

# LIBERDADE DE INFORMAR E DIREITO À MEMÓRIA - UMA CRÍTICA À IDEIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO -

*FREEDOM TO INFORM AND RIGHT TO MEMORY - A CRITIQUE OF THE IDEA OF RIGHT  
TO OBLIVION -*

*LA LIBERTAD DE INFORMAR Y EL DERECHO A LA MEMORIA - UNA CRÍTICA A LA IDEA  
DEL DERECHO AL OLVIDO -*

**João dos Passos Martins Neto<sup>1</sup>**

**Denise Pinheiro<sup>2</sup>**

---

1 Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. *Visiting Scholar na Columbia University School of Law*. Procurador do Estado.

2 Professora da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Professora da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC. Graduada, Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogada. *E-mail*: depinheiro@gmail.com.

**Resumo:** Este ensaio explica e critica a ideia de que nossa ordem constitucional protege algo como um direito individual ao esquecimento, entendido como o direito de não ser mencionado pela mídia em um relato atual sobre acontecimentos passados de caráter público. Um tal direito não parece ser razoavelmente dedutível do princípio da dignidade humana, do direito à privacidade ou de qualquer outro direito fundamental, e contradiz, de modo inaceitável, a liberdade de informar. É plausível sustentar a existência do direito de viver no isolamento, mas não do direito de ser esquecido, pois isto implicaria, para a mídia, a absurda obrigação de ocultar uma parte dos fatos e da verdade em narrativas históricas.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Liberdade de informar. Direito à memória. História. Direito ao esquecimento. Direito ao isolamento.

**Abstract:** This essay explains and criticizes the idea that our constitutional order protects something as an individual right to oblivion, understood as the right not to be mentioned by the media in a current report on past events of a public nature. This right does not seem to be reasonably deductible from the principle of human dignity, the right to privacy, or any other fundamental right, and contradicts, in an unacceptable manner, the freedom to inform. It is plausible to support the existence of the right to live in isolation, but not of the right to be forgotten, as this would mean that the media is bound by the absurd obligation of hiding some part of the facts and truth in historical narratives.

**Keywords:** Freedom of expression. Freedom to inform. Right to memory. History. Right to oblivion. Right to isolation.

**Resumen:** Este ensayo explica y critica la idea de que nuestro orden constitucional protege algo así como un derecho individual al olvido, entendido como el derecho de no ser mencionado por los medios en un relato actual sobre acontecimientos pasados de carácter público. Tal derecho no parece ser razonablemente deducible del principio de la dignidad humana, del derecho a la privacidad o de cualquier otro derecho fundamental y contradice, de modo inaceptable, la libertad de informar. Es plausible sostener la existencia del derecho a vivir en aislamiento, pero no del derecho a ser olvidado, pues esto implicaría, para los medios, la absurda obligación de ocultar una parte de los hechos y de la verdad en narraciones históricas.

**Palabras clave:** Libertad de expresión. Libertad de informar. Derecho a la memoria. Historia. Derecho al olvido. Derecho al aislamiento.

## INTRODUÇÃO

**R**ecentemente, dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proclamaram a existência, em nosso ordenamento jurídico, do assim chamado direito ao esquecimento. As decisões, relatadas pelo Ministro Luís Felipe Salomão, alcançaram grande projeção. Em tom de ligeira excitação, o *site* do próprio STJ deu destaque ao assunto, noticiando que, apesar de não se tratar de um tema novo na doutrina, “a tese desse direito foi discutida pela primeira vez na Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, a partir de dois recursos movidos contra reportagens da TV Globo.”<sup>3</sup>

O caso mais significativo (REsp nº 1.334.097 - RJ) diz respeito a um homem, Jurandir França, indiciado em 1993 como suspeito de participação na sequência de homicídios que ficou conhecida nacionalmente, por meio da cobertura da imprensa, como a Chacina da Candelária, no Rio de Janeiro. Em 2006, o programa Linha Direta, da TV Globo, lembrou a história. A narrativa não incorreu em inverdades, tendo ficado registrado, inclusive, que Jurandir França fora absolvido no processo criminal em que figurara como acusado. Não obstante, proposta ação de indenização, a TV Globo foi condenada a pagar R\$ 50 mil reais a Jurandir França.

Segundo decorre do precedente (consciente ou inconscientemente), o sentido geral e o objetivo da ideia de um direito ao esquecimento é o seguinte: um homem comum, que em tempos mais ou menos remotos esteve pública e oficialmente associado a um crime brutal de repercussão nos meios noticiosos, tem o direito a que o universo de sua vida atual, pacata e discreta, não seja perturbado pela evocação do passado nefasto; para proteção, em especial, de sua paz e de sua segurança, ou para não se ver exposto à execração pública e aos ódios sociais, ele tem então o direito de exigir dos veículos de comunicação que, em programas

<sup>3</sup> [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=110602](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=110602). Acesso em: 05/10/2013.

destinados à retrospectiva do clamoroso episódio, anos mais tarde, não façam menção à sua pessoa e omitam os dados de sua ligação com o evento, ainda que verdadeiros; a história pode ser lembrada, mas com supressão de seu nome e de sua imagem; na hipótese de que sua identidade não seja poupada, ele tem ainda o direito de receber uma soma em dinheiro para ressarcimento de danos, inclusive morais.

O direito ao esquecimento é concebido assim, em última análise, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida - outrora legitimamente tornada pública por sua conexão com fatos terríveis - recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

É importante perceber que, na perspectiva do precedente, o direito ao esquecimento surge, realmente, como uma figura peculiar. Ele não se confunde, em primeiro lugar, com o direito à privacidade em seu aspecto mais saliente, ou seja, como direito do indivíduo de não ter vasculhados nem divulgados, sem consentimento, os assuntos de sua vida íntima ou particular; diversamente, o que está afirmado, sob tal título, é o direito do indivíduo a que uma situação negativa vivida no passado, legitimamente passível de ser transformada em notícia à época de sua ocorrência devido à sua qualidade de assunto de interesse público, não mais seja, decorrido certo tempo, objeto de nova publicidade. Em segundo lugar, o direito ao esquecimento, por dizer respeito a informações verídicas, também não se confunde com o direito à honra em sua modalidade principal, vale dizer, como direito do indivíduo a que sua reputação perante terceiros não seja abalada por informações falsas (deliberadamente mentirosas ou culposamente errôneas).

