

NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

SOME WORDS ABOUT THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

Sabrina D. Staats

Fausto Santos de Moraes – orientador

RESUMO:

O presente artigo trata do direito ao esquecimento, sua relação com os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à personalidade, analisando a sua aplicação no STJ e STF. O objetivo é apresentar o conceito teórico de direito ao esquecimento e analisar as jurisprudências do STJ e STF. O trabalho foi desenvolvido com a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Direito ao esquecimento.

ABSTRACT:

This essay presents the right to be forgotten and its connection with intimacy, privacy and personality constitutional rights, paying attention on STJ and STF decisions about the topic. The main goal is to highlight a theoretical concept about the right to be forgotten and how the STJ and the STF have decided the issue. This work was done by bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Constitutional Rights. Proportionality Principle. Right to be forgotten.

1 Introdução

O direito ao esquecimento é um tema que se relaciona diretamente com os direitos à privacidade, intimidade, personalidade e conflita com o direito à liberdade de expressão dos meios de comunicação.

Como o direito ao esquecimento não está positivado em nenhum dos códigos brasileiros, os juízes, no momento de solucionar o caso, precisam fazer uma ponderação entre os direitos ou princípios em conflito e analisar, caso a caso, qual direito se sobrepõe ao outro.

O assunto vem sendo cada vez mais discutido por conta do avanço dos meios de comunicação, principalmente a internet, e a possibilidade de esquecer, “apagar” algum fato abre margem para várias questões e discussões quanto ao fato de ser possível apagar parte da história, tanto de um particular quanto de toda uma sociedade, por isso é interessante observar como se tem feito isso pelos responsáveis, a forma e seu posicionamento e o controle desse direito.

Por isso, o trabalho irá apresentar o posicionamento dos principais Tribunais Superiores Brasileiros, STJ e STF, quanto ao assunto e como foi a forma de argumentação, ponderação e decisão.

No trabalho foram apresentados, primeiramente, o conceito geral de direito fundamental e os conceitos dos direitos fundamentais de privacidade e intimidade e o direito civil a personalidade e, logo após, o conceito de direito ao esquecimento e sua correlação com os direitos fundamentais à privacidade, intimidade e com o direito a personalidade. As decisões judiciais analisadas foram um Recurso Especial julgado pelo STJ e um Recurso Extraordinário julgado pelo STF, além de citar o caso Lebah, caso muito conhecido e estudado pela doutrina. Na análise foi estudado a forma como os tribunais observaram o assunto, e ponderaram entre o direito ao esquecimento, juntamente com o direito a privacidade e intimidade, e o direito a livre expressão das redes de TV. Por fim, explica-se a colisão de direitos de direitos fundamentais, que ocorre nos processos citados anteriormente, e como deve ser feita a ponderação entre os direitos com base na teoria de Robert Alexy.

A pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica bem como decisões judiciais relativas ao assunto.

2 Dos Direitos Fundamentais na discussão sobre o direito ao esquecimento

Não é simples estabelecer um conceito de direitos fundamentais, pois o mesmo acaba sempre ficando com uma imprecisão dogmática, é muito comum tomar a expressão “direitos fundamentais” e “direitos humanos” como sinônimos, no entanto, os direitos humanos se relacionam com um discurso com pretensão normativa de universalidade, abrangendo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional) (NEVES, 2009, p. 144), e os direitos fundamentais são entendidos como um sistema de relações jurídicas básicas entre indivíduos e o Estado, como fundamento de toda a ordem jurídica de autolimitação do Poder Estatal em face de esferas de interesse privado.(FERNANDES, 2013,p.310). Marcelo Galuppo (GALUPPO, 2003, p.233) sintetiza que os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendendo-se que os direitos humanos são elementos de discursos morais justificados ao longo da História, dessa forma os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como conceitos morais, mas sim como parte de um processo de construção pois sua justificação e normatividade encontram-se positivadas em uma Constituição, então falar de direitos fundamentais é falar de condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento

Jurídico, e não apenas em uma leitura reducionista, como direito oponíveis contra o Estado.(BONAVIDES, 2005, p. 561)

2.1 O direito à privacidade e o direito à intimidade

Os direitos fundamentais são encontrados no art 5º e seus incisos da Constituição Federal de 1988, no inciso X estão descritos uma gama de direitos ligados à proteção da esfera pessoal dos indivíduos, considerando inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Caso haja a violação desses direitos, a Constituição prevê o pagamento de indenização por dano material e moral decorrente da violação.

