



DIREITO AO ESQUECIMENTO

Illa Barbosa Bittencourt*
Ricardo Macellaro Veiga**

Resumo: À luz da topologia legal e com base na jurisprudência pátria, busca-se neste artigo esclarecer a atual possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. Denominado como direito ao esquecimento, o instituto visa rechaçar os danos provocados pelas novas tecnologias de informação, que vêm se acumulando nos dias atuais com notadas lesões ao direito à vida privada das pessoas.

Palavras-chave: direitos de personalidade; tutela dos direitos à vida privada; direito ao esquecimento.

1 Introdução

Este trabalho tem a finalidade especial de introduzir, situar e aprofundar o direito ao esquecimento, com base nos diplomas pátrios – Constituição e leis infra-constitucionais – e em julgados recentes dos tribunais superiores, pois, com os danos provocados pelas novas tecnologias de informação, constata-se um acúmulo de lesões aos direitos da vida privada nos dias de hoje.

2 Direito ao esquecimento

2.1 Topologia e objeto do direito

Inicialmente, bom é dizer que o direito ao esquecimento diz respeito aos direitos da personalidade.

* Mestra e doutora em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da PUC-SP e advogada.

** Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

Os direitos da personalidade, então, decorrem da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição.

Nos dizeres de Rizzato Nunes (2002), a dignidade da pessoa humana nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.

Mas acontece que nenhum indivíduo, hoje, é isolado. Sendo certo que nasce com integridade física e psíquica, chega um momento em que não apenas o pensamento dele deve ser respeitado, mas também as ações, os comportamentos, a imagem, a intimidade e a consciência. Tudo isso, hoje, compõe a dignidade do indivíduo dentro de um meio social.

Dentre as diversas tutelas conferidas pela cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana – como mencionada anteriormente em linhas gerais –, em matéria de direito de personalidade, a dignidade da pessoa humana fixa *despatrimonialização* nas relações civis, isto é, visa minimizar o conteúdo essencialmente econômico das relações civis, cristalizado ao longo da história (assim é que, por exemplo, atualmente se faz possível realizar um testamento sem arrolar nenhum bem).

Com origem no século XVIII, um vetor kantiano dessa cláusula fundamental em estudo orienta que a dignidade da pessoa humana garantirá que o ser humano não seja “coisificado”. Isso quer dizer que ele não será nunca tratado como um meio para obtenção de um fim. Com isso, considera-se que a pessoa não é um preço, pois não é alienável, nem um objeto, já que não é substituível. É dignidade, é única, é protegida então em suas ações, seus comportamentos, sua imagem, sua intimidade, sua consciência.

É isso que se quer dizer, portanto, quando, ao analisar esse postulado fundamental, positivado na Carta republicana, conclui-se que *todo o ser humano encerra um fim em si mesmo*, diante do imperativo de razão – um postulado essencial – que deve orientar nossa ordem jurídica.

Dentro da sua finalidade mais ampla, o referido princípio é responsável, então, por garantir o *desenvolvimento da personalidade* de qualquer pessoa humana – vale dizer, dos seus direitos.

Frise-se que, na prática, todas as normas terão sua constitucionalidade confrontada com a tutela da cláusula da dignidade da pessoa humana.

Personalidade é o atributo essencial do ser. É o nome da qualidade de uma pessoa que, pela mera circunstância de existir, deterá direitos e estará sujeita a obrigações do ordenamento jurídico. É a causa da clássica “capacidade de direitos”. Clóvis Beviláqua (1927), esclarecia que personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações.

Apesar de o ordenamento não definir objetivamente personalidade, ele fixa o início da sua tutela, vale dizer, é o nascimento com vida ou o registro da constituição das pessoas jurídicas.

Indaga-se: “O nascituro não detém personalidade, uma vez que, pelo Código Civil (CC), ela é atribuída ao ser natural que nasce com vida?”. A resposta é afirmativa: o chamado embrião detém, sim, tutela de sua personalidade.

Com base justamente nas diretrizes apregoadas pela dignidade da pessoa humana, modelou-se a *teoria da personalidade condicional*, que é a teoria que adotamos.

