



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito ao Esquecimento e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana

Lydia Maria Cavalcanti de Vasconcellos

Rio de Janeiro
2015

LYDIA MARIA CAVALCANTI DE VASCONCELLOS

O Direito ao Esquecimento e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana

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

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lydia Maria Cavalcanti de Vasconcellos

Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo: A facilidade da divulgação e do armazenamento de informações na sociedade moderna por vezes, acaba por trazer à tona fatos que dizem respeito ao passado de determinada pessoa, que dele não deseja mais se lembrar. Seja porque já conseguiu refazer sua vida, seja porque simplesmente quer esquecê-lo. Emerge assim o direito ao esquecimento, como uma forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, protegendo o seu passado, não permitindo que informações que lhe sejam correlatas venham a ser veiculadas, de modo a lhe trazer constrangimento, angústia ou qualquer tipo de vexação. Assim, verifica-se caso a caso os parâmetros e a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento frente ao direito à informação.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Informação. Direitos Fundamentais. Ponderação.

Sumário: Introdução. 1. O direito ao esquecimento como uma garantia à dignidade da pessoa humana. 2. O direito ao esquecimento frente ao direito à memória e à liberdade de expressão, de informação e de imprensa. 3. Direito ao esquecimento x direito à liberdade de expressão e de informação: ponderação.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica abordará a questão do direito ao esquecimento como um direito fundamental assegurado pela constituição. Trata-se de tema polêmico, na medida em que a análise do direito ao esquecimento confronta-se com o direito de informação, que de igual forma é uma garantia constitucional.

O avanço tecnológico alcançado pela sociedade permite o acesso à informação de forma cada vez mais ampla e prolongada. Embora não se negue que esse acesso seja imprescindível na atualidade, verifica-se que, não raras vezes, o conteúdo dessas informações acaba por violar direitos individuais. O Direito ao esquecimento surge justamente para

amparar aqueles que de alguma forma têm sua vida pregressa devassada, que se tornam prisioneiros do seu passado, por conta do armazenamento de informações.

O tema em comento foi escolhido em virtude da relevância jurídica e social que esse possui, uma vez que o direito ao esquecimento foi erigido à categoria de direito constitucional, como forma de tutelar a dignidade da pessoa humana, visando preservar o passado das pessoas. Contudo ele se contrapõe ao direito de informação e, essa ponderação de interesses - entre indivíduo e sociedade - ganha contornos extremamente atuais, principalmente quando se trata da prática de crimes.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho, verificando se o direito ao esquecimento se compatibiliza como uma forma de assegurar dignidade, de modo a se tornar um mecanismo eficiente para resguardar a vida pregressa do indivíduo.

Prossegue-se no segundo capítulo, analisando-se quais os parâmetros utilizados para aferir até que ponto o passado das pessoas pode ser resgatado, sem que isso represente uma violação à dignidade, sobretudo no que toca aos casos criminais.

O terceiro capítulo destina-se a propor uma solução ao aparente conflito ente o direito ao esquecimento e o direito de informação, fazendo uma ponderação entre o direito individual e o interesse coletivo, que deve ser analisada caso a caso.

De forma geral, a pesquisa versará sobre a discussão acerca da aplicação do direito ao esquecimento, principalmente no que toca aos casos de prática de crimes, em que já houve cumprimento da pena e ressocialização do indivíduo, confrontando esse direito ao direito de informação, que é garantido à sociedade.

O presente trabalho será desenvolvido com base na metodologia bibliográfica, utilizando livros de doutrina, artigos científicos e decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Será ainda explicativa, na medida em que buscará analisar e interpretar os fatos, e

também qualitativa, pois observará os traços subjetivos do instituto jurídico, assim como suas particularidades.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UMA GARANTIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito ao esquecimento, também chamado de direito de ser deixado em paz ou direito de estar só, consiste no direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.

Trata-se de um direito que não é recente no ordenamento jurídico, contudo, com o avanço tecnológico e a utilização da internet ele volta à tona, principalmente por conta da facilidade de acesso a informações pretéritas armazenadas na rede, que muitas das vezes violam direitos fundamentais do indivíduo, inerentes à sua personalidade. Além disso, recentemente, o direito ao esquecimento foi discutido na VI Jornada de Direito Civil, onde abordou-se seu aspecto constitucional, como uma verdadeira forma de tutelar a dignidade da pessoa humana¹.

