



DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB O ASPECTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO.

Daniel Feitosa Barbosa * - danielfbarbosa@outlook.com.br

Helena Segura Galvão Duque ** - helenagduque@hotmail.com

Marina Gabriela Moreira *** - braghere@gmail.com

Ana Paula Pescatori Bismara Gomes **** - ana@anabismaratributario.com.br

Eduardo Antonio Pires Munhoz *** - prof.edumunhoz@gmail.com

Resumo: Diante do surgimento de novos diplomas legais, enunciados e entendimentos jurisprudenciais a respeito da regulamentação e proteção a imagem e fatos publicados por meios de comunicação, esse artigo objetiva a discussão e ponderação do embate entre princípios antagônicos no ordenamento jurídico, quando da ocorrência de acontecimentos pretéritos e notórios, violadores da moral e dignidade do ser humano, consubstanciado pelo direito ao esquecimento, resultante da presunção e valorização dos direitos da Personalidade, de acordo com que estabelece o Enunciado 531 do Conselho Federal de Justiça, face à liberdade de expressão e o direito à informação, consagrados na Constituição Federal, que assegura ao indivíduo o livre direito de idealizar as suas convicções pessoais e coletivas.

Palavras-Chaves: Direitos da Personalidade; Esquecimento; Informação.

Abstract: Given the emergence of new legal diplomas, statements and jurisprudential understandings regarding the regulation and protection of the image and facts published by the media, this article aims to discuss and ponder the clash between antagonistic principles in the legal system, when the occurrence of past events and notorious, violators of the moral and dignity of the human being, embodied by the right to forgetfulness, resulting from the presumption and appreciation of the rights of the Personality, in accordance with the Federal Council of Justice Statement 531, regarding freedom of expression and the right to information, enshrined in the Federal Constitution, which guarantees the individual the free right to idealize their personal and collective convictions.

Keywords: Personality Rights; Forgetfulness; Information.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo expor e demonstrar, sem exaurimento da matéria, a antinomia entre o direito ao esquecimento face ao direito à informação, ambos inseridos no rol meramente exemplificativo dos direitos da personalidade, dispostos na Constituição Federal e Código Civil Brasileiro, na perspectiva da Era Digital, quando da ocorrência de acontecimentos pretéritos e notórios, violadores da moral e dignidade do ser humano, consubstanciado pelo direito ao esquecimento, tendo em vista que atualmente uma notícia divulgada em meios eletrônicos pode vir a ser compartilhada por milhares de pessoas em questão de segundos.

Será também discutida a questão da relevância para a divulgação de determinado conteúdo, pois como é sabido, os veículos de comunicação se utilizam de fatos notórios e pretéritos, muitas vezes de cunho vexatório para conseguir publicidade com a degradação da imagem alheia.

Por fim, abordada a importância e aplicação dos direitos da personalidade a seguir apresentados, deve ser levado em conta que a aplicação de um em detrimento de outro não é absoluta, de maneira que cabe ao Magistrado realizar a análise coerente do feito e decidir pela preponderância e efeitos causados pela divulgação das notícias.

2. Direito da personalidade

Personalidade, segundo Clóvis Bevilácqua, constitui, “o conjunto dos direitos ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser”. Já perante a doutrina civilista tradicional, personalidade é definida como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”.

O valor da dignidade da pessoa humana surge no ordenamento jurídico como elemento unificador das normas e categorias jurídicas, com forte influência sobre o direito de personalidade. Portanto, é um conceito que também demanda estudo e delimitação conceitual.

Tem-se para tanto que a dignidade humana e o principal limite à disponibilidade dos direitos de personalidade. Uma das características dos direitos de personalidade apontada quase unanimemente pela doutrina é a sua indisponibilidade, em consonância com o art.11 do Código Civil, vejamos: 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.

Em que pese o entendimento pela intransmissibilidade e impossibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, comparando a teoria com a experiência, inclusive com a prática pretoriana, surgem algumas dúvidas quanto ao alcance dessa indisponibilização, demonstrando que os direitos a personalidade são relativamente disponíveis.