A melhor interpretação é intermediária e divide o direito da personalidade em *constitucional* e *material*, ponderando o melhor entendimento entre dois extremos tradicionais – restritivos ou “radicais” –, quais sejam: 1. nascituro *não tem* direito de personalidade e 2. nascituro *tem* direito de personalidade. A partir da teoria supra-mencionada, a personalidade divide-se em dois ramos:

- *Personalidade constitucional ou formal*: pela qual se esclarece que o nascituro já detém direitos. É o direito de nascer vivo, o direito à integridade física e direito a nome.
- *Personalidade patrimonial ou material*: nesse caso, o nascituro não tem personalidade econômica porque não tem aderência patrimonial, de forma que ele não pode dispor.

Consubstanciado na Constituição e na lei ordinária, a tutela esclarece que o nascituro tem mera expectativa de direitos econômicos (ele não herda, logo não pode transmitir – pode receber doação por escritura pública, que, pelo art. 125 do CC, terá uma condição suspensiva, mas não pode ser registrada em registro de imóvel, pois apenas se registram condições resolutivas), mas goza plenamente dos demais direitos de personalidade – ou seja, não patrimoniais.

Os tribunais superiores já enfrentaram esse dilema. Recentemente, no julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1.415.727/SC, relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 4 de setembro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu direito à indenização decorrente de “óbito fetal” – aqui se tem, justamente, a ideia de despatrimonialização das tutelas civis – nos seguintes termos:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. *A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.* 2. *Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos,*

cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume II*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido (grifo nosso).

Mais, e ainda na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510/DF, relatada pelo ministro Ayres Britto e julgada em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) delinea bem a tutela da personalidade conferida pela Constituição:

[...] III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas*

ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição [...] (grifo nosso).

A tutela dos direitos patrimoniais da personalidade, então, se origina a partir do nascimento com vida. É pregado pela teoria da docimasia hidrostática de Galeno – que apoia a Portaria n. 116/2009 do Ministério da Saúde, inclusive –, segundo a qual, se respirou, nasceu com vida. Assim é que, por exemplo, se o sujeito de direitos nascer e por poucos segundos respirar, vindo a morrer em seguida, lavra-se sua certidão de nascimento e também sua certidão de óbito.

Na lei infraconstitucional, os direitos da personalidade da pessoa – natural e jurídica (estas no que couber) – vêm previstos nos arts. 11 a 21 do CC. Consiste no conjunto de regras que disciplinam direitos inerentes à pessoa de caráter não patrimonial. Explica Silvio Rodrigues (2006, p. 61) que os direitos subjetivos, de que um sujeito é o titular, são divididos em duas grandes espécies, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem um direito destacável da pessoa; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Esses são os chamados direitos da personalidade.

A natureza desses direitos decorre de previsão constitucional, constante no art. 5º da Constituição. São direitos fundamentais e invioláveis. O foco desses direitos, em linhas gerais, é garantir a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança.

Por serem da pessoa humana, saem da órbita patrimonial. Por isso, fala-se que eles *não* têm valor imediato, mas têm valor mediato. Isso ocorre porque pode ser atribuído valor a esses direitos, por vezes para garantir uma forma de tutela, seja por reparação, seja antecipada etc. (por exemplo, para indenizar o dano moral). O REsp n. 963.387/RS afastou a incidência de imposto de renda.

2.2 A previsão do direito da personalidade

A preocupação da pessoa humana com as agressões do Poder Público – lógico, decorrente da vida social – é antiquíssima. É a ideia de preservar a vida, a

liberdade e a dignidade. Estão situados os direitos da personalidade no campo do direito público, pois o que se almeja é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Esclarece Silvio Rodrigues (2006, p. 62) que o

[...] reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.

Preleciona o jurista paulista na sua obra, esclarecendo o fundamento jurídico da tutelas desses direitos:

Essa preocupação de defender a pessoa humana contra as agressões a essa espécie de direitos foi raramente aprendida pelo legislador, e quando o foi isso se deu com muita lentidão, como aconteceu entre nós; assim sendo, coube à jurisprudência a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados de defender tais valores personalíssimos contra a agressão de seus semelhantes.

[...]

Entre as soluções legislativas, creio que as mais antigas são a do Código português de 1867 (arts. 359 e s.), a do art. 12 do Código alemão de 1896 e a do Código suíço de 1907 (arts. 27 e 28), sendo que o Código alemão, em seu parágrafo 823, a respeito dos atos ilícitos, faz referência a outros direitos da personalidade, susceptíveis de serem violados, causando prejuízos a seu titular. Mas a regra só cuida de reparação desses prejuízos. [...]

