



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E
DIREITO DA PERSONALIDADE

Ana Teresinha Chaves Austregésilo de Athayde Leite

Rio de Janeiro
2020

ANA TERESINHA CHAVES AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE LEITE

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E
DIREITO DA PERSONALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO DA PERSONALIDADE

Ana Teresinha Chaves Austregésilo de Athayde Leite

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – com a revolução tecnológica e com o crescente número de pessoas conectadas a todo o instante nas redes, torna-se cada vez mais difícil o esquecimento de um fato, tendo em vista que as notícias, de um modo geral, estão prontas para serem acessadas a qualquer momento por quem quer que seja. Sendo assim, lembrar, atualmente, é muito mais fácil do que esquecer. E é nesse cenário que surge o direito ao esquecimento. Entretanto, como qualquer direito, ele não é absoluto, pois, muitas vezes, a depender do caso concreto analisado, poderá entrar em choque com o direito a liberdade de informação. O ponto central desse trabalho é apresentar *leading cases*, em especial o da “Chacina da Candelária”, para evidenciar, justamente, esse conflito entre direitos que pode ocorrer, bem como demonstrar que o direito ao esquecimento pode ser classificado como um direito da personalidade e, por fim, abordar o Tema 786 que está em Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de comprovar a importância da presente discussão.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito ao Esquecimento. Liberdade de Informação. Direito da Personalidade. Intimidade. Identidade Pessoal. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. Direito ao Esquecimento como um Direito da Personalidade. 2. Choque entre Liberdade de Informação e Direito ao Esquecimento. 3. Aplicabilidade do Direito ao Esquecimento quando invocado pela Própria Vítima ou pelos Familiares (Repercussão Geral – Tema 786). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar de forma crítica, em especial sob a égide da revolução tecnológica, a forma com que o ser humano lida com suas memórias e, em especial, com o direito ao esquecimento. É notório que com o armazenamento de dados que computadores, celulares e demais aparatos eletrônicos propiciam, o esquecimento se torna cada vez mais distante, tendo em vista que, com auxílio dessas tecnologias, torna-se muito mais fácil lembrar do que esquecer.

É a partir desse contexto que o direito ao esquecimento entra em cena no âmbito do estudo jurídico e, em contrapartida a ele, surge o choque com a liberdade de informação que, da mesma forma, é direito importantíssimo estabelecido no ordenamento, não à toa é elencado na Constituição Federal como um direito fundamental. Eis então que se delinea o seguinte conflito: o que deverá prevalecer, o esquecimento a que o indivíduo faz jus ou a liberdade de informação?

Assim, o presente trabalho enfoca a temática do choque do direito ao esquecimento, isto é, do direito que as pessoas têm de não serem lembradas por fatos que não gostariam, com o direito a liberdade de informação, o que, na prática, caracteriza verdadeiro conflito a ser resolvido por meio da ponderação. Dessa maneira, um dos casos concretos trazidos para embasar a pesquisa é o Tema 786 que está sendo discutido no âmbito do Supremo Tribunal Federal como Repercussão Geral. Logo, é por meio desse embate do que deverá preponderar no caso concreto que a pesquisa será desenvolvida.

Importante destacar que além dessa questão norteadora, qual seja, o choque entre os direitos ao esquecimento e liberdade de informação, há outras que são, da mesma forma, essenciais para a construção da pesquisa: os parâmetros a serem auferidos para que seja feita essa ponderação e a importância do direito ao esquecimento como um direito da personalidade.

Nessa esteira, no primeiro capítulo pretende-se enquadrar o esquecimento como um direito da personalidade, portanto, ínsito à pessoa em todas as suas projeções e dotado de características peculiares a serem discutidos em momento oportuno.

O segundo capítulo abordará a colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, de forma que será explicado cada um desses direitos e o seu enquadramento e importância no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que seja estabelecido o porquê de eles entrarem, muitas vezes, em choque.

O último capítulo, por fim, desenvolverá o Tema 786 que está no Supremo Tribunal Federal como Repercussão Geral, qual seja, a aplicabilidade do direito ao esquecimento quando invocado pela própria vítima ou pelos familiares.