Alguns elementos que auxiliam a verificação dessa hipótese são o consentimento do interessado e a distinção entre bens disponíveis e bens indisponíveis. Nesse momento se faz uma crítica aos fatores limitantes da autonomia privada, tendo em vista a importância da liberdade para a realização da dignidade da pessoa humana por meio dos direitos de personalidade.

O maior exemplo que temos hoje como garantia constitucional nos dias atuais é o princípio da dignidade humana (Art.1º, III da CF), que foi consagrado como um direito inerente a todo ser humano, segundo SARLET, entende-se a dignidade como:

Qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não se pode

ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade a que lhe seja concedida a dignidade. [...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida, ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Nesse sentido, sob as constantes mutações que o direito enfrenta com a evolução histórica, social, cultural e principalmente tecnológica é verossímil que o mesmo acompanhe tais mudanças, ao passo que a cada nova situação enseje do direito uma resposta adequada àquele novo fato social.

Ou seja, ao passo que temos como norteador um princípio de tanta magnitude, trazemos consequências positivas a vivência social. No entanto, esse conceito não é tão simplista, uma vez que dele originam-se outros tantos direitos.

Nesse sentido, sabe-se que os direitos fundamentais são indispensáveis a pessoa humana e necessária para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual (Na medida de suas diferenças). No entanto, levando em consideração a evolução da sociedade muito se discute acerca dos limites de tais direitos e de como proceder quanto há uma antinomia entre institutos de tanta magnitude, mas o que se sabe é que, muitas das mazelas que sofreu a humanidade foi justamente por não haver nessa época valores preestabelecidos como algo que não pode ser retirado do homem, pois, já lhe é inerente.

O reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decore a salvaguarda de direitos como a vida, a liberdade, a igualdade, a integridade física e moral, a honra, a reserva sobre a intimidade da vida privada face ao também direito a expressão.

3. Direito ao esquecimento

O “direito de ser deixado em paz”, ou melhor, o Direito ao Esquecimento é um tema extremamente pertinente em se tratando do ponto de vista do progresso tecnológico, pois, é alusiva a pertinência temporal das informações de cunho singular. Este instituto que é adjunto ao direito da personalidade e que incide na esfera do direito à integridade moral é preceituado por Maria Helena Diniz, como:

O direito da pessoa à autodeterminação informativa, ou seja, de controlar seus dados pessoais, de decidir se fatos preteridos alusivos à sua vida poderão ser, ou não, novamente, alvo de noticiários, comentário, filmagens que possam afetar a sua vida presente ou futura.

Assim, o direito ao esquecimento, classificado como direito autônomo da personalidade, correlacionado ao direito à integridade moral e pessoal, privacidade histórica e memória pessoal do indivíduo, consiste na exigência de um comportamento negativo por parte de terceiros, cuja veiculação era anteriormente considerada lícita, com o objetivo de não relembrar fatos que não possuam legítimo interesse público ou atualidade, de comportamentos pretéritos da pessoa, garantindo a esta proteção presente e futura de sua vida, bem como daquelas inseridas em seu núcleo de convivência, ante ao impacto e estigmatização em sua imagem-retrato, dignidade e intimidade, causado por nova divulgação midiática, o que por consequência atenta contra a sua dignidade, princípio basilar de nossa Carta magna.

2.1 Do surgimento histórico

A temática do direito ao esquecimento possui registros desde 1858 na França, ganhando destaque com a regulamentação de políticas de privacidade de dados, bem como com a criação de órgãos reguladores independentes voltados para a questão, por parte da União Europeia, centenas de anos depois, com destaque para a publicação da Diretiva 46/95 e ainda a Diretiva 58/2002, a qual versa sobre a privacidade nas comunicações eletrônicas, permitindo que o direito ao esquecimento na internet fosse devidamente tutelado, quando se afirma que os “dados são considerados inadequados, não pertinente ou não mais pertinente do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido”.

Com a edição dessa diretriz, a Google, baseado nessa medida possibilitou aos seus usuários solicitar o fim da veiculação de determinada matéria, informação ou dado de suas fontes de pesquisa. Para tanto, o usuário afetado com a divulgação do resultado nos sites necessita apenas da confirmação de sua identidade pessoal, o link que deseja ser retirada, bem como plausível justificativa para a tomada de tal medida, a qual não deve

ser contrária ao interesse coletivo, sendo analisada posteriormente pela empresa, que poderá optar pela retirada destes dados de circulação.