As motivações podem ser nobres - proteger as pessoas contra distúrbios em suas vidas por efeito da recapitulação pública do passado. Contudo, as implicações da ideia são fortes. À luz da bilateralidade das relações jurídicas, os direitos são como espelhos dos deveres; o que um homem pode exigir, o outro deve cumprir; o que a um se concede, ao outro se impõe. Se o indivíduo tem o direito de ser esquecido, então a mídia tem o dever de esquecê-lo. Assim, no

plano da coexistência social, o direito ao esquecimento adquire o sentido de uma proibição, oponível aos meios de comunicação e aos seus agentes, qual seja, a proibição de que um fato histórico de caráter público seja abordado por meio de uma narrativa integral e fidedigna. Há uma obrigação de omitir, de não informar por completo, que é necessariamente correlativa do direito de ser esquecido. Por isso, nas situações em que seja reconhecido o direito ao esquecimento, revela-se como um direito de calar a imprensa e as emissoras de rádio e televisão, se não os historiadores e os escritores de livros, ao menos em relação a um dos sujeitos envolvidos; é um direito individual cujo reflexo é, para quem está do outro lado, a obrigação de ocultar parte da verdade histórica, sob pena, inclusive, de sanção (pagamento de equivalente pecuniário).

A questão capital que se coloca, para fins de análise e crítica acadêmica, é a de saber se um direito com semelhante conteúdo de imposição pode ser razoavelmente inferido dos preceitos normativos que integram a nossa ordem jurídica, ainda mais considerando que, nos termos em que concretizado no precedente, ele não se encontra explicitamente tutelado por nenhum dispositivo constitucional ou da legislação civil, nem encontra correspondente na jurisprudência tradicional. Daí, em suma, a pergunta: é plausível a ideia de um direito ao esquecimento?

Neste artigo, a resposta será negativa. O direito ao esquecimento não deve ser considerado uma projeção implícita do direito à privacidade ou de qualquer outro direito fundamental, ao mesmo tempo em que a proibição de evocar o passado está em contraste frontal com a norma constitucional da liberdade de expressão, mais particularmente com as garantias da “plena liberdade de informação jornalística” (CFRB, art. 220, § 1º), da “livre expressão da atividade de comunicação” (CFRB, art. 5º, IX) e do “acesso à informação”. Aqui, segundo parece, uma distinção é essencial de ser feita: é aceitável reconhecer as pessoas de notoriedade passada o direito ao isolamento, mas não, em hipótese alguma, o direito ao esquecimento.

O trabalho está dividido em três momentos. O primeiro delinea, ainda que brevemente, a relação entre temas como memória, história e esquecimento. Na segunda parte, apresentam-se as linhas doutrinárias principais do direito

ao esquecimento e são examinadas as decisões do REsp 1.344.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ. Por fim, após a apresentação de aspectos destacados dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade, defende-se a inexistência de um direito ao esquecimento nos termos como vem sendo concebido.

## MEMÓRIA, HISTÓRIA E ESQUECIMENTO

O que lembrar? O que esquecer? O que é verdadeiro e o que é imaginado? Há limites para a preservação da memória e há a possibilidade de se impor o esquecimento?<sup>4</sup>

Sem adentrar na discussão de como se dá o julgamento das evidências do passado, se o que há é um relativismo diante da subjetividade da interpretação, se a história é inevitavelmente uma ficção, narrada pelos vencedores, ou se se trata de uma análise e um julgamento dos fatos e, “como todas as ciências, tem como norma a verdade”<sup>5</sup> e que a objetividade histórica “constrói-se pouco a pouco através de revisões incessantes do trabalho histórico, laboriosas verificações

4 Jorge Luís Borges e Gabriel García Márquez oferecem a idealização da dualidade, memória e esquecimento em condições extremadas. E o contexto literário do realismo fantástico permite imaginar as implicações de tal exacerbação. Borges deu vida a Ireneo Funes, o memorioso, que, dotado de memória singular, observava e revivia as sensações em todos os seus detalhes. O poder de nada esquecer adveio sem grandes explicações, após um acidente, que o deixou paraplégico, o que ele julgou ser um preço mínimo, diante do mundo rico e nítido de uma percepção e memória infalíveis. No entanto, o interlocutor de Funes e narrador da história suspeitava que ele “não era muito capaz de pensar”, pois isto significa esquecer diferenças, saber generalizar e abstrair e “no mundo abarrotado de Funes não havia senão detalhes, quase imediatos” (BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Tradução de Davi Arrigucci Junior. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 99-108). Já a cidade de Macondo e a família Buendía de Gabriel Garcia Márquez foram acometidas pela peste da insônia, cujo agravamento da doença conduzia, inevitavelmente, para o mal do esquecimento. Na localidade, a solução encontrada foi marcar com tinta cada uma das coisas com o nome, o que, por não se mostrar suficiente, exigiu a indicação da utilidade de cada uma delas. Receavam a chegada do dia em que esqueceriam os valores da letra escrita. Para garantir, na entrada da cidade, escreveram Macondo e na rua central um grande cartaz dizendo “Deus existe”. Apesar de tanto esforço, muitos sucumbiram e passaram a viver uma realidade imaginária. Pilar passou a ler o passado nas cartas. Foi o cigano Melquíades quem os salvou, com uma poção mágica (MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003).

5 LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Tradução de Bernardo Leitão. 5. ed. Campinas: UNICAMP, 2003. p. 32.

sucessivas e acumulação de verdades parciais”<sup>6</sup>, o fato é que o confronto entre memória e esquecimento é determinante para a história.

