



DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AO ESQUECIMENTO DO DIREITO: PERSISTÊNCIA DA MEMÓRIA OU EFEMERIDE DO TEMPO?

The right to oblivion to oblivion the right: Persistence of memory or time illness?

Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo¹
André Leandro de Franceschi²

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar em que medida o eventual “direito ao esquecimento” pode configurar um “esquecimento do direito”, partindo do pressuposto de que coisas desimportantes hoje, quando necessárias, já podem ter sido excluídas da rede. A metodologia utilizar é a hermenêutico-fenomenológico, enquanto o método de procedimento usado é o dedutivo. O trabalho se justifica porquanto aliado a uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, bem como por que o tema possui repercusão geral, relevância e transcendência política, social, econômica e jurídica que transborda os limites da causa, fato que representa um ganho não apenas aos autores, proponentes da pesquisa, como a sociedade em sentido *lato*. Ao final, conclui-se que a falta de critérios claros quanto aos métodos de determinação da aplicabilidade ou não do instituto é sim um fator temerário e que pode afetar o princípio da segurança jurídica.

ABSTRACT

The present work aims to analyse to what extent the eventual "right to oblivion" can configure a "Oblivion" law, on the assumption that things unimportant today, when necessary, may have already been excluded from the network. The methodology used is the hermeneutic-phenomenological, while the method of procedure used is the deductive. The work is justified because allied to one of the research lines of the post-graduate program in law at the Federal University of Santa Maria, as well as why the topic has general relevance and transcendence unveiling of political, social, legal and economic transborda the boundaries of the cause, a fact that represents a gain not only to authors, proponents of the research, as the wider society. In the end, it appears that the lack of clear criteria as to the methods of determining the applicability or not of institute is a daredevil and factor that can affect the principle of legal certainty.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias de informação trouxe mudanças nos mais diversos aspectos da sociedade. Seja por seus reflexos nas áreas sociais, políticas ou

¹ Advogado. Professor do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria. Especialista em Direito Penal pela Uniderp-Anhanguera e em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), intuição a qual também é mestre em direito: wagner@mmtadvogados.com.br.

² Acadêmico do 7º semestre do curso de direito do Centro Universitário Franciscano: andre@mmtadvogados.com.br



econômicas, o conceito de sociedade em rede se caracterizou pela comunicação instantânea entre diversas partes do mundo e pelo aumento exponencial de informações que circulam na rede.

Diante disso, tornou-se cada vez mais difícil agir isoladamente, visto que é possível compartilhar, divulgar, comentar e posicionar-se sobre qualquer tema nela difundido. A sociedade se tornou interconectada, com as pessoas cada vez mais onipresentes, sendo desnecessário que, para isso, estejam juntas. Portanto, surgiu a preocupação com a tutela dos direitos de personalidade do indivíduo, na medida em que, da maneira com que circulam (e a dificuldade em excluí-las), as informações transmitidas na rede passaram a ameaçar a liberdade, a honra e a imagem do indivíduo, partindo do pressuposto de que nada do que ali se propaga é esquecido.

É Nessa conjuntura que o direito ao esquecimento se insere, como um direito de ninguém ser obrigado a conviver com a lembrança de fatos pretéritos, dos quais, seja pela pertinência ou pelo longo decurso de tempo, seu armazenamento não é justificado. Neste caso, estabeleceu-se uma discussão em torno do conflito principiológico entre o direito à intimidade, autodeterminação e honra na rede e a possível ameaça à liberdade de expressão e de imprensa, bem como a própria segurança jurídica.

Nesse contexto é que surge o questionamento de como o direito pode criar mecanismos de proteção a esses direitos de personalidade, sem, ao mesmo tempo, olvidar-se do resguardo da livre circulação, liberdade e manutenção de dados na rede? Para tanto, o presente trabalho é dividido em dois capítulos centrais. O primeiro trata da evolução das tecnologias de informação, da sociedade em rede e da discussão em torno do direito ao esquecimento. O último, por sua vez, constrói uma crítica acerca da subjetividade do critério adotado quanto à (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento, bem como uma eventual violação do princípio da segurança jurídica.

