

Direito ao esquecimento

*Fernando França Viana*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1) Introdução

Vivemos em um planeta muito grande que, por conta dos avanços da tecnologia, sobretudo na área da informação, acabou por se tornar muito pequeno. Essa realidade faz com que um morador do local mais isolado do planeta possa ter conhecimento de qualquer fato ocorrido no lugar mais distante. A noção de proximidade deixa de ser “ali de frente” e alcança muito além de onde o “horizonte acaba”.

A internet talvez tenha sido a maior responsável pela “diminuição” do mundo em que vivemos. Trata-se da mais importante ferramenta de aproximação entre os fatos cotidianos e as pessoas. Quando bem usada, também se mostra fundamental para a transferência de conhecimento e um meio de aprendizagem valioso.

Por outro lado, essa facilidade de transmissão de informações expôs de sobremaneira o ser humano. Dados pessoais e interesses que antes se restringiam ao núcleo familiar ou de amigos podem ser colocados na rede e alcançar o mundo. O mero arrependimento posterior é insuficiente para bloquear ou apagar o que já foi veiculado. O direito de ter a postagem esquecida no mundo digital é um desejo cada vez mais comum, mas conquista de poucos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seus artigos 1º e 2º, Direitos Fundamentais que garantem a privacidade e a dignidade da pessoa humana. A má utilização da internet e do seu conteúdo atinge esses direitos e dá início a grandes conflitos.

A constitucionalização do Direito Civil apresenta como grande marco uma preocupação maior com a pessoa humana. Principalmente após a revolução industrial e a Segunda Guerra Mundial, a atenção do operador do direito se aproxima cada vez mais do indivíduo e o reco-

¹ Pós-graduado em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

nhece como sujeito de direitos que exigem maior proteção. Há, portanto, um afastamento da visão patrimonialista do direito.

Contudo, a proteção do indivíduo não se resume aos dispositivos constitucionais acima mencionados. A Lei Maior apresenta outras garantias que também devem ser observadas para a adequada proteção do cidadão. O direito ao meio ambiente, ao trabalho, à informação entre outros. O que mais interessa ao presente estudo é o direito à informação e o de ser informado.

O artigo 220, da Constituição Federal, e seu § 1º, estabelece que não sofrerão qualquer restrição, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, difundidos sob qualquer forma, processo ou veículo.

Realmente, a liberdade de expressão também se mostra como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana. Pensar o contrário significa reduzir o indivíduo a mero espectador de um poder maior, sem qualquer possibilidade de questionamento. Certamente, suprimir esse direito acarreta em uma diminuição do homem que contraria o propósito da sua própria existência.

Todavia, inúmeras perguntas surgem destas proposições. Por exemplo, como conciliar o direito à informação e a proteção da dignidade da pessoa humana? É possível estabelecer uma prevalência entre eles? Será que existe uma única resposta para todas e quaisquer hipóteses?

Este trabalho não tem a pretensão de resolver esse dilema, se é que isso é possível. Por meio deste breve texto apresento o direito ao esquecimento e como essa figura jurídica pode atuar como uma das possibilidades para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais acima mencionados.

De toda sorte, se conseguir apontar apenas um norte para fomentar a reflexão e o debate sobre o tema, considero que minha missão estará cumprida. Ao final, apresento uma conclusão a respeito do que penso, ao menos até agora, ser a melhor solução para a aplicação do direito ao esquecimento às hipóteses concretas.

II) Direito ao esquecimento

1) Fundamento

O instituto tem recebido cada vez mais atenção, sobretudo na atualidade em que a internet aproximou o mundo e permitiu o

compartilhamento de dados e informações de forma instantânea. Com isso, um fato praticado por alguém, ainda que em uma esfera privada, pode ser “lançado” na rede mundial de computadores e alcançar um número incalculável de pessoas.

E, quando isso acontece, esse fato se torna público e, praticamente, impossível de ser apagado. Conseguir apagar uma postagem é uma conquista de poucos. A internet é uma ferramenta de pesquisa e de informação fantástica quando bem utilizada. Contudo, como veremos, também pode servir como instrumento para atingir diversos direitos à personalidade das pessoas.

Trata-se de uma preocupação moderna. Nem sempre foi assim. Em um período anterior à era digital, a tendência era que os fatos fossem esquecidos com o passar do tempo. Afinal, o registro dos acontecimentos, quando feito, se limitava a papeis, fotografias, reportagens entre outros meios “palpáveis”. Em regra, os fatos permaneciam vivos em um determinado meio social e, aos poucos, eram esquecidos.