Como adverte Padrós (2001, p. 82/83):

Lembrar o passado é um elemento essencial na conformação da identidade, individual ou coletiva. A necessidade de lembrar é, talvez, a principal atribuição da memória. Sem memória não existiriam referências ou experiências.<sup>7</sup>

Entretanto, cumpre salientar que a história envolve a seleção de informações, sendo isto um instrumento de poder, como alude Le Goff:

Do mesmo modo, a memória coletiva foi posta em jogo de forma importante na luta das forças sociais pelo poder. Tornar-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores destes mecanismos de manipulação da memória coletiva.<sup>8</sup>

E, como afirma Padrós:

(...) os responsáveis pelos anos de chumbo latino-americanos sabem que o desconhecimento impede o posicionamento consciente; sabem, também, do potencial de inércia que possui o esquecimento coletivo.<sup>9</sup>

Paul Ricoeur, na obra “A memória, a história, o esquecimento”, alerta para a importância de se ter um equilíbrio entre o excesso da memória e do esquecimento. Ele trata, por exemplo, da questão da anistia, apontando para a sua origem, o decreto de Atenas de 403 a.C, em que se proibiu recordar os crimes cometidos pelos dois partidos, exigindo-se, para tanto, juramento individual dos cidadãos. Cuida-se de um esquecimento por imposição, do qual se valem democracias modernas, sob a justificativa da paz social. Porém, o autor aponta que, quanto a isto, há um problema filosófico. Ele questiona se a anistia não é prejudicial à

6 LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. 2003. p. 33.

7 PADRÓS, Enrique Serra. Usos da Memória e do Esquecimento na História. **Revista Letras**, Santa Maria, n. 22, p. 79-95. Jan/Jun 2001.

8 LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. 2003. p. 422.

9 PADRÓS, Enrique Serra. **Usos da Memória e do Esquecimento na História**. 2011. p. 83.

verdade e à justiça e, ainda, qual fronteira entre anistia e amnésia.<sup>10</sup>

No Brasil, com o objetivo de apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, a Lei n. 12.528/2011 criou a Comissão Nacional da Verdade, o que se acredita ter-se dado no sentido da análise de Ricouer, ou seja, de não se impedir a discussão e de se retirar as memórias de um espaço clandestino, pois o esquecimento, em tal contexto, é prejudicial para a democracia. Nos termos do art. 1º da referida lei, a finalidade é a “de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.”

E, na definição entre o que se busca rememorar e o que se deseja esquecer, a liberdade de expressão ocupa um papel essencial. Quais as informações que podem ser acessadas e divulgadas pelo historiador, filósofo, cientista, escritor, roteirista, jornalista, ou, simplesmente, pelo indivíduo que deseja resgatar o passado?

Por outro lado, não se ignora que há acontecimentos que devem ficar resguardados da opinião pública. Está-se referindo, portanto, a uma esfera protegida pelo direito à privacidade.

E é assim que se estabelece, diante da complexa relação entre memória e esquecimento, o ponto de contato entre a livre manifestação do pensamento e a privacidade. Por certo que nem todas as questões relacionadas com a privacidade conectam-se com a liberdade de expressão. Entretanto, é inevitável constatar as inúmeras aproximações entre estes direitos fundamentais.

## DIREITO AO ESQUECIMENTO

### DOCTRINA

Em 1980, René Ariel Dotti fez referência<sup>11</sup> ao direito ao esquecimento, valendo-se, essencialmente, de duas decisões norte-americanas, o caso *Red Kimono* e o

10 RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et al.]. Campinas: UNICAMP, 2007. p. 460-462.

11 DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 90-92.

caso *Sidis*, como sendo situações que exemplificariam adequadamente o direito ao esquecimento.

Para que se possa compreender adequadamente a referência feita por Dotti, uma breve narrativa mostra-se necessária.

O caso *Red Kimono (Melvin vs. Reid)*<sup>12</sup> foi julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1931, resultando na condenação do cineasta que retratou, em um filme, o passado de prostituta de Gabrielle Darley, que fora absolvida de uma acusação de homicídio. A autora fundamentou a ação no fato de o filme “The Red Kimono” ter interferido na sua vida pessoal presente, violando a sua privacidade, pois não era mais prostituta, havia se casado e se tornado uma pessoa respeitada na cidade onde morava.<sup>13</sup>

Já em *Sidis vs F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, que havia sido um menino prodígio, provavelmente, por um processo de superestimulação mental a que foi submetido pelo seu pai, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, aparentemente sem a sua autorização, por uma matéria que o tratava com desdém e expunha a sua condição atual de morador de um quartinho no canto de um corredor miserável na região sul de Boston.<sup>14</sup> Na época (1940), Sidis não teve o seu direito à privacidade reconhecido pela Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito, que, segundo Lewis, concluiu que “uma vez que alguém se torne uma figura pública, ainda que contra sua vontade, será para sempre um alvo legítimo da imprensa”<sup>15</sup>.

Outro caso, agora da jurisprudência alemã, é o Lebach, que se tornou notório principalmente por meio da doutrina e que, normalmente, também é invocado pelos defensores do direito ao esquecimento<sup>16</sup>.

12 Também citado nas decisões do STJ, que abaixo serão examinadas.

13 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 94.

14 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 79-80.

15 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 83.

16 Inclusive, igualmente, referenciado nos acórdãos do STJ.

O caso Lebach foi resumido por Robert Alexy nos seguintes termos:

Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.<sup>17</sup>

O Tribunal Estadual e o Tribunal Superior Estadual negaram o pedido de medida cautelar e autorizaram a exibição do documentário. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão concluiu que, do embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a conseqüente proibição de exibição do documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar a ressocialização do autor.<sup>18</sup>

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, valendo-se do caso Lebach como exemplo, ampliam as possibilidades fáticas e dispõem que:

A celebridade do passado nem sempre será objetivo legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. 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.<sup>19</sup>

17 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99/100.

18 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 100-102.

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Cons-**

Os autores<sup>20</sup> identificam um conflito de interesses entre a liberdade de informação e a privacidade, que deve ser solucionado, em cada caso, mediante o exame de que se “o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará”. Asseveram, ainda, que se deve analisar a qualidade da notícia que será veiculada para que se conclua tratar-se ou não de assunto do legítimo interesse do público.