1. DA SOCIEDADE EM REDE E O SURGIMENTO DA DISCUSSÃO RELATIVA AO DIREITO AO ESQUECIMENTO...

O direito ao esquecimento não pode ser compreendido sem que seja entendido o conceito do que se concebe por “sociedade em rede”, suas características e, sobretudo, contexto. São exatamente essas as tarefas de que se ocupa a parte inicial do presente trabalho, o qual aborda especificamente a sociedade em rede (1.1) para somente depois



disso, então, rumar ao que culminou naquilo que formou o direito ao esquecimento (1.2) enquanto teoria, no Brasil e no mundo.

1.1 Da sociedade em rede:

A partir da segunda metade do Século XX, com o desenvolvimento das Tecnologias de Comunicação e Informação (TIC's), a sociedade passou por profundas mudanças em seus aspectos culturais, sociais e políticos. O colapso da União Soviética e a consolidação dos Estados Unidos como única superpotência, às modificações nas relações de trabalho e o surgimento da economia de mercado³ deram início a uma forma de sociedade baseada na comunicação instantânea e no constante fluxo de informações.

Denominada “sociedade em rede”, Manuel Castells explica que as principais características do tempo presente são a (i) decisiva globalização das atividades econômicas, observado o seu do ponto de vista estratégico, (ii) a sua forma de organização em redes, (iii) a flexibilidade e instabilidade do emprego e, por fim, (iv) a individualização da mão-de-obra⁴. É através disso que se estabeleceu uma “cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado”, o qual foi responsável pela criação de um espaço de fluxos que, gerido a partir da transformação das bases materiais de tempo e o espaço, reflete as expressões das atividades e elites dominantes⁵.

Como força motriz da revolução operada pelo desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação esta a internet, que, servindo como seu meio organizador, reúne de forma simples e bem estruturada, em um só ambiente, vários tipos de funcionalidades - vídeos, áudios, imagens e textos -, permitindo que os dados circulem de maneira muito mais rápida e dinâmica.

Expandindo o acesso à informação e as novas formas de comunicação, a revolução operada pelas Tecnologias de Informação modificou o paradigma até então existente, já

³ “As economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre economia, o Estado e sociedade em um sistema de geometria variável”. CASTELLS. Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A sociedade em Rede. Vol. 1.* 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 40.

⁴ CASTELLS. Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade.v. 2.* 6 ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 17.

⁵ CASTELLS. Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade.v. 2.* 6 ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 17.



que, hoje em dia, tornou-se cada vez mais difícil agir ou estar isoladamente. Mais do que nunca, as pessoas estão cada vez mais colaborativas e (inter)conectadas, partindo do pressuposto que colaborar com ideias, comentar ou posicionar-se sobre qualquer tema difundido na rede virou uma rotina, mesmo que não necessariamente as pessoas estejam juntas.

O cerne da questão reside no fato de que o anonimato e o ostracismo são características cada vez mais raras no mundo moderno. A maneira como as informações se espalham pela rede - e a consequente dificuldade em retirá-las - coloca em risco a tutela de direitos mais básicos, tais como privacidade, intimidade e honra⁶, visto que, na sociedade atual, nada se esquece, tudo se perpetua. É nesse contexto que o direito ao esquecimento está inserido, tendo em vista que, com o advento da internet e das novas tecnologias, passou-se a armazenar quantidades cada vez maiores de informações, de modo que, assim, a rede ameaça a liberdade, a personalidade e a felicidade do homem. Por isso que se diz que o Direito, mais do que nunca, deve pensar maneiras de esquecer o que a sociedade em rede insiste em tornar eterno.

A partir disso, o problema a ser enfrentado é como evitar que o eventual “direito ao esquecimento” não represente um “esquecimento do direito”, partindo do pressuposto de que coisas desimportantes hoje, quando necessárias amanhã, já possam ter sido excluídas da rede? A resposta a essa pergunta só pode ser alcançada partindo da análise da importância que tem a dignidade humana e a segurança jurídica, vetores fundamentais do arcabouço constitucional do recém-iniciado século XXI.

1.2. Da teoria do direito ao esquecimento no Brasil e no Mundo:

A teoria do direito ao esquecimento é recente em nosso país, ganhando força após a aprovação do Enunciado nº. 531⁷ na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho

⁶ “Internet implica, por tanto, el riesgo de un efecto multiplicador de los atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos. Su potencialidad em la difusión ilimitada de imágenes e informaciones la hace um vehículo especialmente poderoso para perpetrar atentados criminales contra bienes jurídicos básicos como la intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2003, p. 96.

