A ordem jurídica tutela o direito a

privacidade, a intimidade e a reserva, mas não protege o direito a uma versão única dos fatos ainda que se trate da versão da própria vítima ou de seus familiares.

O tema em discussão, como pode se vê é repleto de aspectos que penhora a favor da liberdade da informação, ora a favor do direito ao esquecimento. As vozes contrárias ao direito ao esquecimento, muitas vezes argumentam que é necessário atribuir preferência à liberdade de informação, por que sem isso haveria uma imprevisibilidade que impediria a idealização de programas televisivos. O argumento não é tecnicamente melhor. Primeiro porque a falta de previsibilidade absoluta acontece em qualquer hipótese de colisão de direitos fundamentais, não havendo nenhuma razão para que nessa situação específica isso seja obstáculo para aplicação da técnica da ponderação.

Em segundo lugar, ainda que nada disso fosse verdadeiro, o caminho fácil da hierarquização prévia entre os direitos fundamentais não é compatível com nenhum ordenamento jurídico que tutela tanto a liberdade informacional, imprensa e expressão quanto à privacidade como direitos fundamentais. O direito não é uma ciência exata e, portanto, aqui como todos outros campos da justiça, o caminho intermediário é sempre o melhor caminho.

REFERÊNCIAS

Grosso, M.G. (1983). *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*. Barcelona: Bosch.

Manzini, V. (1950). *Diritto penale italiano*. Nuova Edizione, Torino, UTET, vol. III, p. 671.

Melvin v. Reid, 122 Cal. App. 285, 286 (Cal. CT. App. 1931)

Moraes, A de. (2009). *Direito constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, p.43.
In: Ferreira Filho, M. G. Comentários à Constituição brasileira.

Warren, S. D; Brandeis, L.D. (1890). *The right of privacy*. Havard Law Review, n.º 5, pp. 193-220.

Costa Junior, P.J da. (1995). *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Rothenburg, W.C. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direito fundamentais. In: Olliveira Neto, O. de; Lopes, M.E.C (coords) (2008). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 283-319.

Ramos, A.C. (2014). *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.

Martins, L. (Org). (2005). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevidéo: Konrad Adenauer Stiftung. Acedido em 21 de junho de 2019 em https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados na VI jornada de Direito Civil*. Acedido em 28 de junho de 2019 em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>

Miranda, J. (2010). A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 933-949.

Barroso, L.R. (2004). *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan.

Sobrinho, M.S. (2009). *Registro Criminal. Análise e Propostas para sua Estruturação no Processo Penal sob o enfoque Eficiência e do Garantismo*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo – 2009.

Sarmiento, D. (2015). *Parecer. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro.

Post, R.C. (2018). *Data Privacy and dignitary: Google Spain, the right to be forgotten, and the construction of the public sphere*. Duke Law Journal, vol. 67:981.

Menezes, Marco Antônio de. (2002). *A reabilitação criminal no passado e no presente: uma visão histórico-jurídica*. Psic: Revista da Vetor Editora, 98-109. Acedido em 03 de julho de 2019 em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167673142002000100007&lng=pt&tlng=pt.

Tribunal da Justiça de São Paulo. (2014). *Processo APL 0007766-17.2011.8.26.0650 SP 0007766-17.2011.8.26.0650*. Acedido em 28 de agosto de 2017, https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120422391/apelacaoapl77661720118260650-sp-0007766-1720118260650?ref=topic_feed.

Machado, J.E.M. (sem ano). O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade. Acedido em 07 de julho de 2019 em <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc13.pdf?d=636808306388603784>

STF. *ADI nº 4.815 – DF*. Rel. Min. Carmen Lúcia. 10.06.2015. Acedido em 28 de junho de 2019 em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandato de Segurança 15.634/SP. Rel. Min Hamilton Carvalhido. 17/08/2006. Acedido em 07 de julho de 2019 em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9005919/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-15634-sp-2002-0157332-9>

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 00077661720118260650 – SP. Relator. Des. Paulo Alcides. 08/05/2014. Acedido em 07 de julho de 2019 em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120422391/apelacao-apl-77661720118260650-sp-0007766-1720118260650>

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 595600 – SC. Relator: Min Cesar Asfor Rocha. 18/03/2004. Acedido em 07 de julho de 2019 em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19398367/recurso-especial-resp-595600-sc-2003-0177033-2?ref=juris-tabs>

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097 – RJ. Relator. Min. Felipe Salomão. Acedido em 07 de julho de 2019 em <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>