Dentre os direitos encontrados nesse inciso estão o direito à honra, que se refere ao valor moral do indivíduo, sua consideração social, seu nome, fama e refletindo em sua própria dignidade; o direito à imagem, que pode se tratar do direito à reprodução gráfica do sujeito ou da imagem-atributo que protege a imagem cultivada pelo sujeito e reconhecidos pelo meio social; e o direito a privacidade, que, também, tem difícil conceituação. Gilmar Mendes (MENDES, 2013, p. 369) explica o direito à privacidade como um direito que um indivíduo tem de se destacar de um grupo, isolando-se da observação do mesmo, ou como, ainda, o direito ao controle das informações veiculadas sobre si mesmo. A definição de uma determinada conduta como admissível ou abusiva em relação ao direito à privacidade somente é possível quando nos colocamos diante de um caso concreto específico. (FERNANDES, 2013, p. 416)

O direito fundamental à intimidade pessoal e familiar deriva-se da dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, sendo seu núcleo central. A natureza jurídica possui caráter personalíssimo ligado a existência do indivíduo. Pode se estabelecer que o direito à intimidade não é um direito absoluto, mas sim um limite à esferas públicas e privadas.

O artigo 5º, inciso X da CF protege o espaço íntimo intransponível por intromissões externas, abrange além da proteção física, também a proteção frente aos meios de comunicação como a televisão, internet, jornais e revistas. A divulgação de fotos, imagens, ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público, que acarretam um injustificado dano a dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais. (MORAES, 2013, p. 54)

Quanto à relação existente entre o direito fundamental de comunicar ou receber informações verazes por qualquer meio de comunicação e os direitos fundamentais à honra e à intimidade pessoal e familiar, deve-se realizar uma ponderação, tendo como limites os direitos fundamentais individuais. Não se pode exigir de ninguém que suporte passivamente a

difusão jornalística de dados reais ou supostos sobre sua vida privada que afetem a sua reputação, segundo o senso comum, e que sejam triviais ou indiferentes para o interesse público. (LIMBERGER, 2007, p. 126)

2.2 Direito de personalidade

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física e a sua integridade intelectual. (LENZA, 2011, p. 888) Dentro desse conceito também se tem a proteção ao nome, não sendo admissível o emprego por outrem do nome da pessoa em publicações ou representações que a exponha de maneira depreciativa a público, ainda quando não haja intenção difamatória. A divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a requerimento do autor e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou se destinarem-se a fins comerciais. Pois 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 essa norma, como dispõe o art. 21 do Código Civil. O dispositivo, em consonância com o art. 5º, X da CF, abrange todos os aspectos da intimidade da pessoa, além disso o art. 52 do Código Civil diz que “aplica-se à pessoa jurídica, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”.

O direito de personalidade fica intrinsecamente ligado ao direito de intimidade, posto que os conceitos de ambos se assemelham, podemos entender o direito de intimidade como um conceito mais abrangente e dentro dele está o direito de personalidade, ainda porque, como já foi expresso anteriormente, o direito de intimidade serve para que se desenvolva a personalidade dos indivíduos, sendo assim, um conceito está sempre ligado ao outro. Uma diferenciação entre eles é que o direito de personalidade é protegido de forma mais eficiente pelo Código Civil, enquanto o direito a privacidade é classificado como um direito fundamental na Constituição.

3 Direito ao esquecimento

Ultimamente um tema que tem ganhado destaque no mundo jurídico é o do direito ao esquecimento, essa tese ganhou força na doutrina brasileira com a aprovação do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil que institui: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” E a justificativa para o reconhecimento desse novo direito é de que os danos provocados pelas novas tecnologias de

informação vem se acumulando nos dias atuais, esse direito não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, apenas assegura possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos passados, ao modo e a finalidade como são lembrados.