⁷ ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas



de Justiça Federal/STJ. A doutrina brasileira define que, interpretando-se o artigo 11⁸ do Código Civil, o direito ao esquecimento está elencado como um dos direitos de personalidade, intransmissível e irrenunciável, assim como os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

O fato é que ninguém deve(ria) conviver para sempre com a lembrança de fatos passados. Desse modo, o direito ao esquecimento encerraria a capacidade de poder ver excluída uma informação desabonatória e que não mais se justifica ser mantida registrada, isto é, a exclusão de algo cujo registro não é possível de concretizar qualquer prejuízo ao direito (de informar ou ser informado) de terceiro.

Em terra *brasilis* a matéria tese ganhou força a partir do julgamento dos Recursos Especiais nº. 1.334.097-RJ e nº. 1.335.153-RJ, ambos da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube, a época, ao Ministro Luís Felipe Salomão.

O primeiro caso diz respeito a uma ação de reparação por danos morais, ajuizada por Jurandir Gomes de França em face da Globo Comunicação e Participações S.A. Indiciado como um dos partícipes do caso conhecido como “Chacina da Candelária”, ocorrido em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, o autor da demanda, depois de submetido ao Tribunal do Júri, foi absolvido pela negativa de autoria e a ausência de provas. Mesmo assim, em junho de 2006, durante exibição do programa “Linha Direta”, o mesmo teve seu nome apontado como um dos participantes na chacina.

Após Recurso Especial interposto por Globo Comunicação e Participações S.A , o Superior Tribunal de Justiça⁹ manteve decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do

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. (JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cif.jus.br/cif/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 19/03/2015).

⁸ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 19/03/2015).

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que negou provimento ao recurso interposto pela ré. Recurso Especial nº. 1.334.097-RJ. Jurandir Gomes de França e Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2938>



Rio de Janeiro, condenando a emissora ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de danos morais, pois, segundo o Ministro Salomão, muito embora a Chachina da Candelária seja fato histórico que evidenciou a precária situação do Estado na proteção dos direitos humanos, a notícia poderia ser transmitida de forma fidedigna sem a necessidade de expor o nome e imagem do autor em rede nacional.

Por outro lado, a cizânia estabelecida no que se refere ao segundo caso citado diz respeito à ação de indenização por danos morais proposta pelos irmãos de Aida Curi, mulher que, no ano de 1958, foi abusada sexualmente por três homens que, posteriormente, tentar simular seu suicídio, atirando-a do décimo andar do prédio. Para os autores da ação, a veiculação do programa “Linha Direta Justiça”, também da Globo Comunicação e Participações S.A., após quase sessenta anos, reabriu antigas chagas, bem como, segundo eles, denota que a emissora demandada estaria explorando a tragédia com fins comerciais.

A época o Juízo da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedente os pedidos dos autores, decisão essa mantida pelo Tribunal Estadual em grau de apelação. Interposto Recurso Especial pelos irmãos de Aida Curi¹⁰, o egrégio STJ reconheceu o direito ao esquecimento dos familiares da vítima, porém, asseverou que, em casos como esse, é impossível dissociar o nome da vítima do delito, de forma que restaria inviabilizada a narrativa do fato sem mencionar o nome do ofendido. Por essa razão, o Recurso Especial, apesar de conhecido, foi improvido, sob o entendimento de que, neste caso, acolhido o pedido dos autores, violar-se-ia a liberdade de imprensa.

Se aqui a matéria caminha a passos lentos, em âmbito internacional os debates em torno do direito ao esquecimento, ou *right to be forgotten*, não são de todo novo, já que a matéria é tratada como um dos mais importantes desdobramentos dos direitos de personalidade, baseada no princípio da autodeterminação da pessoa enquanto membro da sociedade livre. Logo, pressupõe um direito do cidadão a liberdade de escolha nas

¹⁰ 1336 _registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 05 de março de 2015.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao recurso interposto pelo autor.** Recurso Especial nº. REsp 1335153-RJ. Nelson Curi e Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 05 de março de 2015.



informações que serão disponibilizadas e omitidas e, além disso, a opção de se comportar conforme tal decisão.