Os meios de comunicação são os principais responsáveis pela deflagração das informações, de maneira que o conteúdo divulgado pode trazer à tona um fato ocorrido no passado que, não raras vezes, já foi esquecido pela sociedade, mas acaba por devassar a vida daquela pessoa cuja informação se refere, reavivando todo o sentimento existente à época da realização daquele fato. Daí porque surge a ideia de que o armazenamento dessas informações se traduziria numa verdadeira pena *ad eternum*, quando se tratar de casos criminais.

É exatamente por conta da veiculação desses fatos ocorridos no passado, difundidos nos meios de comunicação, seja em um site de buscas na internet, seja numa reportagem de

¹ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2015(Enunciado CJF 531- A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento).

TV ou jornal, que surge o direito ao esquecimento, como uma forma de limitar o acesso a essas informações que acabam por violar os direitos inerentes a personalidade do indivíduo, como a honra, a imagem e a vida privada.

Embora o direito ao esquecimento não atribua a ninguém a possibilidade de apagar fatos ou reescrever a própria história, funciona como um limitador, permitindo que no caso concreto se faça uma ponderação entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, onde se discutirá a utilização desses fatos passados e sua efetiva utilidade para a sociedade.

Não se olvida que o direito à informação também seja uma garantia constitucional, ao contrário, não só se revela como um direito fundamental, previsto no art. 5º, XIV, CRFB/88, como também é uma característica inerente da própria sociedade, pois não há vida social sem informação, o que se questiona é a finalidade e o modo como essa informação é divulgada.

Como todo direito fundamental, o direito ao esquecimento não é um direito absoluto, ele se choca frontalmente com o direito de informação, e nesse caso, para solução desse conflito de interesses, há que se sopesar, diante do caso concreto, qual deles deve ser tutelado, se o individual (direito ao esquecimento) ou o coletivo (direito de informação).

Assim como a honra, a imagem e a vida privada das pessoas devem ser tuteladas, a mesma proteção se estende ao passado delas, que podem ter cometido atos de que se arrependem e cuja lembrança lhes traga algum tipo de sofrimento ou incomodo. Denota-se que “não ser lembrado” ou “ser esquecido” faz parte do conceito de dignidade humana, eis que muitas vezes as lembranças e as recordações nem sempre possuem justificativas aceitáveis ou perdoáveis pelo próprio indivíduo, e tudo o que se quer, é o direito de poder começar uma nova vida, sem ser afligido pelos fantasmas do passado.

É na esteira desse raciocínio que o direito ao esquecimento ganha força como um mecanismo apto a garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, porquanto possibilita que

os atos pretéritos não ressurgam de modo a comprometer a vida presente que o indivíduo construiu.

Embora não esteja expressamente previsto, o direito ao esquecimento estaria implícito na regra legal que assegura a proteção da intimidade, da imagem, da honra e da vida privada, que integram o conjunto dos direitos da personalidade, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade tutelam categoria de direitos considerados essenciais ao reconhecimento da condição de pessoa e seu pleno desenvolvimento, portanto, intrínsecos ao ser humano. São o mínimo, a parcela básica dos direitos, indispensáveis para a proteção do ser humano e de sua personalidade, justamente em decorrência de suas próprias emanções e características determinantes, ou seja, garantia fundamental.

A importância de enquadrar o direito ao esquecimento como direito da personalidade consiste justamente na possibilidade de lhe conferir uma maior proteção, tendo em vista que os direitos da personalidade constituem espécie dos direitos fundamentais, que são assegurados pela Constituição.

O direito ao esquecimento se pauta no princípio dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio fundamental, cujo conceito é extremamente abrangente, uma vez que envolve a análise de valores que materializam uma vida digna.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos².

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Assim, tem-se que a dignidade da pessoa humana consiste, não em um direito, mas verdadeiro atributo inerente ao ser humano, independente de sua origem, cor, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito, materializando-se em um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem, coibindo qualquer ato atentatório à dignidade da pessoa, cabendo ao Estado não só o dever de respeito e proteção a esse princípio, mas também a obrigação de promover condições que viabilizem uma vida digna.

Muito mais do que um princípio, a Constituição de 1988, ao trazer em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana, elevou-a ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe o importante papel de norma embasadora de todo o sistema constitucional. “É um núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais.”³

Assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui uma cláusula geral que serve de base para a compreensão e a tutela do conjunto dos direitos fundamentais. Resulta deste princípio o reconhecimento do homem não como um simples reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, como o seu principal objetivo, devendo sempre haver, na relação entre o indivíduo e o Estado, uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. É desse reconhecimento jurídico que decorre a tutela dos denominados direitos constitucionais da personalidade.