2.2 Da era digital

Por reflexo as medidas de política de proteção a dados, também denominada “autodeterminação informativa”, relacionadas ao direito ao esquecimento, em prol do respeito aos direitos da personalidade, tomadas em âmbito internacional, o Brasil, que antigamente apenas abordava a matéria de maneira rasa e teórica, passou a discutir a matéria com maior ênfase, resultando em 2013, com a edição do o Enunciado nº 531, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, em respaldo ao disposto no artigo 11 do Código Civil Brasileiro.

Destarte, que este tem correlação direta com o princípio da dignidade humana como podemos contatar pelo referido Enunciado: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Ou seja, um direito que merece a tutela jurisdicional, pois incide sobre um dos mais importantes princípios do ordenamento atual.

Vejamos a justificativa do referido Enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento em 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 finalidades com que são lembrados.

Mencionado princípio não encontra reflexos apenas nas esferas cível e constitucional, mas também no direito penal pátrio, uma vez que ha a vedação de penas perpetuas e de que o condenado não pode ser sancionado duas vezes pelo mesmo crime, afinal, uma vez tendo cumprido com a sanção legalmente fixada, o cidadão tem direito de reconstruir sua vida em meio à sociedade, sendo que a nova veiculação de dados e

informações negativas ao seu respeito interfere diretamente na sua reinserção e moral, colocando-o em degradante estado social por seus semelhantes.

Nesta seara, a análise e discussão sobre o direito ao esquecimento e à liberdade de expressão e informação ganham cada vez mais destaque e relevância diante da necessidade de regulamentação e proteção a dados, imagens e fatos divulgados por meios digitais de comunicação pessoal e coletiva, o que torna forçosa a reformulação de conceitos basilares na formação humana pessoa e coletiva, mediante a análise diferenciada entre princípios tão conflitantes.

Deve também ser matéria de atenção que o direito ao esquecimento atualmente encontra sua maior problemática no ambiente digital, devido a imensa facilidade em que os dados e informações são propagados mundialmente, a ausência de fronteiras físicas, o indeterminado armazenamento destas informações e escassa regulamentação jurídica em matéria de divulgação de dados, o que reduz visivelmente a chance de efetivação da tutela e resguarda dos direitos pessoais do prejudicado.

A Liberdade de imprensa, cujo postulado e o direito a informação, inicia-se no livre direito de as pessoas poderem se manifestar, interagir e comunicar-se para com seus próximos e alcança toda e qualquer forma de comunicação.

Desdobra-se em três dimensões: o direito de informar, uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, conhecido como direito de acesso à informação, correspondente à faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, associado ao direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público (CANOTILHO, 2007, p. 573).

A poderosa influência da era digital que possibilita a comunicação em massa de tal maneira, que, uma vez exposto um fato de forma descontextualizada de seu tempo, trazendo situações de cunho constrangedor ou vexatórias à tona e tornando ainda aquele fato que quer ser esquecido pelo indivíduo como um acontecimento “ad aeternum”, não possibilitando um mínimo existencial aquele indivíduo que quer alcançar garantia efetiva de que aquele fato seja esquecido.

Tais direitos, como o respeito a imagem e utilização, acesso e divulgação de dados e informações também são disciplinados de maneira lacunosa e parcial através de

diplomas brasileiros, tais como o Marco Civil da Internet (Lei no 12.965/2014), o Código de Defesa do Consumidor (Lei no 8.078/1990), a Lei de Acesso a Informações (Lei 12.527/2011) e a Lei do Habeas Data (Lei no 9.507/97).

Todavia, em que pese toda a valoração deste direito, o direito ao esquecimento contrapõe-se de forma antagônica com o direito à liberdade de expressão, direito à informação e não menos importante, a dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 5º, incisos XXXIII e XIV e 220, todos da Constituição Federal, vez tida como incompatível com o sistema constitucional brasileiro quando aplicada de maneira absoluta, pois coloca em risco a participação verdadeira, consciente e ativa dos cidadãos em sua esfera pública e privada, mas também o livre direito de formar suas convicções pessoais e coletivas, juízos de valor e crenças com base nos acontecimentos pretéritos e presentes, na formação de sua história.