Daniel Bucar faz referência ao Enunciado 404<sup>21</sup> da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ, e aborda a questão do direito ao esquecimento como um controle temporal dos dados. Para ele, o direito ao esquecimento insere-se na proteção à privacidade, cujo conceito deve passar por uma inevitável atualização, eis que não mais corresponde ao direito de se estar só.<sup>22</sup>

François Ost, ao tratar do tema “perdão e o desligamento do passado”, apresenta o esquecimento como algo ameaçador, contudo necessário. Em uma análise não jurídica, ele afirma que o “esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito”<sup>23</sup>. Já sob a ótica do direito, ele identifica a questão do esquecimento no desuso da norma, na prescrição extintiva, no direito ao anonimato da mãe que opta por não indicar o seu nome no momento do parto, conforme previsão do Código Civil Belga, e no também direito ao anonimato de casal doador e receptor de embriões, consoante determinação do Código de Saúde Pública do mesmo país.<sup>24</sup>

Do mesmo modo que outros autores referenciados, Ost vincula esquecimento e privacidade, afirmando tratar-se de uma ferramenta útil e pacificadora, fazendo-o mediante as seguintes palavras:

---

**titucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 325.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** p. 326.

21 Este enunciado, em conexão ao artigo 21 do Código Civil, firmou que “a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.”

22 BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**, ano 2, n. 3. 2013. p. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em: 26/11/2013. Acesso em: 13/01/2014.

23 OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 153.

24 OST, François. **O Tempo do Direito.** p. 153.

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.<sup>25</sup>

Ost alerta, todavia, para o esquecimento-falsário e para o esquecimento-recalque. No primeiro, há uma imposição de uma história oficial mentirosa com o objetivo de legitimar um regime ou uma ideologia. No segundo, busca-se a amnésia coletiva a fim de apagar o sofrimento imposto pelos vencedores aos vencidos e às vítimas de guerras e de “conquistas”, ignorando-se, com isso, os genocídios, os massacres e os crimes contra a humanidade.<sup>26</sup>

Por fim, cumpre salientar que, na VI Jornada de Direito Civil (2013), promovida pelo CJF/STJ, foi aprovado o Enunciado 531, que dispõe categoricamente que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”<sup>27</sup>.

## ACÓRDÃOS DO STJ: RESP 1.334.097 - RJ E RESP N. 1.335.153-RJ

O acórdão do REsp 1.334.097 - RJ, em suma, versa sobre o direito de Jurandir Gomes de França de ser indenizado pela Rede Globo (Globo Comunicações e Participações S/A) em razão de o programa “Linha Direta – Justiça”, ao rememorar a “Chacina da Candelária”, ter feito referência a ele, anos após ter sido absolvido. O autor da ação indenizatória fundamentou o seu pleito no direito à paz, à privacidade e ao anonimato, tendo alegado que manifestou à emissora o desinteresse em ter sua imagem veiculada em rede nacional e que se recusou a dar entrevista. Ele afirmou que a transmissão do programa reacendeu o ódio social, ligando-o novamente à condição de chacinador e, assim, problemas que

25 OST, François. **O Tempo do Direito**. p. 161.

26 OST, François. **O Tempo do Direito**. p. 161-162.

27 O enunciado está acompanhado da seguinte justificativa: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

já haviam sido superados, obrigaram-no a deixar a comunidade, para proteger a sua vida e garantir a segurança dos seus familiares dos “justiceiros” e “traficantes”, a se desfazer dos seus bens, além de não ter mais conseguido emprego.

O acórdão da Quarta Turma do STJ inicia reconhecendo a constância dos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos à personalidade. E aponta que, nos precedentes do referido órgão, os julgados se concentravam no exame da ilicitude e que, para esta análise, já se havia concluído pela existência de algumas limitações à liberdade de imprensa, que se dispôs não ser absoluta. Neste sentido, firmou-se o compromisso com a informação verossímil; a proteção dos direitos da personalidade; a não realização de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar. O relator, não obstante, reconhece que já havia sido estabelecido não se poder exigir verdades absolutas, até para que atendidas as exigências, próprias do jornalismo, de rapidez e de velocidade, o que deve ser aliado à não divulgação de meros rumores.

A fundamentação do acórdão, antecipando as eventuais críticas ao acolhimento do direito ao esquecimento, apresenta os argumentos usualmente formulados e busca refutar cada um deles. A decisão colegiada sustenta, basicamente, que não há violação à liberdade de expressão e de imprensa; que o direito ao esquecimento não é representativo da perda da história e da memória; que a privacidade não é a censura dos dias atuais; que não se trata de analisar a possibilidade de algo deixar de ser lícito pela passagem do tempo; que a questão não se limita à mera reafirmação de se divulgar tema já público; do mesmo modo, que a conduta não se justifica por ser hipótese de programas comuns no Brasil e no exterior.

O julgado estabeleceu, ainda, que do conflito entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem, há uma “inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, o que foi evidenciado pela confirmação da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inciso III da CRFB. E, ao prosseguir no combate às teses opositoras ao direito ao esquecimento, registrou a preocupação com a exploração midiática do crime e com a permissão irrestrita de retratar o crime e as pessoas envolvidas, sob o pretexto da historicidade do fato, já que pode representar, quando o acusado tiver sido

inocentado, “permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado”. Ademais, foi apresentada uma distinção entre interesse público e interesse do público, apontando, inclusive, para a interpretação do art. 5º, LX da CRFB<sup>28</sup>, no sentido de restrição à publicidade dos atos processuais quando se tratar de preservação da pessoa, para que não exista uma execração do acusado em praça pública e, conseqüentemente, as decisões judiciais não se tornem viciadas pela repercussão da mídia, concluindo para a publicidade apenas do resultado da resposta estatal.

No acórdão, fica evidente o estabelecimento do direito ao esquecimento dos condenados que já cumpriram integralmente a pena e dos absolvidos em processo criminal, exceto quando se tratar de crimes históricos e quando se mostrar imprescindível, para a narração do ocorrido, a divulgação da imagem e do nome da pessoa condenada ou absolvida.