Inegável a constatação de que o direito ao esquecimento, de origens estrangeiras, é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, porém, mesmo sendo “novidade”, com relação aos procedimentos metodológicos, é necessária uma abordagem de pesquisa para lhe garantir sistematicidade e cientificidade, a fim de que o artigo a ser desenvolvido traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

O trabalho será desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, artigos e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Ao longo do tempo, cada vez mais o ser humano foi desenvolvendo novas tecnologias, resultando em diversas transformações sociais e em uma constante evolução nas relações entre os indivíduos. O que é conhecido hoje como “mundo virtual” é, justamente, oriundo desse avanço que, sem sombra de dúvidas, facilitou a comunicação e, também, a memória. E é por meio dessa simplicidade que hoje as pessoas têm de se lembrar de fatos, muito por conta da chamada “revolução tecnológica”, que o direito ao esquecimento vem ganhando força.

Para perceber o direito ao esquecimento como um direito da personalidade é importante, antes de explicar o que são direitos da personalidade e, posteriormente, conceituar o direito ao esquecimento, traçar uma síntese histórica de seu surgimento. Será por meio de breve análise de casos restritos ao direito europeu (ou seja, limitados ao sistema jurídico romano-germânico), mais especificamente, relacionados à experiência Alemã e Suíça, que será desenvolvida a temática, a fim de que não restem dúvidas acerca da natureza jurídica do instituto.

Como o ordenamento pátrio segue a *civil law*, fundamental traçar esse rápido paralelo para entender a tutela do direito ao esquecimento no Brasil, suas implicações e seu enquadramento na seara jurídica brasileira. Neste primeiro capítulo, o objetivo não é discutir as teses que embasam a natureza jurídica do direito ao esquecimento (brevemente serão citadas teses do direito espanhol já que esta discussão estava lá em voga) mas, tão-somente, defendê-lo como um direito da personalidade, ínsito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de a pesquisa ser limitada a *civil law*, válido destacar, apenas a título de curiosidade, que, em 1890, um artigo denominado de *Right to Privacy* foi publicado na *Harvard Law Review*, nos Estados Unidos, trazendo reflexões, no âmbito da *commom law*, a respeito da privacidade dos indivíduos frente à divulgação de informações pela mídia¹.

Historicamente, agora partindo do sistema romano-germânico, o direito ao esquecimento é cotejado por meio do estudo dos “casos Irniger e Lebach”, julgados mais ou menos na mesma época, respectivamente, na Suíça e na Alemanha².

Com relação ao “caso Irniger”, anos depois da execução de Paul Irniger, famoso criminoso suíço, foi levantada uma discussão de âmbito jornalístico, em 1980, já que se

¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do *Right of Privacy* nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, V. 3, p. 06, mar. 2015. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103>>. Acesso em: 01 out. 2019.

² CUEVA Ricardo Villas Bôas. Evolução do Direito ao Esquecimento no Judiciário. In: SCHREIBER Anderson et al. *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 91.

pretendia a divulgação de fatos sobre os delitos praticados por ele. Seu filho, entretanto, moveu uma ação vitoriosa alegando que a difusão dessas informações causaria danos à privacidade dos parentes.

O “caso Lebach”, por sua vez, possui semelhança com o anterior na medida em que, em mais uma oportunidade, a violação aos direitos da personalidade foi invocada. O caso é referente ao latrocínio de quatro soldados alemães, no ano de 1969. Às vésperas de ser solto, um dos apenados imputados na prática do referido crime soube que seria transmitido um documentário sobre o episódio e, portanto, teria a sua ressocialização dificultada. O Tribunal Constitucional Alemão, contrariamente às decisões de instâncias inferiores, proibiu a transmissão do documentário no caso de a pessoa do requerente ser, de alguma forma, mostrada ou mencionado o seu nome.

Feita essa breve análise histórica, fundamental agora a explicação do que são os direitos da personalidade para que se possa conceituar e enquadrar o direito ao esquecimento como tal.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

A partir do século XX, a necessidade de se tutelar os valores correlacionados à existência humana ganhou forte apreço e, por sua vez, a visão patrimonialista foi, cada vez mais, sendo deixada de lado. É óbvio que uma transformação dessa magnitude não é rápida, porém, foi a partir desse século, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que o homem em seu sentido *lato* passou a ser a principal fonte de proteção do ordenamento jurídico, não à toa, o princípio da dignidade da pessoa humana vem estampado logo no primeiro artigo da Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁴.