Isso mudou radicalmente com a era digital, sobretudo com a internet e com a preservação cada vez mais necessária do direito à informação e da liberdade de imprensa.

A meu ver, a origem do conceito do direito ao esquecimento remonta ao direito ao segredo e à vida privada/intimidade.

Nas palavras de Capelo de Souza:

É que, a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física mas também mora, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reaviação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (right to be alone), pensar-se a si mesmo avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esferas essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela e

instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem.²

Nos Estados Unidos da América, a tutela da vida privada recebeu, originalmente, o nome de “right of privacy”. Segundo Elimar Szaniawski, a controvérsia foi levada à Suprema Corte americana por meio de um trabalho doutrinário desenvolvido por Warren e Brandies. O autor afirma que Samuel Warren teve sua vida vitimada pela imprensa, que publicava artigos abordando sua vida pessoal e social de seus familiares. Após um estudo de decisões da jurisprudência, os referidos estudiosos propuseram a criação de um novo direito, o “direito de deixar ficar em paz”.

Em 1965, a Corte Suprema entendeu que o “right of privacy” estava implicitamente reconhecida pela Constituição daquele país.

O autor adverte que nos Estados Unidos da América o direito à informação, principalmente em relação às pessoas públicas, como artistas e esportistas, serve como limitador do direito à privacidade. Isso porque, naquele país, a liberdade de informação tem um peso maior quando atinge a figura do “homem público”.³

Na França, a tutela da intimidade e da vida privada tem origem na proteção da propriedade. Entendia-se que, uma vez protegida a propriedade, também estar-se-ia garantida a intimidade, tendo em vista que era o local em que se desenvolvia a vida privada. Elimar Szaniawski ensina que a ideia de vida privada foi introduzida na França em 1944 pela “Ordonnance”, que introduziu na Lei de Imprensa de 1881 disposição relacionada à verdade de fatos difamatórios quando passíveis de comprovação, salvo nas hipóteses em que a imputação fosse concernente à vida privada das pessoas.

A partir de 1965, as decisões dos tribunais franceses também começaram a resguardar a vida privada de pessoas públicas. Por conseguinte, a jurisprudência daquele país estabeleceu os “limites que separam o direito ao respeito à vida privada dos indivíduos, frente ao direito do público à informação e a liberdade de imprensa”.⁴

² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 317.

³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 153-155.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-162.

Já na Itália, a proteção à vida privada ganhou a atenção do legislador e da jurisprudência após a Segunda Guerra Mundial. Isso porque, após o término do conflito, surgiram livros, publicações e filmes que relatavam a vida de pessoas que tiveram algum envolvimento com fatos ou pessoas importantes da guerra.

A doutrina cita o caso da família Pettacci. A sra. Clara (Claretta) Pettacci é conhecida por ter sido amante do ditador facista Benedito Mussolini. Os dois foram fuzilados em abril de 1945 e os corpos levados a Milão e colocados de cabeça para baixo, onde uma multidão de pessoas descarregava sua raiva sobre os corpos. A vida privada da família Pettacci foi alvo de ataques, especulações e de muita exposição.

Em 1953, o Tribunal de Milão reconheceu que a publicação denominada “Il Grande Amore”, que descrevia a relação amorosa entre Claretta Pettacci e Benedito Mussolini, lesava a intimidade da família e determinou que o editor suspendesse a divulgação da obra.

Em que pese este exemplo histórico, a doutrina e a jurisprudência italianas ainda se apresentam divididas em relação ao conflito entre este direito ao resguardo da vida íntima e o direito à informação.

Na Alemanha, o direito à intimidade e à vida privada encontra seu fundamento na teoria das esferas de Hubmann. Segundo Elimar Szaniawski, o autor alemão classifica “o direito geral da personalidade em três círculos concêntricos dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana”.⁵

O primeiro círculo foi denominado como “esfera íntima” e consiste no âmbito da vida em que o titular do direito se mantém em total segredo diante da coletividade. O referido autor adverte, apenas, que aquele que concorda em expor as particularidades da sua esfera íntima não pode, posteriormente, invocar a proteção dedicada a esta informação.