Já no Recurso Especial n. 1.335.153-RJ, também relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, ainda que tenha sido apresentada toda a teorização sobre a presença do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, a irresignação contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que manteve a sentença de primeiro grau, não foi acolhida e, assim, os irmãos de Aída Curi, vítima de violência sexual e homicídio, em 1958, cujo crime igualmente foi narrado no programa Linha Direta – Justiça da Rede Globo, não tiveram reconhecido o direito à indenização por danos morais.

Os autores apresentaram linha argumentativa similar à apresentada ao caso narrado, inclusive a de que não teriam autorizado a veiculação do programa, o qual teria reavivado o sofrimento provocado pela morte da irmã. O acórdão, contudo, entendeu que se trata de acontecimento que entrou para o domínio público, sendo praticamente impossível retratar o caso Aída Curi, sem fazer referência à própria jovem.

Assim, neste segundo acórdão, a decisão, por maioria de votos, foi pela não compensação dos danos suportados pelos irmãos da vítima, tendo em vista

---

28 CRFB. Art. 5º, LX. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou do interesse social do exigirem.

tratar-se de caso notório e por não ter sido a imagem da vítima usada como um chamariz de audiência, já que mostrada uma única fotografia. O acórdão firmou ter ficado claro que o objetivo do programa era, de fato, o crime em si e não a imagem da vítima, inclusive porque na maior parte do tempo foi realizada a dramatização com atores contratados. Neste caso, o órgão julgador concluiu que a emissora cumpriu a sua função social de informar e fomentar o debate.

## INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO

A partir do observado na doutrina e no precedente do STJ, é possível concluir que o direito ao esquecimento é concebido, em suma, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre fatos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

O objetivo central da construção de um direito ao esquecimento, portanto, é impedir que a vida atual, daquele que no passado esteve pública e notoriamente ligado a um evento, seja perturbada pela associação retrospectiva ao episódio, ainda que o relato seja integralmente verdadeiro. A narrativa, desse modo, sofrerá uma limitação, devendo suprimir o nome e a imagem da pessoa envolvida. Na linha do precedente do STJ, que tratou do tema na esfera penal<sup>29</sup>, apenas crimes históricos admitiriam a individualização e a identificação do sujeito. A resposta estatal à violação ao direito de alguém ser esquecido corresponderá à condenação ao pagamento de uma indenização.

Todavia, pretende-se demonstrar o equívoco de um direito individual impeditivo de se mencionar a conexão de alguém a um acontecimento passado público e notório. As linhas principais de argumentação são duas: 1) o direito ao esquecimento, que não é uma decorrência evidente do princípio da dignidade humana, atenta contra a liberdade de expressão, a memória e a história, e o recurso à interpretação dos direitos fundamentais por meio da ponderação, em

<sup>29</sup> Ainda que o tema conecte-se de forma imediata às questões penais, não está a elas circunscrito.

especial, no que tange ao exercício da manifestação do pensamento, tem se mostrado inadequado; 2) é equivocado fundamentar a existência de um direito ao esquecimento no direito à privacidade, reconhecendo-se, todavia, o direito de se viver no isolamento, que não se confunde com o primeiro, já que se deve distinguir e, portanto, tratar de forma diversa, a divulgação do fato público do passado e as informações atuais sobre a pessoa nele envolvida.

Em “Fundamentos da Liberdade de Expressão”, firmou-se que:

A liberdade de expressão consiste, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador da mensagem (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador).<sup>30</sup>

Kent Greenawalt, reconhecendo que a liberdade de expressão é um princípio político crucial das sociedades democráticas, questiona o que é o discurso que deve ser livre e protegido. Nas palavras do autor, “what is the ‘speech’ that is to be free and protected?”<sup>31 32</sup>

Para Greenawalt, é fundamental identificar as razões ou justificativas para a proteção da liberdade de expressão, diferenciando-as em consequencialistas e não consequencialistas. As razões são consideradas consequencialistas por contribuírem para o estado de coisas desejável, por exemplo, quando for possível identificar que a liberdade de expressão exerce influência para a honestidade de um governo. Já as não consequencialistas justificam a liberdade de expressão, ainda que não produzam uma consequência específica, levando-se em consideração tão somente tratar-se de um direito ou de uma questão de justiça.<sup>33</sup>

O autor elenca, então, as justificativas consequencialistas:

Busca pela verdade;  
Estabilidade social e acomodação de interesses;

30 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular, 2008. p. 27

31 GREENAWALT, Kent. **Speech, Crime and the uses of language**. New York: Oxford University Press, 1989. p. 48.

32 Ao longo do presente trabalho, valeu-se da tradução livre para todas as citações em idioma estrangeiro.

33 O autor reconhece que o limite entre razões consequencialistas e não consequencialistas nem sempre será claro.

Exposição e contenção dos abusos de autoridades;  
 Autonomia e promoção de opiniões independentes;  
 Desenvolvimento pessoal e senso de dignidade;  
 Promoção da democracia liberal;  
 Promoção da tolerância.<sup>34</sup>

Como justificativas não consequencialistas, relacionadas, portanto, com a liberdade de manifestação de opinião, independentemente de produzirem consequências específicas e desejáveis, apesar da possível relação com as razões consequencialistas, Greenawalt aponta a autonomia, a racionalidade, a dignidade e a equidade.<sup>35</sup>

Tais razões auxiliam avaliar se o ato comunicativo é digno de proteção, pois se forem a ele aplicáveis “uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão”<sup>36</sup>, este será dotado de valor expressivo e deverá ser assegurada a sua livre manifestação.<sup>37</sup>

Dever-se-á, portanto, examinar o valor expressivo do ato comunicativo e identificar quais manifestações do pensamento não são merecedoras da tutela estatal. É o caso da ameaça, da difamação, da incitação, do insulto, da invasão de privacidade, da propaganda nociva e do uso indevido de imagem. E a partir desta operação, construir-se-á o alcance do direito da liberdade de expressão.<sup>38</sup>

A liberdade de expressão é um direito fundamental<sup>39</sup>. Ao se impedir a livre

34 GREENAWALT, Kent. **Speech, Crime and the uses of language**. p. 228.

35 GREENAWALT, Kent. **Speech, Crime and the uses of language**. p. 228.

36 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. p. 47.