Assim, resultam em verdadeira “antinomia real ou lacuna de conflito” a análise e aplicação destes princípios fundamentais no caso concreto, “por não haver na ordem jurídica qualquer critério normativo para sua solução” o que exige do Julgador verdadeiro uso das técnicas da ponderação, disposto nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e prudência, sopesar a preponderância dos direitos no caso concreto, conforme bem apontado por Maria Helena Diniz.

Mesmo não havendo tipificação expressa deste, é notória sua importância, tanto sob o aspecto da deturpação que pode recair sobre a pretensão (de direito) à ressocialização de condenados, bem como a importância que tem as informações na era digital, que tem rápida ascensão e pode gerar uma série de consequências na vida do particular.

O direito de expressão é livre e derivado de atos próprios, porém, seu exercício deve ser limitado a depender do caso concreto, sob pena de interferir diretamente ao também limitado, direito ao esquecimento da parte, que é diretamente dependente de atos de terceiros de maneira a lesionar sua esfera particular.

3. Caso chacina da Candelária

O episódio mais marcante que ocorreu no Brasil a cerca desse tema, certamente foi o conhecido caso da "Chacina da Candelária", em que um carro passou efetuando vários disparos contra os moradores de rua que ali se encontravam em frente à Igreja da Candelária no Rio de Janeiro no ano de 1993, deixando oito pessoas mortas, dentre essas, várias eram crianças.

Em meio a investigação foi acusado de participar do crime Jurandir Gomes de França, que posteriormente devido a confissão do autor do crime foi desconsiderada sua participação, no entanto, ainda assim foi submetido a júri, do qual foi absolvido de forma unânime, entretanto, anos depois o mesmo teria sido procurado por entrevistadores do programa de TV "Linha Direta" afirmando de participar de um documentário e mesmo com a recusa em participar, em 2006 o programa foi ao ar, apontando-o como um dos envolvidos na chacina, não obstante ainda informando seu nome e divulgando sua imagem, esta situação fez com que o mesmo sofresse com ódio social novamente, uma vez que seu atual círculo social que não tinha conhecimento do fato passando a desconfiar se de fato ele era envolvido e ainda trazendo prejuízos em sua vida profissional, pois, o mesmo não conseguia mais emprego.

Diante os prejuízos causados pela divulgação do documentário este entrou com ação de reparação de danos face a TV Globo, posto que esta teria violado seu direito a imagem, causando-lhe um enorme abalo em sua vida. Requerendo ainda permanecer do anonimato.

Em grau de apelação decidiu o Tribunal em seu favor, vejamos:

APELAÇÃO. AUTOR QUE, ACUSADO DE ENVOLVIMENTO NA CHACINA DA CANDELÁRIA, VEM A SER ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI POR UNANIMIDADE. POSTERIOR VEICULAÇÃO DO EPISÓDIO, CONTRA SUA VONTADE EXPRESSA, NO PROGRAMA LINHA DIRETA, QUE DECLINOU SEU NOME VERDADEIRO E REACENDEU NA COMUNIDADE EM QUE VIVIA O AUTOR O INTERESSE E A DESCONFIANÇA DE TODOS. CONFLITO DE VALORES CONSTITUCIONAIS. DIREITO DE INFORMAR E DIREITO DE SER ESQUECIDO, DERIVADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PREVISTA NO ART.1º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(2008.001.48862-AC-RESP CIVIL- CHACINA CANDELÁRIA- DIREITO
AO ESQUECIMENTO)

Há ainda, que se observar as justificativas que formularam os juristas para chegar a tal conclusão, vejamos:

I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).

Está que foi posto posta em discussão em audiência pública por meio de Recurso Extraordinário (1010606) pelo STF, a fim de pacificar o tema, no qual fica evidente os conflitos de preceitos constitucionais, tais como, inviolabilidade da honra e direito à privacidade, versos a liberdade de expressão e o direito à informação. No qual foi decidido em favor da aplicabilidade deste direito.