A chamada “esfera secreta” é o segundo círculo e é mais ampla do que o primeiro. Isso porque, admite-se que determinados segredos sejam de conhecimento de pessoas que fazem parte do cotidiano do titular do direito da personalidade.

Por fim, o último círculo é aquele denominado “esfera privada”. Nesta, um número maior de pessoas conhece a privacidade do indivíduo. Apenas a coletividade que não tem qualquer relação com o titular do direito da personalidade fica de fora.

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 176.

Com efeito, deve ser feita a análise do fato concreto e a sua classificação entre as esferas acima mencionadas para admitir a sua divulgação.

Por fim, no Brasil, o resguardo à vida privada e à intimidade alcançou o patamar de direito e garantia fundamental por meio da Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, inciso X, da Lei Maior, dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Até esse momento, o Brasil viveu sob o controle de um Estado não democrático em que a violação à intimidade e à vida privada, sobretudo quando praticada pelo Estado, era justificada pela necessidade de segurança.

Felizmente, a Carta Magna elevou o Brasil a um estado democrático de direito em que se busca uma ponderação entre o direito à intimidade e à privacidade e o direito à informação e à segurança.

O artigo 20 do Código Civil também autoriza a proibição de “divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição, ou a utilização da imagem de uma pessoa”, salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Portanto, o fundamento do direito ao esquecimento está relacionado à proteção da intimidade e da privacidade do titular do direito. É importante destacar que se trata de uma figura própria e com finalidade específica.

2) Conceito

O exemplo histórico mais citado pela doutrina, que deu origem às reflexões a respeito do direito ao esquecimento, é conhecido como “Caso Lebach – (Soldatenmord von Lebach)”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os fatos ocorreram em 1969, em um vilarejo a oeste da Alemanha chamado Lebach. Naquela localidade, quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram assassinados e um quinto ficou gravemente ferido. Foram roubadas armas e munição. Após o processo, dois réus foram condenados à prisão perpétua e um terceiro a seis anos de reclusão.

Este último cumpriu toda a pena e tomou conhecimento que uma rede de televisão tinha produzido um documentário a respeito do caso que seria exibido pouco antes da sua soltura. No documentário seriam apresentados os nomes e as fotografias dos acusados, bem como uma

reconstituição dos fatos. Este réu promoveu uma medida judicial inibitória para impedir a exibição do programa. Argumentava que a transmissão dificultaria seu processo de ressocialização e que já tinha cumprido a pena imposta pelo sistema.

A medida não foi acolhida nas instâncias ordinárias, razão pela qual foi apresentada uma reclamação para o Tribunal Constitucional Alemão. O fundamento do pedido era a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na constituição alemã. O Tribunal decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o programa por entender que, naquela hipótese, a proteção ao direito da personalidade deveria prevalecer sobre a liberdade de informação. A corte sustentou que o crime já estava solucionado, os culpados julgados e condenados, de sorte que, dado o decurso do tempo, não haveria mais interesse social em recordar aqueles fatos, sobretudo diante da necessidade de reincidir o acusado na sociedade.

A ementa da decisão está disponível em <http://constitucional1.blogspot.com.br/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html>.

Em verdade, o tema não é novo e já é objeto de estudos e controvérsias na Europa e nos Estados Unidos da América. O direito ao esquecimento também é conhecido como “direito de ser deixado em paz”. Em inglês, a expressão mais usada é “the right to be alone”.

Percebe-se que o tema vem ganhando cada vez mais relevância dado o avanço dos meios tecnológicos de informação. Atualmente, um fato ocorrido no passado dificilmente consegue ser esquecido, “apagado”, sobretudo se verdadeiro e de relevância social.

Anderson Schreiber assevera que:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.⁶

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

Por conta desse excesso de informação e exposição, a doutrina tem voltado os olhos para o tema.

Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder definem o direito ao esquecimento como o direito à autodeterminação informativa, que confere ao titular o controle sobre suas informações e dados.⁷

Nelson Rosenthal afirma que é o direito de não ser lembrado eternamente por um equívoco do passado ou por situações constrangedoras, bem como de impedir que determinado assunto seja reavivado por membros da sociedade.⁸

Anderson Schreiber ensina que o direito ao esquecimento assegura a possibilidade de se discutir o uso, o modo e a finalidade de fatos pretéritos.⁹

Para Viviane Nóbrega Maldonado, o direito ao esquecimento pode ser “entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo”.¹⁰

É importante destacar que o direito ao esquecimento não está relacionado a um meio para apagar o passado. Na realidade, a ideia central é preservá-lo para impedir que seja utilizado de forma leviana e prejudicial à pessoa.