37 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. p. 47.

38 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. p. 21.

39 No contexto brasileiro e na ordem constitucional vigente do rol de direitos e garantias individuais apresentados no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, destaca-se o inciso IV, que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”, bem como o inciso IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” o XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e o XVI – “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.” E, ainda, refletindo a restauração democrática, transcreve-se o art. 220: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação

manifestação do pensamento, avanços da ciência foram retardados, povos foram alienados, arte e cultura foram duramente atingidas.

Na hipótese de prevalectimento da tese de um direito ao esquecemento, acolhida nos acórdãos do STJ, a insegurança e a imprecisão sobre o que se poderá falar sobre o passado estará estabelecida. Jornalistas, historiadores, artistas, cineastas hesitarão, permanecendo sob a ameaça de futuras condenações judiciais.

Desde já, sustenta-se que a primeira consequência será o que os anglo-saxões chamam de "*chilling effects*", inibidor da livre circulação de ideias.

Nas palavras de Eric Barendt:

Alternativamente, escritores podem ser inibidos de publicar material com estas características (discurso do ódio), por temerem um futuro processo. Isto é chamado de "*chilling effect*" e o repúdio a ele influenciou consideravelmente as cortes dos Estados Unidos na solução de conflitos entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos ligados à reputação.<sup>40</sup>

Os acórdãos dispuseram, expressamente, que não se pode permitir a eternização da informação e que, na hipótese de processos penais, a notícia deixa de ser atual, em regra, com o cumprimento da pena ou com a decisão que concluiu pela absolvição, exceto se dotada de interesse histórico e quando se mostrar imprescindível, para a narração do ocorrido, a divulgação da imagem e o nome da pessoa condenada ou absolvida. Como regra, o acórdão estatuiu que o parâmetro não é a veracidade ou a licitude da informação no momento de sua divulgação, sendo determinante, diversamente, o direito ao esquecemento, à paz, à felicidade e ao de ser deixado em paz.

As decisões da 4ª Turma do STJ, portanto, definiram marcos temporais, ou seja, pretenderam fixar um prazo de "vida útil da informação criminal", inclusive, alertando para a necessidade de restrição de publicidade dos processos ainda durante o seu trâmite. Acolhido este pensamento, o primeiro obstáculo a

---

social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

40 BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007. p. 32.

ser superado será em relação aos próprios bancos de dados jurisprudenciais fornecidos pelos Tribunais, que precisarão de uma atualização contínua para retirada de decisões do repositório ou, pelo menos, de uma estratégia para garantir o anonimato dos envolvidos. Mas qual o fundamento legal para esta restrição da publicidade processual?

Outra dificuldade evidente é a indefinição do que é um julgamento histórico, o que permitiria a divulgação da informação relativa a evento do passado, além do perigoso fato de que a análise desta condição ocorrerá somente *a posteriori*, subjetivamente, pelo magistrado.

Ao se analisar os fundamentos dos acórdãos do STJ, observou-se a remissão ao caso *Red Kimono (Melvin vs. Reid)*, que é recorrentemente citado pelos defensores do direito ao esquecimento. Para recordar o leitor, trata-se de um caso julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1931, resultando na condenação do cineasta que retratou, em um filme, o passado de prostituta de Gabrielle Darley, que fora absolvida de uma acusação de homicídio, e que argumentou que o filme “The Red Kimono” interferiu na sua vida pessoal presente.<sup>41</sup>

O que as decisões não informam, assim como outros autores que se utilizam do mesmo exemplo, como René Ariel Dotti<sup>42</sup>, é que esta foi a orientação da Suprema Corte da Califórnia até 1971, hoje já superada, como salienta Lewis:

Mais recentemente, as interpretações da Primeira Emenda pela Suprema Corte, mais generosa, deixam claro que a imprensa pode chamar atenção de forma verídica para fatos antigos, por mais embaraçosos que sejam. Em seu voto no caso Shulman, a ministra Werdegar indicou que a Suprema Corte da Califórnia não mais adotaria o precedente do caso *Red kimono*. A cultura jurídica americana tal como é hoje não aceitaria a proibição da publicação de fatos que já fossem de conhecimento público. E as ferramentas de busca na internet tornaram o passado de praticamente qualquer pessoa disponível ao público com apenas um clique. Uma vez conhecido, nenhum fato da vida privada pode ser enterrado.<sup>43</sup>

41 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 94.

42 DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. p. 90-92.

43 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 94-95.

Ademais, tendo se afirmado de forma tão veemente a existência de um direito específico ao esquecimento no direito brasileiro, qual o “prazo de validade da informação” em outras situações? O direito de retorno ao anonimato concretiza-se a partir de qual momento?

Ao se pensar, por exemplo, em questões não criminais, que tiveram ampla divulgação no passado e cuja permanência de sua veiculação, infelizmente, pode causar alguma tristeza e embaraço para a pessoa envolvida, a conclusão pela proibição da divulgação do fato pretérito em favor de um direito ao esquecimento seria mantida?

E é curioso que o acórdão (REsp 1.334.097/RJ), que identificou para o caso concreto o direito ao esquecimento, dispôs que a empresa-ré não tratou o autor de maneira desrespeitosa, que o programa não faltou com a verdade, que, de fato, o inquérito policial, durante a chacina da candelária, foi uma balbúrdia e que tal episódio integra a história brasileira (2013, p. 40), mas, apesar disto, concluiu pela existência de uma conduta antijurídica e ilícita, fundamentadora de uma condenação ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de danos morais, para que atendida a função punitiva e pedagógica. Para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e para o Superior Tribunal de Justiça, o determinante para a condenação resulta da ponderação, no caso concreto, entre a liberdade de expressão e a privacidade, sendo devida a indenização pela preponderância desta, sancionando-se a referência ao nome do autor e a divulgação da sua imagem que, segundo os magistrados, poderiam influenciar o cidadão médio, telespectador do programa, que não veria um inocente injustamente acusado, mas sim um acidentalmente absolvido.