4. Direito Comparado

O Direito ao esquecimento além de ser consagrado pelo constitucionalismo moderno brasileiro e já foi reconhecido também por diversos outros países como nos EUA, onde este instituto é denominado como “*The Right to be let alone*” e nos países de língua espanhola como “*Derecho al olvido*”.

O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegurar a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

4.1 Caso Malvin versus Reid

Esse instituto foi debatido pela primeira vez no Tribunal de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos no ano de 1918, no caso Malvin versus Reid, caso em que Gabrielle Darley, uma prostituta acusada de homicídio, que fora inocentada, anos depois já com outro estilo de vida com filhos e casada, é surpreendida quando vê esses fatos expostos detalhadamente em um filme (Red Kimono), seu marido Melvin procura reparação pois queria que sua esposa se visse livre de ataques ao seu caráter, bem como a sua reputação. Que aceitou seu pedido sobre o fundamento que Gabrielle levava uma vida correta e merecia a felicidade, o que incluía conservar sua posição social. (STJ, Resp nº1.333.097-Rj-2013)

4.1 Caso Lebach

Há ainda o caso “Soldatenmord Von Lebach” debatido no Tribunal Constitucional Alemão, no caso que ocorrera em 1969, uma chacina de quatro soldados alemães, que levou a condenação a pena de morte de dois acusados e a pena de seis anos a um terceiro. Anos depois uma rede de TV alemã produz um documentário com data de lançamento próxima da provável data de saída desde da prisão que se baseava nos fatos ocorridos, apresentando fotos reais, o nome dos acusados, bem como disporia sobre a homossexualidade dos mesmos.

No entanto este que estava em processo para conseguir sua liberdade condicional quando soube, entrou com uma liminar para que não fosse publicado

arguindo seu direito ao desenvolvimento previsto na Constituição daquele país, após chegar a Corte alemã decidiram por proibir a exposição do documentário.

Vejamos uma parte do acórdão proferido pela Corte.

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, p.ex. na forma de um documentário. 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 (ressocialização). (STJ, Resp nº1.333.097-Rj-2013)

Tendo em vista que este instituto tem a pretensão de salvaguardar os prejuízos de ordem moral, psicológica, social e até mesmo financeira que pode acometer aquele indivíduo que já tenha sido processado, julgado, condenado e cumprido com suas obrigações perante a lei, e que, não tendo relevância para o interesse público, não concernindo uma nova discussão dos fatos pretéritos, que apenas tem pertinência para aquele indivíduo particular.

Portanto, ainda que o fato seja verídico, sob a égide da legalidade, se o mesmo cumpriu sua pena, não deve mais nada ao Estado e esse tem ainda o direito de ser reintegrado na sociedade.

5. Do que não pode ser esquecido

Diante da problemática exposta até então é importante ressaltar - O que o Direito ao esquecimento não pode e não deve alcançar. Como já discutido anteriormente ele tem grande penitência em muitos aspectos. No entanto, há uma linha tênue que não pode ser rompida, pertinente às questões de interesse social, por tanto, do Estado.

Vicenzo Miceli, Jean Rivero e René Ariel Dotti apontam, com razão, a necessidade de haver limitação à liberdade de informação e aos direitos da personalidade (como p. ex. o direito a ser esquecido) para o viver em sociedade, pois cada direito corresponde a um dever do próprio titular, para consigo mesmo e para com outrem. Assim, os “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. (Enunciado n. 139 do CJF).

Pela Lei de Acesso à Informação, art. 31, deve haver equilíbrio entre os direitos fundamentais, pois reza: “O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”.

5.1 Direito à memória

Faz-se necessário traçar essa linha por questões históricas e porque não éticas sobre os acontecimentos mais notáveis que ocorreram na humanidade, tanto para o bem, quanto para o mal (no sentido ora empregado).