Em um primeiro momento, o instituto foi abordado na área criminal. Seu principal objetivo era proteger os dados daqueles que figuraram como réus em ações penais, sobretudo aqueles que foram absolvidos. Conforme acima mencionado, os avanços dos meios de comunicação e pesquisa na internet fizeram com que essas informações continuassem disponíveis na “rede”, podendo ser acessadas por qualquer um.

Contudo, assim como ocorreu no “caso Lebach”, a disposição dessas informações sem qualquer limite pode prejudicar a ressocialização do culpado e a continuidade da vida daquele que foi declarado inocente.

A nosso ver, o direito ao esquecimento é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ain-

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 287.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 196.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174.

¹⁰ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século, 2017. p. 97.

da que verdadeiros, não sejam expostos ao público indefinidamente, tendo em vista a possibilidade de provocar danos ou transtornos.

Evidentemente, o tema/instituto não está isento de críticas. Daniel Sarmiento, em artigo publicado na revista *Alphadog*, assevera que “ao menos em relação a fatos que envolvam interesse público - o que inclui aqueles ligados ao conhecimento do nosso passado e da nossa história -, o direito ao esquecimento não deve ser reconhecido. Isso porque, nessa hipótese, a imposição do esquecimento não se compatibiliza com a proteção constitucional conferida à liberdade de expressão e ao direito fundamental de acesso a informação”.

O autor esclarece que a Constituição Federal assegura a proteção à liberdade de expressão e de informação e compara o direito ao esquecimento com uma forma de censura. Reconhece que as pessoas desejam esquecer os seus erros, mas adverte que erigir esse desejo à condição de direito significa impedir o conhecimento da história e a preservação da memória coletiva.

O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, em notícia veiculada pelo <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/07/19/para-janot-direito-ao-esquecimento-fere-livre-expressao.htm>, se manifestou contrário ao reconhecimento do direito ao esquecimento.

Trata-se de um recurso interposto em ação de indenização movida pela família de Aída Curi contra a TV Globo. Veiculado pela emissora no programa “Linha Direta” como o caso Aída, a reportagem conta a história da morte de Aída Curi ocorrida em julho de 1958. Segundo as investigações, dois rapazes, ajudados pelo porteiro do prédio onde a vítima morava, abusaram sexualmente da sra. Aída Curi e depois jogaram o corpo do 12º andar com a intenção de simular um suicídio.

Um dos acusados foi condenado a pena de oito anos e nove meses, e o outro, menor de idade, foi encaminhado à instituição para menores competente na época. O pedido foi julgado improcedente nas instâncias ordinárias e agora aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o Procurador-Geral, o direito ao esquecimento não foi ainda reconhecido no âmbito civil e não há como reconhecer a indenização pela lembrança de fatos pretéritos. Também destaca que a Constituição Federal proíbe a censura ou licença prévia nos meios de comunicação. Conclui o procurador que:

Com essas considerações, não se pretende negar a existência do direito ao esquecimento nem

apontar sua incompatibilidade com a Constituição. Pretende-se apenas apontar que o reconhecimento de um suposto direito a esquecimento, tanto no âmbito penal como no civil, não encontra na jurisprudência nem na doutrina parâmetros seguros de definição, sem atuação do legislador.

3) Natureza jurídica

A despeito da controvérsia, entendo que o direito ao esquecimento deve ser classificado como uma figura dos direitos da personalidade. É importante destacar que o tema ainda não é muito explorado pela doutrina, de sorte que é difícil apontar uma posição predominante, muito embora grande parte dos autores venha se inclinando para esse entendimento.

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, em artigo intitulado “O direito ao esquecimento na internet e o Superior Tribunal de Justiça”, in *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 335-355, assevera que o direito ao esquecimento há de ser interpretado como um direito da personalidade decorrente dessa reinvenção da privacidade. Onde ser o direito ao esquecimento lido num conceito unívoco, evolutivo e de indeterminação semântica de privacidade, pela conjugação do âmbito de proteção do inciso III, do art. 1º (dignidade humana) e do inciso X (vida privada, intimidade, honra, imagem) do art. 5º da CF/88. Argumenta que ser reconhecido tal direito com a inteligência do art. 5º, § 2º, da CF/88, como direito fundamental não expressamente previsto.