Tenho a impressão de que os direitos da personalidade foram, pela primeira vez, disciplinados pela lei, de forma sistemática e embora sem usar essa denominação, pelo Código italiano de 1942. No Livro Primeiro, sobre as pessoas e sobre a família, Título I, sobre a pessoa física, se encontram os arts. 6, 7, 8 e 9 sobre a tutela do nome, e o art. 10, sobre o direito à imagem. Nesses dispositivos se encontram as duas medidas básicas de proteção ao direito da personalidade, ou seja, a possibilidade de se obter judicialmente, de um lado, a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima (RODRIGUES, 2006, p. 62).

O CC brasileiro consagra um capítulo para disciplinar essa matéria dentre os direitos sobre as pessoas.

O problema da tutela positivada desapareceu no Brasil com o advento da Constituição republicana de 1988, que expressamente se referiu aos direitos da personalidade no art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

No ordenamento brasileiro como um todo, os direitos da personalidade podem ser classificados pela tripartição clássica dos próprios direitos fundamentais, a saber:

1. tutela física da personalidade, prevista nos arts. 13 a 15 (direito ao corpo vivo e o direito ao corpo morto); 2. tutela moral da personalidade, prevista nos arts. 16 a 21; e 3. tutela intelectual da personalidade, da qual o CC não trata (direitos do autor e direitos de inventor).

Aprofundar-nos-emos apenas na tutela moral da personalidade, prevista no CC, que é o instrumento que tutela do direito de cada pessoa ao esquecimento.

A tutela moral da personalidade vem prevista especificamente nos arts. 16 a 21, e aqui o CC trouxe três tutelas especiais, vale dizer: 1. direito à imagem; 2. direito à vida privada; e 3. direito ao nome. São os denominados direitos morais.

Considerando o objetivo do presente artigo, mais uma vez, restringir-nos-emos à tutela da vida privada, para então chegarmos à tutela especial do direito ao esquecimento.

2.3 A previsão do direito à vida privada

O direito à vida privada vem, notadamente, disciplinado pela previsão geral do art. 21 do CC: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Não só a privacidade, como também a intimidade são garantias constitucionais da pessoa, justamente com fundamento no apontado art. 5º, X, da Constituição Federal

Privacidade é aquilo que a pessoa faz no ambiente familiar, com amigos próximos, em atividades de lazer, religiosa etc. Em resumo, é o que a pessoa faz e fala nas atividades particulares porque detém confiança (por exemplo, o ambiente de trabalho não é um ambiente privado porque o trabalhador não escolhe as pessoas com quem lá ele se relaciona).

Intimidade, por sua vez, é um conceito mais restrito e consiste naquilo que a pessoa tem com ela mesma, que não tem obrigação de exteriorizar ou compartilhar no seu ambiente familiar ou privado ou com os seus (por exemplo, a consciência da pessoa, seus valores etc.).

Ambos os conceitos compreendem a tutela da vida privada, clausulada no art. 20 do CC.

Frise-se que, para fins de tutela, devem-se considerar duas posições importantes em matéria de vida privada, vale dizer: 1. o lócus privado, regido pelo princípio da inviolabilidade, então com proteção plena; e 2. o lócus público, onde a proteção da vida privada é relativizada, em razão de interesse público. Isto é, no lócus público, há permissão de se violar parcela da vida privada do sujeito por razões de interesse público, mas continuam resguardados seus respectivos interesses privados. Assim é que, por exemplo, ainda que o presidente da República ocupe posição regida pelo lócus público e exista violação parcial de sua vida privada, ele deve ter garantidos seus direitos da vida privada. Logo, é possível concluir que figuras públicas

não podem ser indistintamente perseguidas, fotografadas etc., sob pena de sua vida – em sociedade – tornar-se insuportável.

Logo, a análise que se deve fazer das figuras politicamente expostas ou midiáticas é de razoabilidade do ato. É perguntar:

- Trata-se de uma violação não razoável de sua vida privada?
- Há interesse público na referida violação?