Na União Européia, por exemplo, a matéria era tratada pela Diretiva nº. 46/1995/CE (referente à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação), posteriormente seguida pela Diretiva 2002/58/CE (relacionada à privacidade nas comunicações eletrônicas). Contudo, o debate novamente veio à tona com o caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, onde um cidadão espanhol lutou para que tivesse seus dados suprimidos desta popular ferramente de buscas.

Em 1998, foi noticiado no jornal La Vanguardia, na página de anúncios de leilões públicos, que o imóvel pertencente ao advogado Mario Costeja González foi levado à hasta pública devido a dívidas com a seguridade social espanhola. No entanto, tal dívida já havia sido quitada, sendo desnecessário o leilão judicial. Em 2009, ele buscou o jornal que publicou a matéria a fim de ver seu nome desvinculado desse fato. Todavia, como a resposta do periódico foi negativa, sob o argumento de que a publicação obedecia uma ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, o mesmo não teve alternativa senão procurar a justiça.

Quando remetida ao Tribunal de Justiça da União Européia¹¹, porquanto se referia a direitos de personalidade, no dia 13 de maio de 2014, a Corte Superior julgou procedente o pedido do advogado espanhol e estabeleceu que o site de buscas devia, em alguns casos, apagar *links* que, divulgados no passado, prejudicassem um cidadão. Na ocasião, ressaltou-se que mencionada medida deveria ser analisada caso a caso, sendo cabível a remoção quando os supostos *links* já não fossem mais pertinentes, como no caso.

Pela análise dos julgamentos acima mencionados, é nítida a dificuldade que se tem para apreciar matérias como a presente, na medida em que não há uma regra ou receita pronta que se possa aplicar a todos os casos. Com efeito, isso faz com que os debates se deem sempre em nível principiológico, tendo, de um lado, a liberdade de expressão e de imprensa, enquanto, de outro, o direito de imagem e de

¹¹UNIÃO EUROPÉIA, Superior Tribunal Europeu. Caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*, C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014, acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>, acesso em 05 de maio de 2015.



personalidade, cuja relação de confronto estabelecerá a (in)cabimento do reconhecimento do direito (ou não) ao esquecimento.

A partir disso, o problema a ser enfrentado é como evitar que o eventual “direito ao esquecimento” não represente um “esquecimento do direito”, partindo do pressuposto de que coisas desimportantes hoje, quando necessárias amanhã, já possam ter sido excluídas da rede? A resposta a essa pergunta só pode ser alcançada partindo da análise da importância que tem a dignidade humana e a segurança jurídica, vetores fundamentais do arcabouço constitucional do recém-iniciado século XXI.

2. ... À CRÍTICA A RESPEITO DA SUBJETIVIDADE DO CRITÉRIO ADOTADO QUANTO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA:

Depois de analisado o surgimento do direito ao esquecimento em meio ao contexto da atual sociedade em rede, é chegada a hora de problematizar os prós e contras de, por um lado, a efemeridade do tempo (2.1) que, como se sabe, é um dos traços mais marcantes da atual sociedade líquido-moderna em que nos encontramos, e, de outro, a persistência da memória (2.2), responsável por frear que se rume a um novo paradigma constitutivo de ordem social.

2.1. Efemeridade do tempo: A dignidade humana como vanguarda na proteção dos direitos de personalidade

Não é de hoje que a dignidade humana se tornou o maior dos direitos, já que, ao que se nota, a vida, pura e simplesmente, dissociada dos predicativos capazes de lhes garantir um mínimo de condições dignas, não pode mais continuar sendo considerada o ápice da cadeia hierárquica dos direitos salvaguardados pelo corpo constitucional.

Nesse sentido também coloca Sarlet, que diz a dignidade humana abarca um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa “condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIIDDI

27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão”¹² com seus semelhantes.

Com isso em mente, pode-se dizer que tem sido o postulado da dignidade humana que vem impondo um repensar no que diz respeito não apenas a antigas como, sobretudo, as novas situações que vem surgindo em razão do avançar dos tempos. É o caso, por exemplo, do que Canotilho determina como sendo “o direito geral à autodeterminação informativa, que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”¹³ ou mesmo do próprio direito ao esquecimento, mais recentemente surgido.