Resumidamente, os direitos da personalidade possuem como características principais a essencialidade, a pessoalidade, a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a impenhorabilidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade. Em relação ao efeito, são, em regra, *erga omnes* materializando-se, por sua vez, seu caráter absoluto.

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

Entretanto, há situações em que eles não serão absolutos como é o caso, por exemplo, do direito ao esquecimento em choque com a liberdade de informação quando, no caso concreto, o direito fundamental for ponderado de modo a prevalecer face ao direito de ser esquecido, tido como um direito da personalidade (questão a ser analisada no próximo capítulo).

Como o direito ao esquecimento é um tema relativamente novo, há muitas discussões que giram a seu respeito e, uma delas, é acerca da sua natureza jurídica.

Já que as origens Alemã e Suíça foram utilizadas para iniciar a abordagem da pesquisa, importante mencionar que na Espanha discutiu-se qual a natureza jurídica do instituto após a entrada em vigor de uma nova lei de proteção de dados que vigoraria na União Europeia. Basicamente, foram três correntes que surgiram, quais sejam, (i) “o direito ao esquecimento fundamentado no tradicional direito à intimidade”, (ii) “o direito ao esquecimento como consequência necessária e indissociável do direito à proteção de dados pessoais” e (iii) “como expressão da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade”⁵.

No Brasil, o direito ao esquecimento deve ser enxergado à luz dos direitos à imagem, à honra, à intimidade, ao segredo, ao respeito e à higidez física. Assim, não restam dúvidas de que a sua natureza jurídica é de direito da personalidade se enquadrando em todas as suas características supracitadas.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento pode ser conceituado como o direito de não ser lembrado, isto é, o direito de ser esquecido, em especial com relação à acontecimentos negativos que repercutem apenas na esfera íntima do indivíduo. A ideia central, portanto, é impedir a divulgação desregrada de informações de uma pessoa, coadunando-se à ideia de proteção máxima de sua dignidade em todas as suas concepções. O enquadramento do direito ao esquecimento como um direito da personalidade, portanto, dá-se na via da dimensão moral de tutela.

O Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil⁶ estabelece que os direitos da personalidade regulados no Código Civil formam um rol não exaustivo. Nessa esteira pode-se concluir que existem direitos da personalidade positivados e outros que não encontram previsão

5 FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da. A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol. *Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Pensar, V. 23, n.1 p. 01-07, mar. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>>. Acesso em: 01 out. 2019.

⁶ BRASIL. *Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. “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, inc. 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”. Acesso em: 04 out. 2019.

legal tal qual o direito ao esquecimento. Entretanto, cabe mencionar que o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil⁷ tratou de regular a matéria.

Cada vez mais o direito ao esquecimento vem sendo utilizado e, para tanto, um importante exemplo de aceitação do instituto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é o famoso caso da “Chacina da Candelária” que diz respeito à proteção da privacidade de um dos acusados, posteriormente absolvido, em ter seu nome atrelado ao evento anos depois (REsp nº 1.334.097/RJ).

Ademais, a prova maior de que a temática da pesquisa é atual e de fundamental relevo dentro do estudo do direito é ela estar sob Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal – Tema 786. O Recurso Extraordinário 1010606 trata de uma controvérsia que envolve princípios fundamentais elencados na Constituição Federal brasileira, quais sejam, o direito de ser esquecido com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), inviolabilidade da honra e direito à privacidade (art. 5º, X, da CF) *versus* a liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação (arts. 5º, XIV e 220, da CF).

Portanto, o esquecimento, apesar de não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, porém reconhecido como um direito que deve ser respeitado, é enquadrado, como um direito da personalidade conforme já demonstrado e objeto multidisciplinar de estudo, pois, há, pelo menos, três disciplinas que têm interesse em seu conhecimento, quais sejam, Constitucional, Civil e Penal, o que demonstra a pertinência de tal discussão apresentada e, a seguir, desenvolvida em maior profundidade.