Essencialmente, as tutelas conferidas pelo ordenamento às violações à vida privada de uma pessoa serão as seguintes:

- *Ressarcitória*: com objetivo de indenizar a vítima.
- *Compensatória*: cujo objetivo não é indenizar (tornar indene), mas criar uma situação jurídica mais favorável à vítima – via de regra, por meio de um instrumento pecuniário, pois, na prática, a função ressarcitória é uma solução inviável (por exemplo, se ocorrer a exposição de uma intimidade do sujeito, que lhe fira a privacidade, como solucionar? Não há meio de arrebatar a informação lançada no meio social moderno, por isso a função ideal, na prática, é a compensatória).
- *Punitiva*: figura quando há abalo social e tem base legal no art. 944 do CC, segundo o qual pode o juiz reduzir e majorar equitativamente o valor da indenização (Enunciado n. 379 da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal – CJF) – frise-se que o STJ não aceita a função punitiva (no Informativo n. 538, ao tratar de dano ambiental, delineou que a função punitiva cabe ao direito penal e ao direito administrativo – Agravo Regimental (AgRg) no Agravo de Instrumento (Ag) n. 850.273/BA), mas o admite especificamente para quantificação de dano moral.
- *Preventiva*: instituto cujo objetivo é evitar a caracterização de qualquer modalidade de dano, tendo em vista a dificuldade prática da compensação e do ressarcimento.

A Constituição disciplinou a vida privada no art. 220, ao tratar da liberdade de imprensa. É a disciplina da circulação de ideias. O § 1º do dispositivo fixa que não existe censura prévia.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130/DF, de relatoria do ministro Ayres Britto, julgada em 6 de novembro de 2009, discutiu-se a não recepção da Lei n. 5.250/67, e o STF fixou que há uma “calibração temporária”, em que primeiramente prevalece a Lei de Imprensa, para depois se discutir eventual ofensa a direitos particulares, pela via da responsabilidade civil.

Na Reclamação n. 9.428/DF, de relatoria do ministro Cezar Peluso, julgada em 10 de dezembro de 2009, por sua vez, o STF analisou concessão de tutela inibitória que proibiu circulação de notícia sobre a família Sarney. O tribunal fixou que o magistrado que concede a tutela inibitória não incorre em ato de censura, mas de poder geral de cautela. Frise-se que não se aplica a transcendência dos motivos

determinantes, e, por isso, os ministros não se vinculam aos motivos da decisão anterior, mas apenas ao dispositivo.

Frise-se que o STF julgará, possivelmente neste ano, a ADI n. 4.815 que versa sobre publicação de biografias não autorizadas. A rigor, os arts. 20 e 21 permitem apenas a autobiografia, mas a decisão poderá seguir a ideia de vedação da censura e declarar a inconstitucionalidade dos respectivos dispositivos.

Logo, é possível concluir que, em função da calibração temporária, em que primeiramente prevalece o direito de informação, apenas em um segundo momento fala-se de tutela dos direitos de personalidade, verificando, então, eventual ofensa a direito particular. Essa é uma das principais razões pelas quais, no âmbito da responsabilização, não há de se falar em ressarcimento, mas apenas em tutelas de compensação e punição, e, eventualmente, em tutela de prevenção, caso a potencial vítima busque guarida do Judiciário com alegações suficientes para concessão da tutela.

2.4 O fundamento do direito ao esquecimento

Finalmente, o direito ao esquecimento discute a possibilidade – ou razoabilidade – de divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas nem causem transtorno das mais diversas ordens às pessoas – então vítimas.

O propósito dessa possibilidade é que determinados fatos não sejam utilizados em tempo errado e de maneira indevida.

Em termos de posição dos tribunais superiores, citamos dois casos recentes, ventilados no Informativo n. 527 do STJ.

No REsp n. 1.334.097/RJ, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, o tribunal julgou procedente direito ao esquecimento do caso da chacina da candelária, em relação ao sujeito que foi absolvido.

Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. O interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes – assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, art. 748 do CPP –, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não

podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. Cabe destacar que, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – conexão do presente com o passado – e a esperança – vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Precedentes citados: RMS 15.634-SP, Sexta Turma, DJ 5/2/2007; e REsp 443.927-SP, Quinta Turma, DJ 4/8/2003.