São fatos sociais que não se submetem ao esquecimento: as revoluções, as guerras, os genocídios e etc. Podemos citar alguns acontecimentos memoráveis em uma breve “passada” dentre os que já ocorreram, tais como: Os Campos de Concentração Nazista na Alemanha, a Segunda Guerra Mundial, o Ataque as Torres Gêmeas, A Revolução Francesa. Ou ainda aqueles que têm grande repercussão por parte da mídia, por envolver pessoas públicas e/ou políticas ou por envolver crimes tipicamente graves. Uma série de acontecimentos que habitam na memória coletiva seja por sua importância na evolução da humanidade ou pelo simples fato de tamanho desastre ser perdurável.

O Direito à memória assim como o Direito ao Esquecimento não tem uma norma que o regulamente, mas está intrinsicamente ligado ao princípio da dignidade humana, nesse sentido podemos citar a criação da Comissão Nacional da Verdade, que foi criado com escopo de esclarecer violações aos direitos humanos que ocorreram

durante o período militar. A lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011 em seu Art. 1º dispõe:

Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Ou seja, o instituto tutela direito a memória e não se finda por aí, garante, ainda, que os fatos pertinentes àquela época sejam esclarecidos, pois são de interesse coletivo. Objetiva não só elucidação do ocorrido, mas que as informações obtidas sejam levadas a público, como podemos constar pelo Art. 3º da referida lei:

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º;

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; (...)

É notório que resguardar essas informações não apenas contribuem para a construção da história, que será passada para as gerações seguintes, mas também por fazer parte da evolução transferir o que aprendemos as próximas gerações, tanto para resguardar momentos históricos porque pertence à humanidade como um todo, bem como para que não se respitam eventos gravosos da magnitude dos que foram citados acima.

Maurice Halbwachs, sociólogo francês, discípulo de Emile Durkheim, falava em uma de suas principais obras acerca da “memória coletiva”, onde diferentes grupos de indivíduos criam por meio de uma combinação de memórias, mesmo que involuntárias memórias coletivas acerca de fatos que marcaram o povo:

... para que a nossa memória se aproveite da memória dos outros, não basta que estes nos apresentem seus testemunhos: também é preciso que ela não tenha deixado de concordar com as memórias deles e que existam muitos pontos de contato entre uma e outras para que a lembrança que nos fazem recordar venha a ser constituída sobre uma base comum. (HALBWACHS, 2013, p. 39)

Conclui-se que estas memórias que integram a memória coletiva de um povo não podem jamais serem confundidas com aquelas que pertencem singularmente ao indivíduo particular, que existe uma clara distinção entre o que é de interesse coletivo e que está não pode ser usada como pretexto para encobrir tais fatos.

6. Da ressocialização

O direito ao esquecimento ante ao direito à informação é um tema de grande relevância sob vários aspectos, tendo em vista que esse engloba diversos problemas que afligem a sociedade moderna. Sendo este precursor nos debates de vários assuntos, primordialmente quando se fala na pertinência temporal das informações.

Vislumbra-se aqui abordar os referidos institutos sob égide da proporção das penas no âmbito criminal e por também social, pois hoje reputasse aos meios sociais grande relevância, uma vez que estes podem influenciar positiva ou negativamente aqueles indivíduos que tem suas vidas expostas, não abrangendo, por tanto, apenas a dosimetria da pena, mas também de como estas podem repercutir perante a sociedade após seu cumprimento, ou seja, a complexibilidade que versa este tema na Era digital, em que as informações têm rápida repercussão, cabendo ao direito (como tal) acompanhar tais mutações e tutelar tal direito.

Aquele indivíduo que se desvirtuou dos mandamentos legais e que caiu na vala das ilicitudes, ainda que processado e após o ter passado pelo tramite do devido processo legal teve o trânsito em julgado de sua condenação, ter ainda, cumprido sua pena na integralidade, pode-se afirmar que este indivíduo já pagou por seus débitos perante a justiça, por tanto, tem o direito a ressocialização. Finda-se que cabe ao Estado dar o subsídio necessário a esse indivíduo, garantindo-lhe o mínimo existencial, tutelando a

dignidade da pessoa humana, bem como fazendo valer uma das finalidades precípua da pena para com a sociedade.