Com efeito, lembra Rodotà, isso se deu em razão de que a referência a direitos e liberdade fundamentais, no contexto normativo presente, “exige em primeiro lugar uma releitura justamente do conjunto dos direitos elaborados por toda a modernidade constitucional”¹⁴. Em outras palavras, bem esclarece, a referência constante à necessidade de respeito aos direitos e liberdade fundamentais não pode implicar somente em uma comparação concreta entre as formas específicas de tratamento dos dados pessoais e cada um dos direitos e liberdades¹⁵.

Diante desse panorama, a proteção à dignidade da pessoa humana extrapola os conceitos clássicos estabelecidos pela ordem constitucional do final do século XX, exigindo que se pensem maneiras de resguardar a intimidade, honra e imagem do indivíduo no ambiente criado pela sociedade em rede. Isso por que, o modelo jurídico tradicional não responde a contento os novos desafios surgidos em razão do avanço - social, tecnológico e científico -, já que, muito embora sejam identificadas as normas aplicáveis ao caso, sua eficácia resta comprometida pela dificuldade técnica em fazer sejam cumpridas¹⁶.

Pode se concluir, com isso, que “ser esquecido” ou “deixado só” faz parte do conceito de dignidade humana, porquanto o simples fato de ser lembrado por algo indesejado pode trazer sofrimento, mágoa e angústia, ainda mais quando tais

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2^a ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 18-33.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria geral da constituição*. Ed. Almedina, Coimbra: 2013, p. 515.

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância. A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201.

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância. A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200.

¹⁶ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 13.



acontecimentos não possuem justificativas plausíveis para serem recordados. Parte-se da ideia que o indivíduo deseja um recomeço, isto é, anular um passado que possa ter existido e trilhar um novo caminho em seus novos (des)acertos¹⁷.

Ocorre que, pelo problema enfrentado na apreciação de temas como o em análise, que tratam exclusivamente de conflitos principiológicos, contrapondo-se a liberdade de expressão, imprensa e persistência da memória com o direito de imagem, personalidade e livre determinação na rede, surge à dificuldade em estabelecer padrões no reconhecimento do direito ao esquecimento. Justamente pela falta de critérios para determinar o que deve ser “lembrado” e o que deve ser “esquecido” é que podem surgir situações em que coisas consideradas desnecessárias hoje possam vir a ser relevantes em um futuro.

2.2. Persistência da memória: A segurança jurídica e o combate a um novo e temerário paradigma constitutivo de ordem social

Feitas as considerações sobre a dignidade da pessoa humana como justificativa para o esquecimento de dados, analisar-se-á o outro lado da moeda, isto é, como a falta de critérios objetivos para se estabelecerem paradigmas desse novo “direito”, bem como a ausência de conceitos bem delimitados pode levar a situações de violação do princípio da segurança jurídica,

Quando se fala de direito ao esquecimento, importante consignar, não se está a falar de um conceito sedimentado a respeito do que venha a ser a privacidade, pois como bem pondera Marcel Leonardi¹⁸, “o direito a ser deixado a só (...) não indica o que exatamente a privacidade representa” e, mais, “não aponta em quais circunstâncias nem sobre quais questões devemos ser deixados a sós”. Prossegue o autor referindo que “o direito de ser deixado só entende a privacidade como uma espécie de imunidade do indivíduo perante terceiros, um isolamento social, verdadeira privação”.

¹⁷ O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade - muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 160-161.

¹⁸ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.



Por isso que, analisar a matéria sob a simples ótica da proteção da privacidade e intimidade, na medida em que, passado determinado período de tempo, o cidadão teria o direito de não ser lembrado por fatos que possam lhe causar vergonha e descrédito, pode fazer com que estejamos diante de um verdadeiro isolacionismo social. Em outras palavras, vale dizer, é excessivamente restritivo limitar a noção de privacidade a um mero círculo de informações e dados a disposição e critério do indivíduo, excluindo-se, com isso, qualquer contato com o mundo exterior.

Até porque, diante do aumento incessante do fluxo de informações que circulam na sociedade em rede, tutelar o direito ao esquecimento com fundamento em um conceito dúvida e ambíguo, como o que atualmente se tem por privacidade, significa não só uma reclusão individual como, em última análise, de interação social, pois toda e qualquer informação divulgada em nome de terceiro poderia significar violação a sua esfera de privacidade.