Nota-se, então, que a ligação entre a dignidade e a personalidade é indissociável, uma vez que, em função da valorização da pessoa, tão somente pelo que ele é, surgiram os direitos da personalidade, sendo possível afirmar que a dignidade humana é o centro da personalidade, que por sua vez integra a tutela do núcleo essencial da pessoa humana.

³NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 339.

Hodiernamente, é necessário enxergar os direitos da personalidade sob o viés civil-constitucional, tendo em vista o tratamento que lhes é dispensado pela Constituição, consagrando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica, enaltecendo o indivíduo, que passa a ser sujeito de direitos e não um mero objeto. O valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, assegurando ao ser humano o mínimo que deve ser respeitado.

Assim, no dizer de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira⁴.

O direito ao esquecimento mostra-se, portanto, como uma adequada forma de assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, ao limitar a utilização de dados referentes a vida pregressa de determinado indivíduo, evitando que fatos ocorridos no passado que digam respeito a uma situação que cause sentimento de humilhação ou angústia não voltem à tona e possam ser esquecidos, tanto pela sociedade, quanto pelo próprio indivíduo.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO DIREITO À MEMÓRIA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA

O passado de cada indivíduo só a ele interessa, por isso o ordenamento jurídico se vale do direito ao esquecimento como forma de tutelar a dignidade humana, pois os fatos pretéritos nem sempre correspondem a vida atual do indivíduo, que já se fez, e, ao revirar seu passado fatos já superado são trazidos à tona, causando um sofrimento desnecessário, capaz de violar os direitos inerentes à personalidade do indivíduo.

Por óbvio, há casos que comportam exceção, como aqueles que possuem extrema repercussão na sociedade, chegando a fazer parte de sua história. Tais fatos, dizem respeito ao

⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 178

chamado Direito à memória e à verdade histórica, que se refere aos crimes praticados na época da ditadura militar⁵.

O direito à memória ou à verdade histórica consiste no direito que os lesados e toda a sociedade brasileira possuem de esclarecer os fatos e as circunstâncias que geraram graves violações de direitos humanos durante o período de ditadura militar, tais como os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, entre outros.

Assim como o direito ao esquecimento, o direito à memória também encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no compromisso do Estado constitucional brasileiro de assegurar o respeito aos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88), contudo o reconhecimento do direito ao esquecimento não inviabiliza o exercício do direito à memória, isso porque as violações ocorridas no período da ditadura militar possuem extrema relevância histórica e inegável interesse público, que se sobrepõem ao interesse individual.

Resgatar a verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam formas de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. Nesses casos investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania e, por isso, não é possível aqui cogitar na aplicação do direito ao esquecimento.

O direito à memória compreende não só o direito de obter informação, mas também um direito de acesso à verdade, o que permite ao cidadão garantias de pedir, buscar e difundir informação. É o direito de conhecer a história do seu país e de seus cidadãos. É, ao contrário do direito ao esquecimento, o direito de olhar para o passado e permitir que ele se mantenha vivo.

Por se tratar de fato de extrema relevância histórica e de inegável interesse público, a garantia individual cede espaço para que o interesse da coletividade se sobreponha, de modo

⁵ GUTMAN, Juliana Santa Cruz. *Direito à verdade, memória e justiça*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatoriosresumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf>. Acesso em: 09 out. 2015.

que o direito ao esquecimento é posto de lado para que história seja preservada e, ao revés, não seja esquecida.

Tanto assim que o direito à memória foi regulamentado pela Lei n. 12.528/2011⁶, que criou a Comissão Nacional da Verdade, destinada a apurar as circunstâncias em que ocorreram violações a direitos humanos durante o período de ditadura militar. Vale aqui mencionar como exemplo o caso Gomes Lund⁷, no qual o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ter negado acesso aos arquivos estatais que possuíam informações relevantes sobre o caso.

Como bem se observa, no caso dos crimes praticados no período do regime militar, a compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão uma atuação no presente, além de integrarem a própria história do país. Assim, o direito à memória afasta o direito ao esquecimento.