Trata-se de uma “concepção negativa” do direito da personalidade, uma vez que garante ao titular a possibilidade de exigir de toda e qualquer pessoa respeito à sua memória, à sua honra e à sua privacidade.

O direito ao esquecimento também deve ser reconhecido como um instrumento para atingir esta dignidade humana, sobretudo por conta da necessidade de preservação da vida privada, da honra e da imagem do titular.

Em março de 2013, foi aprovado pela VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o Enunciado 531 com a seguinte redação: “A tutela da dignidade humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.”

A justificativa exposta na aprovação do referido Enunciado foi:

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

Com efeito, não há como dissociar o direito ao esquecimento dos direitos da personalidade e da garantia à dignidade humana.

De fato, não há lei ou dispositivo constitucional que regulamente o direito ao esquecimento.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É a hipótese em debate. Conforme já explicitado, o direito ao esquecimento remonta ao direito à intimidade e à vida privada. Por conseguinte, garante ao titular a liberdade de dispor sobre quais dados e fatos da sua vida particular gostaria que não viessem a público.

O Código Civil também não faz menção expressa ao direito ao esquecimento. Contudo, o referido Diploma Legal protege o nome, a honra e a privacidade, todos no capítulo dos direitos da personalidade.

Portanto, com todo o respeito a entendimentos em sentido contrário, não há como deixar de identificar o direito ao esquecimento como um dos direitos da personalidade.

4) Liberdade de informação e liberdade de imprensa

Uma sociedade democrática tem como uns dos seus pilares o direito à informação e à liberdade de imprensa. A importância destes institutos pode ser compreendida pelos dispositivos constitucionais que os asseguram de forma direta e indireta.

Os incisos IV, IX e XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, garantem a livre manifestação do pensamento; a liberdade de expressão de

atividade intelectual, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e o acesso à informação.

O artigo 220, da Lei Maior, estabelece que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

E o § 1º, do artigo 220, acima mencionado, assegura que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

As normas constitucionais buscam garantir ao cidadão o direito de ter uma opinião formada sobre qualquer assunto e de manifestar esta opinião livremente.

O direito à informação também tem como característica o direito de ser informado. Cláudio Luiz Bueno de Godoy ensina que este direito de informação e de ser informado foi, em um primeiro momento, concebido como um direito individual que encontrava fundamento na liberdade de manifestação e expressão.¹¹

Contudo, a era moderna e os inúmeros veículos de comunicação com condições de transmitir informações ampliaram essa visão que passou a ter uma conotação coletiva.

É importante destacar que essa visão coletiva não afasta o direito individual de cada cidadão em expressar o livre pensamento.

O direito ao esquecimento, conforme acima conceituado, é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ainda que verdadeiros, não sejam expostos ao público, tendo em vista a possibilidade de provocar danos ou transtornos. É intuitivo constatar que, no caso concreto, o direito ao esquecimento entra em rota de colisão direta com o direito à informação.

Diretamente ligada ao direito à informação é possível identificar a liberdade de imprensa. De fato, a imprensa revela-se como o instrumento para exercer o direito de informar e de ser informado.

De proêmio, é importante destacar que a imprensa não se limita aos jornais de papeis. Nos dias atuais, o conceito deve ser ampliado para atingir todos os meios de comunicação, sobretudo as técnicas de transmissão de dados que se valem de internet.

¹¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

Por conta desta amplitude de instrumentos para informar e ser informado, José Afonso da Silva, valendo-se da expressão adotada no artigo 220, § 1º, da Constituição Federal, entende que a denominação mais adequada é a “liberdade de informação jornalística”.¹²

Em verdade, uma imprensa livre é um dos pilares de uma sociedade democrática. Nos tempos atuais, a importância deste instituto se reflete pelas garantias expostas na Carta Magna nos já mencionados artigo 5º, inciso IX e artigo 220, § 1º que garante a liberdade de expressão e de comunicação independentemente de censura ou licença, bem como a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

A imprensa que não é livre para expor fatos e expressar opiniões se transforma em um veículo de informação direcionada e veiculada a determinados grupos. A consequência é uma sociedade incapaz de questionar e de se desenvolver com dignidade. Como exemplo histórico do perigo de se limitar a liberdade de imprensa basta voltar à Alemanha pouco antes da Segunda Guerra Mundial. Assim que assumiu o cargo de chanceler, Hitler passou a perseguir opositores o que, certamente, o auxiliou na formação do estado nazista que, ao final, conduziu o mundo para o maior conflito bélico já registrado.