O clássico livro de Dos Delitos e das Penas escrito por Cesare Beccaria foi um grande expoente no caminho para racionalização e humanização para estabelecer diretrizes para a justiça criminal, este utilizou da Teoria do Contrato Social de Rousseau, para originar as delimitações do direito de punir, diante das esdrúxulas penas naquele tempo, quais sejam as penas cruéis.

Esta configurou uma grande revolução na maneira de pensar do direito penal, pois, entendia-se que o indivíduo devia abrir mão de uma porção de liberdade para viabilizar o convívio social, mas, que, no entanto, está não deveria ultrapassar a liberdade mínima depositada em cada indivíduo.

Ou seja, segundo Beccaria:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. (Beccaria, 2015, p. 24)

O ordenamento jurídico brasileiro traçou algumas diretrizes para proteger esse indivíduo que quer voltar ao convívio social após cumprir sua pena, vejamos que de acordo com o Art. 202 da Lei de Execução Penal:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Cumpra ainda esclarecer alguns assuntos para melhor elucidação do tema, tais como a reabilitação criminal que se encontra no Art. 93 do Código Penal, este se refere ao direito que tem aquele que foi condenado por sentença definitiva: ao amparo legal de que estejam sobre sigilo os registros de seu processo, bem como de sua condenação desde que atendidos os requisitos do Art.94 do CP.

De acordo com Giuseppe Bettiol (1966, p.226), conforme citado por Cleber Masson (2019, p.707) entende-se o instituto da reabilitação como sendo:

...instituto jurídico-penal que se destina a promover a reinserção social do condenado, a ele assegurando o sigilo de seus antecedentes criminais, bem como a suspensão condicional de determinados efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação, mediante declaração judicial no sentido de que as penas a ele aplicadas foram cumpridas ou por qualquer outro motivo extintas. Busca, pois, reintegrar o condenado que tenha cumprido a pena na posição jurídica que desfrutava anteriormente a prolação da condenação.

Mas será que é suficiente ao indivíduo que quer voltar ao convívio social, que não conste mais em seus registros o seu passado delituoso? Tem-se que a maioria dos indivíduos que se encontram em tal situação retoma a vida a criminoso. De acordo com relatório publicado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto o IPEA, acerca da reincidência criminal no Brasil, o índice de reincidência nesse período chega a 70%, ou seja, grande parte da massa carcerária não consegue a de fato a ressocialização.

Será mesmo que todas essas pessoas não querem para si a chance de uma vida digna, ilibada, honesta longe de toda essa ruína e da continuidade delitiva, ou será que não encontram amparo efetivo. A “mão” do Estado quando se trata de garantir a ordem social por meio de cominação da pena é pesada, mas e quando esse indivíduo volta a sociedade como se dá o seu tratamento.

Para tanto se faz necessário a aplicação do direito ao esquecimento, a fim de proporcionar a este a chance do amanhã, e o direito ao esquecimento, por tanto, é fundamento nesse sentido, pois não pode o sujeito pagar para sempre pelo crime cometido.

7. Da prescrição

Outro questionamento em se tratando do direito a informação frente o direito ao esquecimento, é se esse direito tem uma validade definida para ser “requerido”, temos como exemplo o caso que foi julgado em conjunto com a “Chacina da Candelária”, mas, que, o STJ decidiu de forma diversa.

7.1 Caso Aída Cury

O caso de Aída Cury ocorrido em 1958 no Rio de Janeiro, uma jovem, que, após sair do colégio de freiras que estudava em Copacabana é vítima de tentativa de estupro e homicídio, o caso teve grande repercussão por conta de sua gravidade e pela revolta da população, deixando a família desolada. Não o bastante, anos depois de o fato cair no esquecimento da mídia, o Programa de TV Linha Direta, resolve transmitir documentário retratando o crime, trazendo novamente a dor daquela família átona.

Então os irmãos das vítimas invocaram o direito ao esquecimento, mas o tribunal entendeu ser notória a associação do nome da vítima caso, não podendo a família invocar em nome do luto tal indenização.