Há outros direitos fundamentais que também colidem com o direito ao esquecimento, contudo vamos analisar aqueles que se referem às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, que traduzem direitos ligados a própria noção de democracia. A liberdade de informação compreende o direito de informar e ser informado, ao passo que a liberdade de expressão consiste é o direito de qualquer indivíduo manifestar, livremente, opiniões, ideias e

⁶BRASIL. Lei n. 12.528, de 18 de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

⁷ MOURA, Luiza Diamantino. *O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/_index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16>. Acesso em: 09 out. 2015. (O caso Gomes Lund se refere à Guerrilha do Araguaia, que foi um movimento social e político que se organizou na região amazônica brasileira, ao longo do rio Araguaia, entre o fim da década de 60 e a primeira metade da década de 70, por meio do qual se pretendia derrubar o regime militar e se instaurar um governo comunista. A grande maioria dos participantes do movimento foi morta pelo Exército brasileiro em combates ou após serem presos. Inúmeros outros sumiram sem deixar rastros, sendo considerados desaparecidos políticos. Até hoje, familiares e organizações de direitos humanos tentam ter acesso aos arquivos militares da época e buscam localizar e identificar corpos dessas pessoas tidas como desaparecidas).

pensamentos. A liberdade de imprensa ou jornalística conjuga em si a liberdade de informação e a liberdade de expressão.

Em seu art. 5º, XIV, a Constituição⁸ assegura a todos o acesso à informação, resguardando, quando necessário o sigilo da fonte. Tal garantia se refere à liberdade de informação. O direito à liberdade de expressão está materializado no art. 5º, IV da Constituição, onde está previsto que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso IX, que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

A garantia da liberdade de expressão equivale a um conjunto de formas que possibilitam externar o pensamento que pode ser por meio jornalístico, televisivo, por rádio ou pela internet, ou seja, por qualquer meio de comunicação, englobando ainda as palavras, as imagens e até mesmo os gestos.

A liberdade de imprensa, como já dito, traz ínsita em seu bojo as liberdades de expressão e informação e configura, nos dias atuais, um mecanismo de influenciar na formação da opinião, uma vez que abrange diferentes tipos de meios de comunicação. Traduz-se em verdadeiro corolário da liberdade de expressão.

Essas liberdades traduzem verdadeiros direitos fundamentais, assegurados a todos os indivíduos, sendo indispensáveis ao exercício da democracia. Contudo, não podem ser exercidas livremente, encontrando no direito ao esquecimento um verdadeiro óbice, pois, até que ponto seria possível veicular a informação sobre um determinado acontecimento ocorrido no passado, sem que isso viole as garantias da privacidade, intimidade, honra e imagem de uma pessoa?

É a partir dessa acirrada discussão (colisão entre as liberdades de informação, de expressão e de imprensa *versus* o direito ao esquecimento) que gira toda a controvérsia, tanto

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

da jurisprudência como da doutrina. Isso porque, no caso do direito à memória, tendo em vista o predomínio do interesse público e da relevância histórica do fato, não há que se falar em direito ao esquecimento.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO X DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: PONDERAÇÃO

O direito ao esquecimento não possibilita apagar o passado, mas permite uma limitação das informações relativas a ele, principalmente quando estas não possuem mais qualquer relevância histórica e nenhum interesse social envolvido. Isso porque ninguém é obrigado a ser lembrado dos erros cometidos no passado.

Se por um lado o ordenamento jurídico brasileiro admite o direito ao esquecimento como atributo da personalidade da pessoa humana, por outro o também admite a livre manifestação como atributo da personalidade, ou seja, um direito a integridade intelectual do indivíduo. Assim, diante dos princípios constitucionais envolvidos, passa-se a buscar uma solução para esse conflito de normas.

Importante destacar que a ordem constitucional brasileira não legitima direitos fundamentais absolutos, pois a própria vivência em um ordenamento pluralista demanda o contínuo diálogo entre os valores constitucionalmente previstos, que, por vezes, representam uma limitação a um direito em virtude da sobrelevação de outro, em uma dada circunstância específica.

Por não serem direitos absolutos, os direitos fundamentais se expõem a limitações autorizadas expressas ou implicitamente pela própria Constituição, por norma promulgada com fundamento na Constituição ou ainda por força de colisão entre direitos fundamentais, conforme ocorre com o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação, de expressão e de imprensa.