2. CHOQUE ENTRE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

É fato que o confronto entre os direitos a liberdade de informação e ao esquecimento não ocorre somente no Brasil, pois, como se verá mais adiante, são duas garantias contrapostas (informar x esquecer), não à toa, no primeiro capítulo, foi feito um brevíssimo resumo do surgimento do direito ao esquecimento no estrangeiro, a fim de que se pudesse obter uma contextualização histórica e, posteriormente, pudesse ser situado o seu aparecimento no ordenamento jurídico brasileiro como um direito da personalidade (este sim, foco da presente pesquisa).

⁷ BRASIL. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Acesso em: 04 out. 2019.

Importante notar que, apesar de serem muito atrelados e, conseqüentemente, difícil de visualizar a diferença, o direito ao esquecimento se difere, em termos, do direito à privacidade, tendo em vista que este se refere ao direito que todo ser humano tem de não sofrer interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência e de não ter atacadas a sua honra e a sua reputação⁸, ao passo que aquele envolve o direito que um indivíduo tem de não ser lembrado por algum fato público e notório, normalmente um crime cometido no passado, já após o cumprimento da pena, a fim de que sua vida volte a ter um curso “normal”.

Apenas para sintetizar a essencialidade que os direitos a privacidade e ao esquecimento têm na modernidade, principalmente, após a revolução tecnológica, Bauman⁹, dá uma importante lição acerca da temática quando diz que:

Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira.

Justamente nesse contexto de hiperinformação em contraste ao esquecimento e a conseqüente retirada de conteúdo divulgado pelas mídias (ou a não permissão de documentar, filmar ou propagar novamente o conteúdo alvo de polêmica), seja ele um crime ou não - mas como dito acima, normalmente o é - é que emerge o choque entre ambos os direitos, quais sejam, o de informar e o de esquecer, pois da mesma forma que alguém tem o direito de não ser lembrado por um determinado fato que não gostaria, a informação é um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, nos arts. art. 5º, XIV e 220.

Portanto, é nesse panorama que será enfrentada a problemática constante neste capítulo, qual seja, no caso concreto, o que deverá prevalecer: a liberdade de informação ou o direito ao esquecimento?

É claro que para essa pergunta não há uma resposta fechada, pois, a solução de qual direito deverá preponderar dependerá do caso concreto a ser analisado, ou seja, a depender da situação concreta poderá predominar tanto um quanto outro direito.

⁸ ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente%20=ATC%20&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.

O caso a ser examinado como parâmetro de estudo neste capítulo é o da “Chacina da Candelária”. É óbvio que, pelo fato de o tema da pesquisa ser relacionado ao direito ao esquecimento como um direito da personalidade, nesse *leading case*, já se pode adiantar que a solução dada pela jurisprudência resultou na preponderância do direito ao esquecimento em vez da liberdade de informação. No entanto, não é a solução que mais interessa, mas sim os argumentos elencados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.334.097/RJ¹⁰ que embasaram a decisão.

Para melhor compreensão, segue a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

Antes de, propriamente, adentrar nas considerações acerca da jurisprudência supracitada, importante trazer à baila os ensinamentos de Alexy¹¹, sobretudo a questão relacionada à ponderação.

De acordo com ele:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (...). No caso do conflito de regras, a ênfase é na exclusão mútua que duas

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, Número 203 jul./set. 2014, p. 2-4. Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

regras contraditórias produzem uma na outra; em caso de conflito, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias (especialidade, temporalidade, entre outros). Ao final, caso o conflito não seja apenas aparente, e as regras sejam efetivamente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes sobre a situação. A colisão de princípios, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da lei de colisão, na qual se determina que princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato.

Assim, por meio do princípio de maior relevância é que irá se extrair uma operação lógico-hermenêutica da regra que vai decidir a situação concreta.

Feitas essas constatações, finalmente, será examinado o caso referente à “Chacina da Candelária” sob a ótica do conflito entre os direitos à liberdade de informação e ao esquecimento com as devidas ponderações.

A “Chacina da Candelária” foi um triste episódio que marcou a morte a tiros de jovens moradores de rua que dormiam em frente à Igreja da Candelária, no Centro do Rio de Janeiro, no ano de 1993. Anos após o crime, um dos acusados, posteriormente absolvido, invocou a proteção a sua privacidade e o direito de ser esquecido, a fim de que não tivesse o seu nome e nem a sua imagem atrelados ao evento criminoso em um documentário exibido em rede nacional.