8. Uso da ponderação pelo magistrado

Em que pese a correta decisão e o correto procedimento jurisprudencial quando do tratamento da nova divulgação de dados e notícias pessoais, em conflito ao direito da personalidade da pessoa afetada, infelizmente ainda não fora estabelecido um critério temporal para que a divulgação de acontecimentos notórios, mas em interesse publico, sejam considerados ilícitos ou possam permanecer acessíveis a população mediante simples buscas pelos meios de comunicação, de maneira que o prejudicado depende exclusivamente do bom senso e análise do caso concreto por parte do julgador.

Pelo Enunciado 274 CJF aprovado na IV Jornada de Direito Civil havendo colisão entre direitos da personalidade dever-se-á aplicar a técnica da ponderação, pois, assim, prescreve: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo

Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

E o CPC, art. 489, §2º, por sua vez, trata do uso do critério da ponderação, ao dispor:

No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

O órgão judicante, por meio de ponderação deverá, então, sopesar as normas conflitantes, alusivas aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais fazendo comparação entre elas aplicando aquela que for mais justa ao caso concreto. (LINDB, art. 5º).

Neste sentido a lição de Antonio Carlos Morato e Maria Cristina de Cicco:

É necessário ponderar a tutela do direito ao esquecimento com a liberdade de informação, procurando um ponto de equilíbrio entre o direito de narrar os acontecimentos e de informar os membros da sociedade e o fundamental direito de cada um a não ver prejudicada a natural evolução da própria personalidade com uma nova difusão de notícias que repropõem uma identidade cristalizada e não evoluída no tempo e, portanto, frequentemente não mais correspondente ao atual papel do indivíduo na sociedade. Ponderação que deverá ser efetuada mediante o exame dos interesses em conflito em relação ao fundamento dos princípios colidentes, isto é, a dignidade da pessoa humana e sempre em concreto, jamais em abstrato.

O art. 12 do Código Civil prescreve:

“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

A Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) assegura o direito fundamental de acesso à informação, e limita sua aplicação, determinando que, quanto às informações pessoais, dever-se-á respeitar intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa.

9. Considerações finais

Em vista do que fora pesquisado para a produção desse artigo, foi contatado, que a antinomia se tratando do direito ao esquecimento e ao direito à informação, é que ambos são relativos e não há como hierarquizá-los, cabendo, portanto, ao magistrado utilizando da técnica da ponderação sopesar a aplicabilidade pertinente ao caso concreto, enquanto não há uma legislação pertinente ao tema, a fim de preservar aquele que merece a tutela jurisdicional no caso concreto.

14. Referências

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**, 2ª ed. Editora Edipro. São Paulo, 2015.

CUDISCHEVITCH, C.O. O direito ao esquecimento e seus efeitos jurídicos e sociais. Orientador: Dr Celso de Albuquerque Silva. Monografia apresentada para conclusão de curso. Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ 66p. 2017. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/2017-2-tcc-clarice-cudischevitch>. Acesso em: 28 ago. 2019

HALBWACKS, M. **A memória coletiva**. Biblioteca vértice – Sociologia e política: São Paulo. 189 p. 1990.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório de Pesquisa – Reincidência Criminal no Brasil**. 160 p. 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 28 ago. 2019.

MASSON, C. **Direito Penal Parte Geral**. Editora Método. Ed 13ª ed. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Sexta Câmara Cível. **Apelação Cível nº: 2008.001.48862 Apelante: Jurandir Gomes de França Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A**. 2012. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/2008.001.48862-AC-RESP-CIVIL-CHACINA-CANDEL%C3%81RIA-DIREITO-AO-ESQUECIMENTOvoto.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A, ADVOGADOS: JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTRO(S), JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(S), RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA, ADVOGADO: PEDRO D'ALCÂNTARA MIRANDA FILHO E OUTRO(S)**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 20 abr. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp: Nº 1.334.097 RJ 2012/0144910-7** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ 11/10/2017. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>. Acesso em: 28 ago. 2019.

* **Daniel Feitosa Barbosa: é aluno do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.**

****Helena Segura Galvão Duque: é aluna do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.**

*****Marina Gabriela Moreira: é aluna do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.**

******Ana Paula Pescatori Bismara Gomes: é advogada e professora do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.**

***** **Eduardo Antonio Pires Munhoz: é advogado e professor do curso de Direito da ATHON Ensino Superior Sorocaba.**