Embora o Código Civil de 2002 não faça menção direta ao direito ao esquecimento, assegura que a vida privada é inviolável e a imagem das pessoas só podem ser usadas quando autorizadas, ou necessárias para ordem pública ou à administração da justiça, sendo proibida a utilização indevida do nome ou da imagem das pessoas.

O direito ao esquecimento deriva-se das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, assim como da dignidade da pessoa humana, historicamente o conceito de direito ao esquecimento dizia somente respeito à ressocialização de autores de atos delituosos, então se o direito ao esquecimento pode beneficiar quem cometeu crimes e já pagaram por seus atos, podem também estar em favor de inocentes que sofrem com fatos passados e que involuntariamente fizeram parte de suas vidas. Os doutrinadores apontam que o direito ao esquecimento não visa a garantir a ninguém a prerrogativa de apagar fatos ou reescrever a própria história.

Um dos argumentos contra a aplicação da tese do direito ao esquecimento é que se um fato é lícito quando aconteceu, o passar do tempo não pode torna-lo ilícito, pois os fatos não prescrevem. Outro argumento contra é de que a principal consequência da aplicação generalizada do direito ao esquecimento faria com que fosse impossível para a sociedade conhecer sua própria história, por isso, constitucionalistas defendem que o direito ao esquecimento deve ser somente aplicado para questões da esfera privada.

4 A jurisprudência superior sobre o direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento foi tema de duas decisões nos mais importantes Tribunais Superiores brasileiros, STJ e STF. O STJ julgou, em recurso especial, o tema do direito ao esquecimento que foi ajuizado por um acusado de ter participado da Chacina da Candelária contra a Rede Globo por causa de sua exposição no programa Linha Direta Justiça. O acusado já tinha sido inocentado a anos, e alegou que o programa trouxe de volta uma imagem negativa dele, fato que atrapalhou sua vida de seguir o curso normal após o ocorrido. O STJ condenou a emissora de TV a pagar R\$ 50 mil de indenização por danos morais, assim, reconheceu o direito ao esquecimento do autor da ação.

No caso foi preciso recorrer-se ao juízo de ponderação de valores para resolver o conflito de princípios do Direito: o da livre informação, proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia e o

da inviolabilidade da intimidade da imagem e da vida privada. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado em defesa da tese segundo a qual a liberdade de imprensa não é absoluta, mas encontra algumas limitações como: “o compromisso ético com a informação verdadeira, a preservação dos direitos de personalidade, entre os quais estão os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade e a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa” (RESp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012)

Argumento que prevaleceu no REsp 1334097 foi de que a liberdade de expressão sofre restrição pelo direito a dignidade, o direito a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem. Além de afirmar que “a historicidade do crime não deve construir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como os vindicados no processo (de direito ao esquecimento). Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratos indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado”, nas palavras do relator.

O caso que foi para o STF é o de Aída Curi, a família entrou com Recurso Extraordinário pedindo reparação por dano moral contra a Rede Globo, em razão da exposição de Aida no programa Linha Direta Justiça sobre o crime cometido contra ela que causou sua morte de forma bárbara, o crime ocorreu em 1958 e a família alegou que a vinculação do programa trazia à tona as feridas psicológicas da família, prolongando ainda mais o sofrimento deles. Em razão da importância do caso, o STF declarou a Repercussão Geral da matéria e reconheceu o direito ao esquecimento no caso.

Os autores sustentaram a violação dos artigos 1º, inciso III; 5º, caput e incisos III e X; e 220, parágrafo 1º da Constituição Federal. Pediram a proteção da dignidade que foi atingida pelo exercício abusivo e ilegal da liberdade da expressão da emissora.

No mérito, sustentaram que o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo, e que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, não podendo se sobrepor às garantias individuais, notadamente à inviolabilidade da personalidade, da honra, da dignidade, da vida privada e da intimidade da pessoa.

Os familiares apontaram que o programa tem caráter comercial e sensacionalista, utilizando-se de imagens exageradas ultrapassando os limites da razoabilidade ao representar o ocorrido de modo ofensivo à memória da vítima. Ressaltaram que apesar de os acontecimentos serem de conhecimento público e notório, isso não afasta a violação de

direitos de personalidade nem o direito à indenização pelo uso não autorizado do nome e da imagem da falecida. A parte recorrida apresentou contrarrazões enfatizando que os direitos à intimidade e à imagem dos recorrentes não se sobrepõem ao interesse coletivo da sociedade de ter acesso às informações sobre o fato histórico, que a produção e divulgação do programa está amparada pelo direito constitucional de informar e que não há ilicitude na apresentação do programa Linha Direta Justiça.