Entretanto, questiona-se, qual a segurança jurídica e qual a racionalidade decisória ao se extrair a ilicitude por meio de um sopesamento de valores?

Ao se aprofundar nesse questionamento, mostram-se necessárias algumas observações sobre a opção, que normalmente acompanha a defesa do direito ao esquecimento, que é o neoconstitucionalismo, qual seja, a ponderação, e a solução dos supostos conflitos entre a liberdade de expressão e a privacidade<sup>44</sup>.

44 Em “Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão”, Cademartori e Pinheiro apresentam, com maiores detalhes, esta questão. In: **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Davi do Espírito do Santo e César

Em outra oportunidade, já se alertou para o risco de empobrecimento da hermenêutica provocado pelas metodologias do neoconstitucionalismo, inadequadas para a especificidade dos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

No acórdão, aqui, objeto de estudo, que determinou o pagamento à indenização ao senhor vítima de uma investigação policial imprópria na chacina da Candelária, em que se reconheceu a presença dos elementos para a aplicação do direito ao esquecimento, já na ementa há a indicação do confronto entre “Liberdade de Imprensa vs. Direitos da personalidade” e da necessária “ponderação de valores”, ou seja, da solução dos conflitos por meio do sopesamento, o que se dá, no Brasil, especialmente, mediante inspiração na doutrina de Robert Alexy.

No entanto, dois importantes autores, Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli, opõem-se a proposta de racionalidade e técnica decisória desenvolvida pelos neoconstitucionalistas.

Para Habermas<sup>46</sup>, a teoria de Alexy flexibiliza os direitos fundamentais ao transformá-los em mandamentos de otimização, que ficam, ainda, ameaçados de desaparecimento pela irracionalidade do processo de sopesamento.<sup>47</sup>

Contra tal argumento, Alexy dispõe:

A objeção de Habermas à teoria dos princípios seria em seu cerne justificada caso não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos.<sup>48</sup>

Para Ferrajoli, com fulcro em seu pensamento garantista, estas são as principais objeções ao neoconstitucionalismo: 1) a negação do positivismo jurídico e, como já salientado, a não separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça, fazendo com que a moral passe a integrar o ponto de vista interno do direito; 2) a confusão entre direito e moral, validade e justiça produz a falácia jusnaturalista

Pasold (Org.). Florianópolis: Insular, 2013.

45 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. p. 13.

46 Esta crítica é retirada no posfácio da obra Teoria dos Direitos Fundamentais do próprio Alexy que se dispôs a dialogar com Habermas e Böckenförde.

47 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 576-578.

48 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 594.

(confunde validade com justiça) e falácia ético-legalista (confunde justiça com validade); 3) a inadequação da classificação de regras e princípios como espécies de normas, apontando tratar-se de um sofisma que promove um enfraquecimento dos direitos, já que princípios e regras são igualmente normas, formuladas de maneira diversa, havendo uma diferença de estilo e não estrutural, fazendo com que a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes; 4) a inexistência dos conflitos que são apontados pelos teóricos da ponderação; 5) a ponderação, por vezes, assemelha-se à velha “interpretação sistemática” e se o juiz passa a ter um poder de criação, torna-se ilegítimo, invadindo a esfera de atuação do legislador, significando, para ele, um tipo de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno.<sup>49</sup>

É muito mais seguro para os direitos fundamentais que não se resolvam as celeumas, caso a caso, mediante a ponderação, mas que se busquem outros mecanismos interpretativos. É o que faz, por exemplo, a teoria do ato comunicativo dotado de valor expressivo, já citada quando da análise das razões para a defesa da liberdade de expressão.<sup>50</sup> Desse modo, é possível concluir que não há choque entre o direito de liberdade de expressão e os direitos da personalidade, quando, por exemplo, há invasão da privacidade, mas sim ofensa a esta, já que, em tal hipótese, não há se falar em liberdade de expressão a ser resguardada, pois inexistente ato comunicativo com valor expressivo. Inadequado, acredita-se, portanto, valer-se da teoria de ponderação dos direitos fundamentais para solucionar esta espécie de conflito. Enfim, ao se buscar os limites da liberdade de expressão, pode-se concluir que atos comunicativos sem valor expressivo não são tutelados juridicamente.

O importante, como dispõe Eric Barendt, é buscar-se o estabelecimento de “fairly precise rules”<sup>51</sup>. Este autor, analisando justamente o tema de privacidade e o “esquecimento”, ao examinar uma decisão (*Shulman v. Group W. Productions*) da Suprema Corte da Califórnia, que decidiu em favor da empresa televisiva, conclui que “notícias apresentadas como entretenimento e a cobertura de

49 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33-51.

50 MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. p. 47.

51 BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. p. 205.

eventos passados são ambas protegidas, um posicionamento que levaria a Corte da Califórnia a decidir o caso alemão Lebach a favor da emissora”.<sup>52</sup>

Os acórdãos do STJ relativos ao “direito ao esquecimento colocam em oposição a dignidade da pessoa humana e a livre informação, que teria por objetivo proteger o interesse privado da emissora, mas ignoram que sem liberdade de expressão não há dignidade.

Interessante também a informação trazida por Otávio Luiz Rodrigues Júnior de que houve um caso “Lebach II”, em 1999, que, segundo o autor, “é uma espécie de revisitação do problema do “direito ao esquecimento”, mas com resultados bem diferentes.”<sup>53</sup> Rodrigues aponta que, em 1996, outra televisão alemã produziu uma série sobre crimes históricos, dentre eles o caso Lebach, e houve nova tentativa de impedir a veiculação. No entanto, desta vez, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que, diferentemente da transmissão do programa na década de 70, a série dos anos 90 não tinha teor sensacionalista e não mais poderia prejudicar a ressocialização dos condenados, e que não é pelo fato de terem cumprido a pena que o direito de ser deixado só foi adquirido.

A subjetividade dos acórdãos do STJ é, portanto, representativa de uma censura judicial, pois, prevalecendo este entendimento, caberá ao magistrado definir, *a posteriori*, a pauta da imprensa, provocando o já apontado *chilling efect*, e o receio de abordar fatos passados privará as pessoas do seu direito à livre manifestação do pensamento e de serem informados.