Nessas situações de colisão, nas quais a efetivação de um direito se dá em detrimento do outro, há que se fazer uma ponderação, de modo a harmonizar os preceitos que apontam para resultados distintos, pois no direito ao esquecimento o que se busca é a não divulgação da informação, da não exposição da imagem, da proteção do interesse individual, ao passo que as liberdades de expressão e informação buscam a publicidade e a ampla divulgação da informação, prestigiando o interesse coletivo.

Pelo princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno e unitário de regras e princípios, de modo a evitar contradições entre as normas constitucionais, ou seja, as normas constitucionais possuem o mesmo valor hierárquico, cabendo ao intérprete encontrar soluções que permitam a harmonização dessas normas em conflito.

Como meio de harmonizar a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação, de expressão e de imprensa vem sendo adotado pelos Tribunais Superiores a técnica da ponderação ou *balancing*, a qual consiste numa técnica jurídica que, no dizer de George Marmelstein⁹:

[...] é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Além da técnica da ponderação, o intérprete deve se pautar no princípio da proporcionalidade, que é uma verdadeira garantia constitucional, auxiliando o juiz quando da resolução de problemas de compatibilidade e de conformidade na concretização das normas constitucionais.

⁹MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, Pág. 378.

Segundo a doutrina¹⁰, o princípio da ponderação traz em seu bojo três outros subprincípios, a saber: a necessidade, que significa que o meio escolhido não deve exceder o os limites indispensáveis a sua conservação; a adequação, por meio da qual se identifica o meio apropriado para alcançar o objetivo pretendido; e a proporcionalidade em sentido estrito, traduzindo-se na escolha do meio que melhor ao interesse em jogo.

O direito ao esquecimento tem sido aplicado pelos Tribunais brasileiros, não ficando restrito a discussões doutrinárias, ou seja, tem aplicação prática, ganhando cada vez mais força na jurisprudência pátria. Desse modo, há que se destacar dois importantes julgados, nos quais o STJ já teve a oportunidade de enfrentar a questão: REsp 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O primeiro recurso especial se refere a um caso em que uma pessoa indicada como coautora no triste episódio conhecido como “chacina da candelaria” foi absolvida e, mesmo após sua absolvição, teve seu nome envolvido num programa de TV que tratou do assunto. Foi reconhecido o direito de indenização ao autor da ação, pelos danos suportados em razão da veiculação da reportagem que trouxe de volta fatos relativos ao passado, que acabaram por violar a vida íntima do autor.

Como bem destaca em seu voto:

[...] o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e 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 [...] No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes¹¹.

¹⁰PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, p. 107-161, 2003. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp.content/uploads/2008/10/themis-v4-n1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2014.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1334097/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em:

Quando se trata de casos de cometimento de crimes, a tutela do direito ao esquecimento ganha contornos especiais, pois mesmo após o cumprimento da pena, a pessoa permaneceria estigmatizada. Assim, o direito ao esquecimento, pode-se dizer, está intimamente ligado ao direito à ressocialização daquele que comete um crime, apagando-se as consequências penais do seu ato.

Resguardando o direito ao esquecimento estaria sendo resguardada a imagem e a possibilidade real de ressocialização do antigo apenado, porque se após certo tempo o nome do antes condenado é retirado do rol dos culpados, nada mais justo este ter reestabelecido o seu direito à imagem, o que não é possível em alguns casos, pois a informação acaba ficando registrada na rede mundial dos computadores *ad eternum*, cabendo às pessoas que se sentirem lesadas requererem a retirada de conteúdo que viole a imagem do indivíduo.

Edson Ferreira da Silva¹² aduz que:

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos.

Deve ser proporcionado ao cumpridor de sentença penal condenatória a reconstrução de sua história, não admitindo que os condenados sejam expostos à execração pública, porque já receberam e cumpriram suas penas e, tem direito ao esquecimento de seu passado criminoso.

O segundo especial se refere ao caso Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, que também foi retrato em um programa de TV, fazendo com que todo o sentimento de dor experimentado pela família ressurgisse. Neste segundo caso, entendeu o Min. Luis Felipe que não era devida a indenização, porquanto não haveria outra forma de reproduzir a história, sem

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2015.
¹²DA SILVA, Edson Ferreira. *Direito à Intimidade*. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 126.

que para tanto se mencionasse o nome da vítima, prevalecendo então o direito à informação sobre o direito ao esquecimento.

Para o Ministro Luís Felipe Salomão, o direito ao esquecimento não teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público e, quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público¹³.