Como princípios da liberdade de imprensa, José Afonso da Silva ensina, em síntese, que: a) a liberdade de comunicação não pode, observado o disposto na Lei Maior, sofrer qualquer restrição, independente do processo ou veículo pelo qual se exprime; b) nenhuma lei contera disposição que possa constituir embaraço à liberdade de informação jornalística; c) é proibida a censura de natureza política, ideológica e artística; d) independe de licença de autoridade a publicação de veículo de comunicação; e) os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.¹³

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em respeito a este entendimento e ao disposto na Constituição Federal, reiteradamente garante a liberdade da imprensa e da informação, sem prejuízo da análise de eventuais abusos e suas consequências.

A título de exemplo, permito-me citar apenas duas decisões entre tantas outras encontradas por meio de simples pesquisa realizada junto

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 246.

ao site do Tribunal de Justiça, até mesmo para não tornar este trabalho cansativo.

Por força de matéria veiculada em um blog de jornalista, o interessado moveu ação de indenização contra o autor e contra o veículo de imprensa responsável. Sustenta que o artigo o trata de forma injuriosa e caluniosa, rebaixando sua vida pública, de modo a constituir ato ilícito passível de indenização por danos morais, pois foram ultrapassados os limites impostos pela boa-fé e bons costumes.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça manteve a sentença. O V. Acórdão tem a seguinte ementa:

Liberdade de informação – Matéria jornalística que expõe fatos e veicula opinião em tom de crítica – Ausência de ilicitude no comportamento do profissional de imprensa – Inocorrência de abuso da liberdade de manifestação do pensamento – Caracterização, na espécie, do regular exercício do direito de informação – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido (TJSP – Apel no 0008251-57.2012.8.26.011 – 5ª Câmara. Dir. Priv. – rel. Des. Moreira Viegas – j. 08.03.2017).

A decisão reforça a liberdade de imprensa e de pensamento do autor do blog, sem prejuízo de ter analisado o alegado abuso.

Em outro julgamento em que o interessado alegou o abuso do direito de informar e pretende o reconhecimento do seu direito de resposta. Contudo, a turma julgadora entendeu, de forma correta, que a matéria se limitou a informar uma investigação em curso.

Essa foi a ementa do julgado:

Direito de resposta – Publicação de matéria jornalística a respeito de suposto esquema de corrupção e tráfico de influência no âmbito das entidades de previdência complementar, com referência ao envolvimento do autor (membro do Conselho Nacional de Previdência Complementar e vice-presidente da ANAPAR – Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão) – Notícia que teve por base informações acerca de investigações em curso oriundas da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Fundos de Pensão – Liberdade de

imprensa assegurada pela Constituição Federal – Caráter informativo da notícia – “*Animus narrandi*” – Empresa jornalística que não extrapolou aos limites do direito de informar – Segura prova a demonstrar a regularidade da divulgação – Ausência da prática de ato ofensivo na veiculação da matéria a afastar a pretensão do direito de resposta – Sentença mantida – Recurso não provido.

O direito ao esquecimento mostra-se como um elemento limitador da liberdade de imprensa. Isso porque o titular poderá invocar o seu direito de ser esquecido em determinadas circunstâncias como forma de garantir a sua própria dignidade.

O grande problema nessa matéria se revela no momento do confronto entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

5) Conflito entre o direito ao esquecimento, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa

De prêmio, observo que o direito ao esquecimento não se aplica às hipóteses em que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são utilizadas para a publicação de fatos inverídicos. Quando isso acontece, o lesado pode se valer dos meios processuais próprios para que cesse a publicação do fato falso, sem prejuízo de eventual reparação pecuniária.

Por identidade de razões, o direito ao esquecimento não pode ser utilizado como fundamento para impedir eventual abuso no direito de informar. É importante destacar que a imprensa é composta de seres humanos e, portanto, falíveis. Logo, a garantia da sua liberdade pode ser utilizada, infelizmente, por pessoas com a intenção apenas de prejudicar e perseguir terceiros.