A questão discutida pelo homem que não queria ter a sua identidade revelada – posteriormente inocentado - diz respeito ao fato de que a notícia trazida pelo documentário, treze anos após o crime, seria totalmente fora de hora e de propósito. Assim, o evento reprisado, reabriria feridas no autor que já estavam cicatrizadas e, além disso, reascenderia a desconfiança da sociedade em relação ao seu caráter.

É certo que nenhum direito é absoluto, sendo assim, apesar de a Constituição Cidadã defender a liberdade de informação como um direito fundamental há balizas que a regulam. É explícita, por exemplo, a barreira à liberdade de informação quando a Carta aduz a proteção da inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Assim, parece que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de fortíssima relevância, há, de regra, uma inclinação constitucional para soluções que resguardam a pessoa humana.

Ademais, outros principais argumentos trazidos pelo julgado para dar preponderância ao direito ao esquecimento do autor em detrimento a liberdade de informação foi que se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da FAC (folha de antecedentes criminais) - art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais – e a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por

que aqueles que foram absolvidos deveriam permanecer com esse estigma? Assim, por uma questão de equidade, a lei deverá conceder a eles o mesmo direito de serem esquecidos.

Nessa esteira, o citado REsp¹² ainda mencionou que:

O reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. É por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

A conclusão a que o julgado chegou foi que não seria necessário expor a identidade do autor, pois a liberdade de informação estaria sendo utilizada de forma abusiva nesse caso, de acordo com os critérios de ponderação ensinados por Alexy demonstrados ao longo do capítulo. O documentário poderia sim ser exibido, porém sem a apresentação do nome e imagem daquele que fora inocentado, já que não teria necessidade de fazer com que ele vivesse novamente as mazelas trazidas pela chacina e trazer a sua vida a desconfiança de todos aqueles que assistissem ao documentário.

Mais uma vez, é importante frisar que não é sempre que o direito ao esquecimento vai prevalecer em relação ao direito a liberdade de expressão. No *leading case* “Chacina da Candelária” acabou por predominar o direito do autor de ser esquecido, ou seja, de não ter a sua identidade revelada, pois, além de o evento já ter ocorrido há anos, quando da decisão de passar o documentário em rede nacional, o princípio da dignidade da pessoa humana ensina que todo mundo tem o direito ao respeito de sua honra e o reconhecimento de sua dignidade.

3. APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS FAMILIARES (REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 786)

O tema tratado nesta pesquisa, conforme abordado ao longo dos capítulos, é de suma relevância e importância para o âmbito do direito, especialmente no estudo dos direitos civil-constitucional e penal, não à toa, está em discussão no Supremo Tribunal Federal, sob repercussão geral – tema 786, o direito ao esquecimento quando invocado pela vítima ou pelos familiares.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

Como até o presente momento em que essa pesquisa está sendo desenvolvida não houve desfecho do Tema 786, o terceiro capítulo será desenvolvido com base no *leading case* - RE nº1.010.606¹³ - que deu origem a repercussão geral, trazendo à baila, por sua vez, possíveis teses que o Supremo poderá adotar para a solução do litígio. Fundamental mencionar, ainda, a ação originária ajuizada no Estado do Rio de Janeiro que gerou todo esse debate jurídico, qual seja, Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001¹⁴.

Interessante notar que a abordagem do direito ao esquecimento no segundo e terceiro capítulos são, essencialmente, diferentes. No anterior, por meio do episódio “Chacina da Candelária”, buscou-se fazer alusão ao direito ao esquecimento quando requerido pelo réu, ao passo que o enquadramento do direito ao esquecimento no presente capítulo será pautado no desejo da família da vítima de não ser lembrada, mediante exibição de um documentário televisivo, do crime sofrido por Aida Curi, assassinada em 1958. Portanto, o enfoque é o da vítima indireta.

Assim, a problemática a ser enfrentada nessa parte do estudo é a seguinte: teriam os familiares da vítima direito a pleitear em nome próprio o esquecimento de um determinado fato? No caso em análise, teriam os familiares o direito a pedir que a imagem de Aida Curi não fosse veiculada no documentário, em respeito ao direito ao esquecimento que a família faz jus frente a sociedade e as mazelas correlacionadas ao crime?