Deve-se analisar se existe um interesse público atual daquela informação, de modo que se o fato pretérito não for dotado de contemporaneidade, historicidade e interesse público, não há justificativa plausível para sua divulgação, privilegiando assim, o direito ao esquecimento.

Como assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes¹⁴:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Constata-se então, que mesmo que se observe em relação ao esquecimento o predomínio do interesse privado (direitos de personalidade) em detrimento do interesse público (direito à informação), não existe um padrão de resposta, mas uma análise contida e pormenorizada de cada caso concreto na busca da melhor resposta, que permitirá aferir qual interesse deve prevalecer, sempre pautado no caso concreto.

CONCLUSÃO

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.335153. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2015.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 374.

Na atual da sociedade da informação, onde as pessoas possuem amplo acesso à informação, principalmente por conta da internet, verifica-se a necessidade de se estipular um limite a veiculação e divulgação das informações, notadamente as que correspondam aos fatos ocorridos no passado e que de alguma forma tragam uma violação à honra, à privacidade e à imagem daqueles cuja informação diga respeito.

Assim, como uma forma de limitar a divulgação de fatos pretéritos surge o direito ao esquecimento, lastreado no princípio da dignidade humana, passando a integrar os chamados direitos da personalidade, permitindo que o passado de determinada pessoa não venha a ser devassado, principalmente quando disserem respeito a fatos cometidos e que não mais ser lembrados.

A aplicação do chamado direito ao esquecimento, muito embora não se limite a esfera penal, tem nela sua maior relevância, posto que é nessa seara onde se discutem a maioria dos casos de vulneração aos direitos da personalidade, em especial quando se trata de ex-detentos, que mesmo após cumprirem suas penas, continuam atrelados à prática do fato criminoso, devido a exposição midiática, bem como pelo armazenamento da informação na rede mundial de computadores.

A grande crítica que se faz é a de que, se nem mesmo no direito penal o condenado pode ter seu nome atrelado ao fato que deu ensejo a sua condenação, após o cumprimento de sua pena, com muito menos razão pode esse fato ficar ao alvedrio da sociedade, obstando a ressocialização do indivíduo e, por vezes, trazendo à tona fatos que já haviam caído no esquecimento popular.

O direito ao esquecimento, como direito fundamental que é, não é absoluto, ao revés, é relativo e pode ceder espaço para outro direito, a depender da situação ocorrida no caso concreto. Como uma exceção ao direito ao esquecimento há o chamado direito à memória, que, tendo em vista a relevância do fato para a sociedade ele se incorpora a própria história

daquele país. É o caso dos crimes cometidos na época da ditadura militar. Assim, tendo em vista o interesse público de que se reveste a situação, não há espaço para a tutela individual.

O principal ponto de confronto na aplicação do direito ao esquecimento diz respeito ao direito de informação (que engloba o direito à liberdade de expressão, de pensamento e de imprensa), pois de um lado busca-se a proteção do interesse individual e de outro o direito coletivo, ambos de igual importância.

O direito ao esquecimento vincula e operacionaliza-se a dignidade da pessoa humana, sendo a possibilidade do ser humano ser reconhecido nesta condição e em particular, poder reconstruir sua história e se ver livre de um passado pesaroso, contudo sua aplicação não é irrestrita, só se justificando diante de fatos que não tenham notoriedade, contemporaneidade, historicidade e interesse público envolvido, do contrário,

Assim, conclui-se que o direito configura uma forma de se tutelar a dignidade da pessoa humana, promovendo uma limitação no que diz respeito às informações divulgadas sobre a vida pregressa do indivíduo. Embora se amolde como um direito da personalidade e como tal, inerente ao ser humano, há que se fazer uma análise no caso concreto para verificar sua aplicação ou seu afastamento, com base em outro direito igualmente amparado pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Lei 12.528 de 18 de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1334097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma, julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29381336&sReg=201201449107&sData=20130910&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1335153/RJ, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 11 set. 2015.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte peral e LINDB*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil: 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2015.

FERREIRA DA SILVA, Edson. *Direito à Intimidade*. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1, 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

GUTMAN, Juliana Santa Cruz. *Direito à verdade, memória e justiça*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorioresumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf>. Acesso em: 09 out. 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Luiza Diamantino. *O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16>. Acesso em: 09 out. 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAULO, Vicente.; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp.content/uploads/2008/10/themis-v4-n1.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.