Tal imprecisão é igualmente sentida no âmbito das decisões jurisprudênciais pátrias, pois, em que pese à matéria seja nova no Brasil, ganhando destaque a partir dos dois recentes julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a dificuldade do julgador em estabelecer critérios para o conceito de direito ao esquecimento. No caso referente à “Chacina da Candelária” a Egrégia Corte Superior reconheceu o direito ao esquecimento do autor da ação, condenando a emissora de televisão a indenizá-lo pela violação a seus direitos de imagem e honra. No entanto, quanto ao caso “Aida Cury”, o mesmo Tribunal apesar de compreender como adequado e necessário o pedido de “esquecimento” pelos familiares da vítima, ponderou que não seria possível dissociar o nome da vítima da matéria televisiva, sob pena de descharacterizar a narrativa do caso (ou seja, não haveria proporcionalidade em sentido estrito no que se refere ao pedido).

Na análise dos indigitados julgados, fácil perceber que o critério adotado foi o da pertinência do nome dos envolvidos na exibição do programa investigativo, ou seja, enquanto seria admissível exibir um programa sobre a Chacina da Candelária dissociando o nome do autor da ação do rol dos envolvidos, sem prejuízos à livre informação e expressão, seria impossível dissociar o nome da Aida Cury da narrativa do famoso crime ocorrido nos anos 50.

Para tanto, a justificativa do Corte caminhou no sentido de que, em crimes de grande repercussão nacional, a vítima se tornaria elemento inseparável do fato, o que



impediria a omissão de sua figura da narrativa. Na hipótese, conclui-se que seria impossível reproduzir o caso Aida Cury sem retratar a figura da pessoa que ela, Aida Cury, foi. Foi isso, portanto, que inviabilizou o reconhecimento do ao esquecimento desse caso concreto.

Vis-à-vis, ao lidar com casos envolvendo o direito ao esquecimento, o julgador sevê diante de matérias de cunho estritamente subjetivo, envolvendo conceitos muito amplos - tais como liberdade de expressão, privacidade e dignidade da pessoa humana -, o que leva, por vezes, a julgamentos distintos em situações análogas. A ausência de conceitos claros e precisos, aliada a necessidade de sopesar os interesses envolvidos, leva a uma dificuldade de se estabelecerem critérios objetivos aptos a viabilizar a tutela estatal e ponderar a (im)prescindibilidade dos dados objetos de controvérsia.

Vale lembrar, como bem ponderaram os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, os julgados analisados pelo Corte envolviam matérias de cunho estritamente televisivo e que, se analisados sob a ótica da internet, faria com que as discussões necessariamente ganhasse contornos totalmente diversos.

Com efeito, por ser um ambiente em que circula uma gama incessante de dados e informações, muito embora reconhecido o direito de ser deixado só, a aplicação das decisões judiciais na internet restaria sensivelmente prejudicada exatamente em virtude da incapacidade de apurar o alcance de divulgação dos conteúdos que ali circulam.

Basta ver, por exemplo, que na Europa, mesmo que a matéria já se encontre bastante desenvolvida, com a elaboração da Diretiva n. 46/1995/CE, posteriormente seguida pela Diretiva 2002/58/CE - que tratam, respectivamente, sobre a circulação de dados pessoais e a liberdade de expressão e, mais recentemente, a privacidade no que concerne as comunicações eletrônicas - isso não impediu que os debates fossem novamente estimulados, sobretudo com a possibilidade de perpetuação das informações em posse de terceiros e o controle de dados na internet.

Ao faltarem critérios objetivos, o direito ao esquecimento fica reduzido a algo discricionário e subjetivo, o que levaria a decisões conflitantes para casos análogos. Desse modo, o direito, concebido como o ramo da ciência destinado a solver os conflitos da vida em sociedade, não pode ficar a mercê de entendimentos irrestritos e arbitrários, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.



Até por que, assevera Demócrito Ramos Reinaldo Filho¹⁹ por não haver um “indicativo constitucional ou legal da extensão desse direito, pode haver um tratamento diferenciado pelas cortes judiciais, variando largamente de acordo com o contexto social e político em que se discutam questões ligadas à privacidade”, concluindo que as “como as circunstâncias em que esse tema está implicado podem variar largamente, fica difícil prever o resultado das lides judiciais em cada caso concreto, sendo, ao contrário, fácil prognosticar uma tendência ao desencontro de decisões judiciais”.