Não há uma resposta fechada para essas perguntas. Nesse momento da pesquisa em que não há solução para a repercussão geral, o objetivo a ser alcançado é delinear reflexões sobre o assunto.

Antes, porém, de adentrar com maior profundidade no caso concreto supracitado, até mesmo para sugerir resposta aos questionamentos acima, é interessante propor um panorama da finalidade e das características, bem como dos fundamentos legais que tangenciam o instituto da repercussão geral.

A finalidade da repercussão geral é balizar a competência do Supremo, em julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais que possuam relevância no meio social, político, econômico ou jurídico que excedam os interesses subjetivos da causa e, por sua vez,

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 47ª Vara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2004.001.1251665&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

uniformizar a interpretação constitucional. Vale destacar que é exigida a demonstração de repercussão geral, sob pena de inadmissibilidade do recurso extraordinário.

Seus principais fundamentos são os arts. 102, § 3º, da CF, 1.035 e 1.036, do CPC e o Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal, mais especificamente os arts. 13, 21, 340, 341, 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A e 325-A, 322-A e 328, 324 e 328-A.

Dessa forma, se reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário, o relator determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes no território nacional.

Nessa esteira, para que se possa raciocinar acerca da repercussão geral que está em análise no STF, essencial partir do início, qual seja, o ajuizamento do processo principal, portanto, originário.

Na petição inicial do Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001 foi narrado pelos autores/familiares da vítima os fatos que ensejaram a propositura da ação. Alegam que a maneira com que a imprensa estava fazendo a família reviver o homicídio e tentativa de estupro de Aida Curi por meio de documentário exibido em programa televisivo, configuraria um verdadeiro sensacionalismo e crueldade por parte da mídia. Em suma, a família pediu em nome próprio, compensação pelos danos trazidos com a exibição do documentário, bem como o reconhecimento da legitimidade dos autores para pleitear o ressarcimento pela utilização da imagem da vítima.

A sentença não foi favorável aos autores que, por sua vez, apelaram. Na apelação, da mesma forma que a sentença, os desembargadores entenderam pela prevalência da liberdade de informação em detrimento do direito ao esquecimento por parte dos familiares.

Segue trecho da ementa do julgado¹⁵:

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Posteriormente, foram interpostos de modo conjunto recursos especial e extraordinário - alegando a violação a dispositivos legais e constitucionais - a serem remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, pois consoante art. 1.031, *caput*, do CPC, “na hipótese de interposição

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardoso. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça¹⁶. Após, os Autos do recurso extraordinário deveriam ser remetidos ao Supremo.

Como o propósito desta parte da pesquisa é a atenção ao Tema 786, a partir desse momento, serão discutidas possíveis teses jurídicas que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar no caso concreto. Possíveis porque, como dito, até então, não teve solução proferida.

A primeira conclusão possível que o STF poderá dar ao caso é a manutenção dos argumentos trazidos tanto na sentença quanto na apelação e, portanto, a subsistência da decisão do magistrado e dos desembargadores, tendo em vista não ter sido violado nenhum dispositivo constitucional alegado pelos autores, quais sejam, 1º, II, 5º, caput e incisos III, IV, V, X, XIII e XIV e 220, § 1º, da CF – vale mencionar que o recurso extraordinário não pode ser interposto para simples reexame de provas (Súmula 279, do STF).

Significa então dizer que os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem entender que a família não teria direito de pleitear em nome próprio o ressarcimento com a exibição do documentário e nem ter direito ao esquecimento nesse caso, pois a liberdade de informação deveria prevalecer, já que o crime de tentativa de estupro e homicídio de Aida Curi foi amplamente divulgado, logo, o documentário estaria apenas retratando um fato notório de conhecimento do grande público.

O segundo resultado possível é o Supremo entender que houve violação a dispositivo constitucional alegado e, dessa feita, compreender que além de o caso concreto estar relacionado a direitos fundamentais de inegável interesse jurídico, o direito ao esquecimento como um direito da personalidade é o que deveria ter prevalência no *leading case*, assim, a família faria jus aos pedidos pleiteados na inicial.