Nas palavras de Ênio Santarelli Zuliani: “a liberdade, que é um poder a ser exercido com critério, com lealdade e boa-fé, passa a ser um perigo quando confiada a imprudentes, a maliciosos e mal-intencionados, servindo de caminho curto para a prepotência, para a lesão de direitos, causa de danos gravíssimos, alguns irreparáveis.”¹⁴

Logo, o direito ao esquecimento não pode ser utilizado pelo mau exercício da liberdade de imprensa.

¹⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 433.

Todavia, como conciliar o direito ao esquecimento com a liberdade de informação e a liberdade de imprensa? Será que alguém é obrigado a conviver com a repercussão de um erro do passado que sempre lhe provocou diversos problemas e transtornos sociais? Seria admissível a proibição da publicação e, por conseguinte, uma limitação no direito de informar e ser informado? São questões difíceis de serem respondidas que levantam debates e controvérsias.

De início, é importante destacar que, conforme já visto, o direito à honra, à vida privada e à intimidade, assim como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa têm proteção na própria Constituição Federal.

O caso concreto pode colocar em rota de colisão esses direitos. Por conseguinte, a solução desse conflito não pode se valer das regras tradicionais para resolver as antinomias jurídicas. É certo que a análise pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade mostra-se insuficiente. Até porque, este método apresenta uma lógica de “tudo ou nada”.

Desse modo, por essa lógica, aquele direito que “sucumbir” após a colisão fica afastado do sistema jurídico, o que não se pode admitir quando se fala em princípios assegurados pela Constituição Federal.

Com efeito, a meu ver, nas hipóteses de conflitos de princípios a melhor solução encontra-se no exercício de uma ponderação entre estes com base no caso concreto.

Ronald Dworkin, citado por Virgílio Afonso da Silva, em artigo publicado na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003, ensina que, no caso de colisão de princípios, não se indaga a respeito da validade de cada princípio, mas somente de peso.

A regra da proporcionalidade é aquela mais adequada para ilustrar, na prática, esta fórmula de sopesamento entre os princípios constitucionais colidentes.

A doutrina divide a regra da proporcionalidade em três sub-regras: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Para Virgílio Afonso da Silva a ordem de aplicação destas sub-regras deve ser respeitada, tendo em vista que “relacionam-se de forma subsidiária entre si”. Segundo o autor, o jurista somente deve analisar a necessidade se o problema/conflito de princípios não tiver sido solucionado pela adequação. Do mesmo modo, a proporcionalidade em sentido estrito será adotada na hipótese do conflito não ter sido resolvido pela adequação e pela proporcionalidade.

Superada essa ideia inicial, passa-se à análise de cada sub-regra.

O meio será considerado adequado se for apto a alcançar um resultado e a fomentar um objetivo, ainda que não alcançado. Virgílio Afonso da Silva ensina: “Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.”¹⁵

No tocante à necessidade, Fernanda Nunes Barbosa assevera que “pelo teste da necessidade, tem-se que ‘um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite em menor medida, o direito fundamental atingido’”.

Para Virgílio Afonso da Silva, o exame da necessidade é uma análise comparativa, ao passo que a adequação é um exame absoluto.

Por fim, não sendo possível solucionar o impasse do conflito entre os direitos fundamentais - direito à intimidade e à honra e a liberdade de imprensa (liberdade de expressão) por exemplo - passa-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio desta sub-regra, mais uma vez nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, faz-se um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.¹⁶

Fernanda Nunes Barbosa cita, como exemplo, a análise do conflito existente entre o direito à intimidade e a liberdade de expressão nas hipóteses das biografias não autorizadas. Segundo a autora, “deve ser questionado se a proteção da privacidade e dos demais direito da personalidade do biografado justificaria a limitação à liberdade de expressão e, mais especificamente, a restrição do gênero biografia”.¹⁷

Para fins de solução destes conflitos entre os direitos fundamentais por meio da aplicação do direito ao esquecimento, também se mostra necessária uma análise do interesse público da informação, sobretudo por conta do decurso do tempo.

Deve-se questionar se o fato constrangedor a ser divulgado tem alguma relevância social para justificar a violação do direito à intimidade e/ou da honra do envolvido.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.

¹⁶ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* – critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016. p. 206.

¹⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* – critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016. p. 207.

Portanto, sempre que o caso concreto exigir a análise do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, o jurista deve-se valer da regra da proporcionalidade acrescida da verificação do interesse público e social à informação.