Nesse diapasão, ganha força a alegação de que, pela imprevisibilidade das decisões judiciais, haverá um expressivo aumento no índice de insegurança jurídica - fato que contribuirá, via de consequência, para o enfraquecimento, como um todo, do estado democrático de direito -, o que é inaceitável, já que, a segurança jurídica deve representar a certeza que o cidadão tem de que, no sistema jurídico regulador das relações de direito público e privado, casos idênticos tenham respostas necessariamente identicas.

Nesse aspecto, só o estabelecimento de regras claras e objetivas podem representar a mudança que se quer ver, afinal é delas que advirão decisões mais justas e adequadas ao melhor direito e cujo norte será, sempre, uma aplicação constitucional equilibrada de direitos e garantias fundamentais²⁰.

CONCLUSÃO

Não se tem dúvida, as novas tecnologias da informação e comunicação mudaram vertiginosamente a forma da sociedade se relacionar, fato que revela adequado e necessário implementar medidas que permitam fazer com que a rede não concretize um afronto ao postulado da dignidade humana. É com esse pensamento em mente que se estabeleceu o chamado direito ao esquecimento ou *right to be forgotten* - como conhecido

¹⁹ Reinaldo Filho, Demócrito (coord.) *A privacidade na “sociedade da informação”*, in *Direito da informática: temas polêmicos*. Bauru: Edipro, 2002, p. 28-29.

²⁰ O constitucionalista Luís Roberto Barroso, por exemplo, assevera que “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto”. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 352.



no exterior, onde, ao contrário do Brasil, em que a composição do instituto se arrasta a passos lentos, a temática já é bastante desenvolvida.

Recebida com alguma resistência pelos teóricos do direito, referido instituto vem sendo colocado em xeque já que, não bastasse à possibilidade de um fato desimportante hoje vir a ser considerado importante no futuro, quando já “esquecido”, faltam critérios claros quanto a sua aplicabilidade ou cabimento diante de um determinado caso concreto. Tanto é verdade que, analisados os casos envolvendo o direito ao esquecimento no Brasil, nota-se fora expressamente salientado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que as análises se davam da maneira como posto naquela ocasião em razão justamente se tratarem de casos de publicações em mídia televisiva, já que, em sua concepção, o debate ganharia contornos diferenciado caso transporto à internet.

Logo, conclui-se que apesar da impescindibilidade do tema, o qual afeto aos direitos de personalidade, falta ainda aos Tribunais brasileiros um melhor e mais profundo aperfeiçoamento do que poderá vir a ser, de fato, em um futuro próximo, esse tão importante e fundamental instituto da contemporânea sociedade em rede. Isso porque, da maneira como visto até então, parece reforçada a concepção de que o que temos é, antes de tudo, o “esquecimento do direito”, e não um “direito ao esquecimento”, uma vez que, enquanto ciência jurídica que é, o direito não pode ser reduzido a algo estritamente discricionário, sob pena de, ao faltarem critérios objetivos, estar-se prejudicando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 19/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que negou provimento ao recurso interposto pela ré. Recurso Especial nº. 1.334.097-RJ. Jurandir Gomes de França e Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&numero_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 05 de março de 2015.



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao recurso interposto pelo autor.** Recurso Especial nº. REsp 1335153-RJ. Nelson Curi e Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de maio de 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 05 de março de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria geral da constituição.** Ed. Almedina, Coimbra: 2013.

CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede.** Vol. 1. 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade.** v. 2. 6 ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vi-jornada.pdf>>. Acesso em: 19/03/2015.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2012.

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Cibercidadani@ o ciudadani@.com?** Barcelona: Gedisa, 2003, p. 96.

REINALDO FILHO, Demócrito (coord.) **A privacidade na “sociedade da informação”**, in Direito da informática: temas polêmicos. Bauru: Edipro, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A Privacidade Hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** 2ª. ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

UNIÃO EUROPÉIA, Superior Tribunal Europeu. **Caso Google Spain v AEPD and Mario Costeja González**, C-131/12, julgado em 13 de maio de 2014, acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>, acesso em 05 de maio de 2015.