De outra forma, no REsp n. 1.335.153/RJ, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28 de maio de 2013, o tribunal julgou improcedente o caso da Aida Curi. No julgamento, o STJ esclareceu que não há como narrar determinado fato sem citar seus sujeitos. Esclareceu, com isso, que o direito ao esquecimento não visa apagar o passado, mas, sim, evitar que dados pessoais possam circular de forma desproporcional e excessiva.

A exibição não autorizada de uma única imagem da vítima de crime amplamente noticiado à época dos fatos não gera, por si só, direito de compensação por danos morais aos seus familiares. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens. Sobre o tema, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Na abordagem do assunto sob o aspecto sociológico, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova roupagem na modernidade: a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da apropriação da intimidade (ou privacidade) por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública. Acrescente-se a essa reflexão o sentimento, difundido por inédita “filosofia tecnológica” do tempo atual pautada na permissividade, segundo o qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade. Sob outro aspecto, referente à censura à liberdade de imprensa, o novo cenário jurídico apoia-se no fato de que a CF, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o faz traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos. Assim, não se pode hipertrofiar a liberdade de informação à custa do atrofiamiento dos valores que apontam para a pessoa humana. A explícita contenção constitucional à liberdade de informação,

fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família – prevista no § 1º do art. 220, no art. 221 e no § 3º do art. 222 da CF –, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de o direito à informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, IX), a CF mostrou sua vocação antropocêntrica ao gravar, já no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da república, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos. A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e, até mesmo, o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, tendo sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. Ademais, a permissão ampla e irrestrita de que um fato e pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do evento – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Nesses casos, admitir-se o “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. Além disso, dizer que sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deverá prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos, pode violar o próprio texto da Constituição, que prevê solução exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, LX). A solução que harmoniza esses dois interesses em conflito é a preservação da pessoa, com a restrição à publicidade do processo, tornando pública apenas a resposta estatal aos conflitos a ele submetidos, dando-se publicidade da sentença ou do julgamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Civil e art. 93, IX, da Constituição Federal. Por fim, 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 reagitar o que a lei pretende sepultar. Isso vale até mesmo para notícias cujo conteúdo seja totalmente verídico, pois, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado. Nesse contexto, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, se assim desejarem, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor – o que está relacionado com

sua ressocialização – e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Todavia, 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 se vai adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. Nesse contexto, deve-se analisar, em cada caso concreto, como foi utilizada a imagem da vítima, para que se verifique se houve, efetivamente, alguma violação aos direitos dos familiares. Isso porque nem toda veiculação não consentida da imagem é indevida ou digna de reparação, sendo frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico. Assim, quando a imagem não for, em si, o cerne da publicação, e também não revele situação vexatória ou degradante, a solução dada pelo STJ será o reconhecimento da inexistência do dever de indenizar.

3 Conclusões

Anote-se que ambos os julgados direcionam para o Enunciado n. 531 das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal, que prevê que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Adotamos, por isso, a justificativa do enunciado como conclusão deste trabalho, como orientação atual legal, doutrinária e jurisprudencial da tutela do direito ao esquecimento.

A justificativa é de que 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.

RIGHT TO BE FORGOTTEN

Abstract: In the light of the legal topology and supported in the homeland jurisprudence, we seek to clarify, in this article, the current possibility of discussing the use given to previous facts, specifically the manner and purpose for which they are remembered. Termed as right to be forgotten, the institute aims to fend off the damage caused by new information technologies, that have accumulated today with noticeable injuries to the right to privacy of individuals.

Keywords: personality rights; protection of the rights to privacy; right to be forgotten.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Julgamento da ADI 3.510/DF, relatada pelo ministro Ayres Britto e julgada em 29.5.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2014.
- BRASIL. Julgamento da ADPF n. 130/DF, de relatoria do ministro Ayres Britto, julgada em 6.11.2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AA-DPF+130+de+6.11.2009>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- BRASIL. Julgamento da Reclamação 9.428/DF, de relatoria do ministro Cezar Peluso, julgada em 10.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2014.
- BRASIL. Julgamento do REsp 1.335.153/RJ, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28.5.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2014.
- BRASIL. Julgamento do REsp n. 1.334.097/RJ, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28.5.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2014.
- BRASIL. Julgamento do REsp n. 1.415.727/SC, relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 4.9.2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2014.
- BEVILACQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Rede Virtual de Bibliotecas, 1927. v. I, p. 61.
- NUNES, L. A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, S. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.