III) Conclusão

Ao longo desta breve exposição, constata-se que não há como afastar o direito ao esquecimento do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são aqueles inatos ao homem, inerentes à sua condição humana com a finalidade de garantir seu adequado desenvolvimento com dignidade. São direitos absolutos, extrapatrimoniais, intrasmisíveis, imprescritíveis e indisponíveis.

O Código Civil dedicou um capítulo aos direitos da personalidade. Trata-se de uma inovação que mereceu elogios da doutrina, muito embora também seja unânime a opinião de que a abordagem foi tímida.

Por meio desta nova disciplina busca-se proteger elementos da personalidade que já tinham uma proteção geral na Constituição Federal. Por essa razão, o Código Civil protege expressamente o nome, a imagem e a honra do indivíduo.

O problema é que, na condição de humanos, por muitas vezes ao longo da vida, fazemos coisas das quais nos arrependemos. Vivemos na era digital e da informação de massa, de sorte que esses atos constrangedores tendem a permanecer à disposição de todos por tempo indeterminado.

Tentei expor o grande problema da proteção dos direitos da personalidade na atual realidade virtual. A internet e a ampliação dos meios de comunicação expôs o indivíduo ao mundo, sobretudo por conta do alcance que estes instrumentos oferecem.

O direito ao esquecimento surge como importante figura para fundamentar a pretensão de ver esse ato constrangedor suprimido dos meios de comunicação e informação.

É importante destacar que o direito ao esquecimento não pode ser adotado como fundamento para cessar uma agressão pelo mau jornalismo.

O direito ao esquecimento é o direito de alguém em não permitir que fatos ocorridos em algum momento da sua vida, ainda que verdadeiros, não sejam expostos ao público, tendo em vista a possibilidade concreta de ofensa à sua dignidade.

Trata-se de uma figura autônoma dentro do direito geral da personalidade.

Não se trata de um tema novo, especialmente quando analisado o direito comparado. Contudo, no Brasil ainda há muita controvérsia até mesmo a respeito da existência do instituto.

De fato, ao menos até o momento, parece-me que há uma tendência em conduzir o debate a respeito do direito ao esquecimento pelo caminho perigoso do tudo ou nada. Explico.

Por ora, discute-se se existe ou não o direito ao esquecimento.

Com todo o respeito aos entendimentos em sentido contrário, não há como negar a existência dessa figura jurídica. Ressalto que o direito ao esquecimento não busca apagar os registros da história e tão pouco a memória sobre fatos ocorridos.

O debate deve reconhecer que essa etapa inicial já está superada. A controvérsia deve seguir para o caminho da forma de aplicação do instituto.

Não acredito que deva existir uma regulamentação sobre o tema, tendo em vista que não há como delimitar todas as situações em que o direito ao esquecimento deve ser aplicado.

Por essa razão, foi exposta neste trabalho uma das formas de solução do conflito entre os diversos direitos da personalidade e o direito à informação, tendo como fundamento o direito ao esquecimento.

Talvez alguma alteração legislativa prevendo o direito ao esquecimento fosse bem-vinda, até mesmo para superar de uma vez por todas as resistências daqueles que negam a sua aplicação. Uma cláusula geral talvez fosse mais adequada para permitir ao juiz maior liberdade para sua aplicação ao caso concreto.

É evidente que esta solução deve ser objeto de muita reflexão, especialmente porque atingirá outros direitos fundamentais, como o direito à informação e a liberdade de imprensa.

De toda sorte, não tenho a pretensão de apresentar uma solução para a controvérsia que está apenas começando. Busco apenas fomentar a discussão.

Por ter certeza de que não sou dono da verdade, tenho a humildade de continuar estudando o tema e admito, no futuro, reconhecer equívocos e adotar posicionamentos diversos.

Enfim, o tema é fascinante e pouco explorado na doutrina brasileira. Espero, apenas, ter contribuído de alguma forma para a evolução da matéria, com uma proposta de reflexão para o aperfeiçoamento do direito ao esquecimento.

IV) Bibliografia

- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão – critérios para a publicação de histórias de vida*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1: Parte geral.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral (arts 1º a 232).
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri: Novo Século, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo. Malheiros, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípio e regras: mitos e equívocos de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. I, p. 607-630, 2003.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. t. II.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade/aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. *Reponsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.