Como foi mencionado, não há uma resposta fechada sobre qual solução será adotada pelo Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque é um pouco difícil de prever, tendo em vista ser o direito ao esquecimento um assunto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, pode ser adiantado, que a jurisprudência caminha, cada vez mais, no sentido da proteção a dignidade da pessoa humana, bem como na ideia de que nenhum direito é absoluto. Dessa forma, mesmo que o magistrado e os desembargadores tenham entendido que no caso da

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

Aida Curi a liberdade de informação deveria prevalecer e a família não teria direito ao ressarcimento e nem a proibição de vincular a imagem da vítima ao documentário, nada impede que seja reconhecida a violação a algum dispositivo constitucional e a solução dada possa guardar uma grande surpresa.

E mesmo que tenha uma reviravolta no deslinde dado ao caso concreto, não seria a primeira vez que o direito ao esquecimento é reconhecido no direito brasileiro, vide o episódio relatado na “Chacina da Candelária”. A novidade maior é que, nesse caso, o direito ao esquecimento seria reconhecido às vítimas indiretas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a possível existência, a depender do caso concreto analisado, de choque entre os direitos ao esquecimento e a liberdade de informação. O embate materializa-se pelo confronto entre o direito que o sujeito tem de ser esquecido, comumente, em relação a algum fato passado ligado a seara criminal (após o cumprimento de sua pena) e o direito de informação a que as pessoas, em geral, fazem jus.

Conforme visto ao longo do estudo, não há uma resposta fechada sobre qual deles deverá prevalecer, se o esquecimento ou se a informação, porém, para tentar tornar a discussão mais palpável aos olhos do leitor, foram trazidos casos concretos, em especial, o da “Chacina da Candelária”, o qual foi pormenorizado, a fim de exemplificar o embate existente entre ambos os direitos e qual a solução adequada para se chegar a uma resposta efetiva de qual deles, nesse caso, deveria preponderar.

Digo nesse caso, pois, em outro, por mais parecido que possa ser, a solução poderá se dar de modo diferente, já que, conforme supracitado, não há uma resposta padrão para se solucionar esse tipo de situação, tendo em vista que, a depender dos fatos, o resultado do processo poderá ser completamente diferente.

O direito ao esquecimento, por sua vez, deverá ser entendido como um direito da personalidade, tendo em vista que estes são direitos essenciais a existência e ao desenvolvimento da pessoa humana, sendo que a necessidade de se tutelar os valores correlacionados ao ser humano, a partir do século XX, ganhou forte apreço.

Por fim, valioso destacar que a temática desse estudo é extremamente importante e atual, não à toa, está em Repercussão Geral, Tema 786, no Supremo Tribunal Federal. A discussão que lá se encontra é com relação ao direito ao esquecimento quando invocado pela própria vítima ou pelos familiares. No processo originário, foi tido o embate entre os direitos

ao esquecimento e a liberdade de informação, pois a parte autora argumentou na inicial que a memória trazida pela exibição de um documentário em rede televisiva violava no âmbito a família da vítima de um crime bárbaro, na medida em que traria novamente a recordação terrivelmente negativa da morte do ente querido.

Sendo assim, não resta dúvida de que as considerações elencadas ao longo deste artigo são pertinentes e bastante hodiernas, mas que, conforme já explicado, não trazem e nem poderiam trazer uma resposta única para a solução de conflitos que envolvam o choque entre os direitos ao esquecimento e à liberdade de informação.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, Número 203 jul./set. 2014. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente%20=ATC%20&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. *Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: Acesso em: 04 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 15ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardoso. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11&USER=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0123305-77.2004.8.19.0001*. 47ª Vara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2004.001.1251665&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

CUEVA Ricardo Villas Bôas. Evolução do Direito ao Esquecimento no Judiciário. In: SCHREIBER Anderson et al. *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FONSECA, Pedro Miguel dos Santos Bogas da. A natureza jurídica do direito a ser esquecido e o ordenamento jurídico espanhol. *Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Pensar, V. 23, n.1 p. 01-07, mar. 2018. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7654>>. Acesso em: 01 out. 2019.

ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Surgimento e o Desenvolvimento do *Right of Privacy* nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, V. 3, p. 06, mar. 2015. Disponível em <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/107/103>>. Acesso em: 01 out. 2019.