O Relator Ministro Dias Toffoli entendeu que as matérias abordadas no recurso extraordinário apresentam nítida densidade constitucional e vão além dos interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam temas relativos à harmonização de importantes princípios constitucionais: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Então, o STF definiu que, como as questões postas no processo repercutirão em toda a sociedade, é inegável a relevância jurídica e social, dando a repercussão geral ao caso.

Outro caso muito conhecido, que foi citado pelo relator no REsp n. 1334097 (caso da Chacina de Candelária), é o caso Lebach. Nessa cidade situada na República Federal da Alemanha, em 1969 ocorreu uma chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições, tendo sido condenados à prisão perpétua dois acusados, e um terceiro partícipe a seis anos de reclusão, a TV alemã produziu um documentário que retrataria o crime mediante dramatização, em cuja veiculação, seriam apresentados fotos reais e os nomes de todos os condenados. O documentário seria apresentado dias antes do terceiro condenado sair da prisão, este, então, pleiteou uma tutela liminar para que o programa não fosse exibido, arguindo a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição Alemã, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que a rede de TV não poderia transmitir o documentário caso a foto ou o nome do reclamante fossem expostos. Também no Tribunal Constitucional Alemão prevaleceu o direito de personalidade, intimidade e privacidade sobre o direito de informação e notícias, nas palavras do acórdão do Tribunal:

Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da

informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade.

Portanto, o reconhecimento do direito ao esquecimento pode significar um corretivo das vicissitudes do passado e qualquer pessoa que tenha se envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento, pois a lembrança desses acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história, o direito ao esquecimento deve beneficiar igualmente a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida por seus atos e tentam se reintegrar na sociedade.

5 Colisões de direitos fundamentais

No três casos citados acima, o tribunal entendeu ser preciso fazer um sopesamento de diferentes direitos fundamentais, nos casos exemplificados, entre direito de privacidade, intimidade e personalidade (que vem a ser o direito ao esquecimento) e o direito de informação e liberdade de expressão das emissoras de TV. Para solucionar o conflito entre os princípios elegeu-se a ponderação dentro do contexto do caso apresentado, para determinar qual teria prevalência. Assim, haveria uma ponderação entre o direito à intimidade e outros direitos fundamentais, posto que a constituição não estabelece uma prevalência inicial de qualquer e, portanto, não há um caráter absoluto nem categoria superior entre eles. (LIMBERGER, 2007, p. 126)

Por sua vez, Robert Alexy trata sobre o assunto de forma mais específica no caso Lebach, citado anteriormente, em que houve o conflito entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar. A colisão dos princípios não é solucionada por meio da declaração de invalidade de uma das normas, mas sim fazendo um sopesamento e decidindo qual interesse deve ceder, levando-se em consideração as circunstâncias. (ALEXY, 2011, p. 100) Ou seja, nenhum dos direitos deixará de existir, somente um se sobreporá ao outro dependendo do caso, por isso é importante analisar cada caso isoladamente, pois nenhum direito ou princípio é expresso como mais importante que o outro. (LIMBERGER, 2007, p. 126)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho alcançou o objetivo de apresentar o conceito do direito ao esquecimento, bem como apresentou duas das principais decisões de tribunais superiores sobre a matéria. No desenvolvimento da pesquisa se verificou que nas decisões foram identificadas colisões entre os direitos fundamentais.

Analisando as decisões nota-se a proteção ao direito de esquecimento sempre que a notícia veiculada tem a propensão de atingir a honra do sujeito indicado. É possível dizer, portanto, que existe uma primazia na proteção do direito ao esquecimento diante de outros direitos, notadamente, a liberdade de comunicação.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. Salvador: JusPodivm. 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto; LENZA, Pedro. **Direito civil 1 esquematizado**: parte geral, obrigações, contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**. n. 4, 2005.