Questiona-se, ainda, qual a extensão que foi dada à privacidade capaz de impedir a divulgação de um fato público notório.

É evidente que se reconhece que o direito à privacidade deve ser tutelado. As pessoas têm direito a uma esfera de inviolabilidade ou, se for esta a preferência, são dotadas do direito de estarem sós e de serem deixadas em paz<sup>54</sup>, ainda

52 BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. p. 238.

53 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em: 14/01/2014.

54 A expressão “the right to be alone”, ou seja, “o direito de estar só” ou “o direito de ser deixado em paz”, tornou-se conhecida por meio do artigo “The Right to Privacy” de Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 15/12/1890, na Harvard Law Review, vol. IV, n. 5.

quando se tratar de figuras públicas. O mundo de 1984 de George Orwell é inadmissível.

O embate entre o público e o privado, a definição do que pode ser divulgado, até mesmo por uma exigência social, democrática e republicana, e o que deve ficar protegido do outro, do olhar alheio, da captação não autorizada, é um tema que atravessou o século XX e mostra-se ainda mais desafiante nos dias atuais.

Jesse H. Choper esquematiza, segundo o posicionamento recente da jurisprudência norte-americana, quais interesses são tutelados via direito à privacidade:

Interesses protegidos sob o direito à privacidade – casamento, procriação; contracepção; aborto; sodomia homossexual. Interesses não protegidos sob o direito à privacidade – registros públicos de um ato oficial (e.g., prisão); educação de crianças em escolas que discriminam com base na raça; exclusão de mulheres de grandes organizações não-seletivas; comprimento do cabelo de policiais; acumulação de dados de pacientes a quem drogas perigosas foram prescritas.<sup>55</sup>

Para Anthony Lewis, a violação à privacidade, atualmente, no direito norte-americano, pode ser categorizada em quatro ramos: 1) usar indevidamente a imagem de alguém; 2) inventar uma história não verídica sobre uma pessoa, o que é chamado de falsa luz; 3) invadir o espaço pessoal, como, por exemplo, mediante a escuta telefônica; 4) publicar fatos verídicos, porém embaraçosos.<sup>56</sup>

Na mesma linha, Post indica como sendo quatro os ramos atuais do “tort of invasion of privacy”:

(...) o artigo [Direito à privacidade, de Warren e Brandeis] deu origem ao desenvolvimento de um moderno ilícito, que atualmente corresponde

---

O texto foi e é importante para construção de um conceito de privacidade e, igualmente, mostra-se um manifesto pela liberdade de expressão. As palavras “the right to be alone” serão repetidas incessantemente nas décadas a seguir, ao se tratar do tema privacidade, atribuindo-se a autoria para Warren e Brandeis. No entanto, em seu famoso artigo, eles apontam que se trata de uma construção do magistrado Cooley em “*Cooley on Torts*”: “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone.’” WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. **Harvard Law Review**. Vol. IV, n. 5, 1890. Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10/09/2013.

55 CHOPER, Jesse H. **Constitutional Law**. Gilbert Law Summaries. Chicago: Barbri, 2004. p. 151.

56 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 90-91.

a quatro ramos: intrusão desarrazoada no isolamento de outrem; desarrazoada publicidade da vida privada de outrem; apropriação do nome de outrem ou similar; colocar uma falsa luz (atribuir a uma pessoa, um fato não verídico) sobre uma pessoa perante o público.<sup>57</sup>

Pode-se afirmar que não são poucos os assuntos que buscam a tutela sob a zona de proteção oferecida pela privacidade, como, por exemplo, podem ser ainda citados, aborto, orientação sexual, doenças que não se deseja revelar, vida e morte. Ao mesmo tempo, observa-se uma superexposição da intimidade, inclusive em programas televisivos e redes sociais, tornando ainda mais complexa a relação e a fronteira entre o privado e o público e provocando o questionamento acerca da manutenção de dogmas como, por exemplo, a irrenunciabilidade de direitos fundamentais.

Como afirma Bauman, vive-se uma sociedade confessional, e o que era impensável após a construção, pela modernidade, da noção de privacidade, está sendo, literalmente, assistido por todos na atualidade. Invoca-se a intimidade e, simultaneamente, ela é apresentada, espontaneamente, para milhões de pessoas.<sup>58</sup>

Contudo, apesar de toda a dificuldade de se delimitar a abrangência do direito à privacidade, não se imagina como invocá-lo para fundamentar um direito ao esquecimento e impedir o acesso ao passado, já pertencente à história e à memória.

Cabe apontar, por fim, que não há similitude entre o direito ao esquecimento e, por exemplo, o prazo para manutenção do nome do consumidor inadimplente nos bancos de dados de restrição ao crédito, pelo simples fato de que esta sempre foi uma informação sigilosa.

É certo que o homem público tem o direito de morrer em paz, que as pessoas devem ter os seus segredos íntimos preservados da curiosidade alheia e que há fatos, mesmo quando verídicos, que não podem ser divulgados.

57 POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort" (1989). **Faculty Scholarship Series**. Paper 211. P. 958/959. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/211](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/211). Acesso em: 01/09/2013.

58 BAUMAN, Zigmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 108.

Entretanto, reforça-se que, nos acórdãos examinados, bem como nos autores que tratam sobre o “direito ao esquecimento”, há uma imprecisão quanto à abrangência do direito à privacidade. Como se considerar violada a privacidade diante de um fato público do passado?

## PROPOSTA: DIREITO AO ISOLAMENTO

É preciso distinguir o fato pretérito público e a vida atual da pessoa a ele atrelada.

Na primeira hipótese, a liberdade de expressão tutela a retomada do fato pretérito público e a veiculação do ocorrido e inexistente violação à privacidade.

Na segunda, a vida atual da pessoa que optou por retornar ao anonimato, eventual ato comunicativo, que buscar invadir a privacidade, não estará resguardado pelo direito de livre manifestação do pensamento, pois presente o direito de se isolar, de ser deixado em paz, de ser deixado só, não se podendo importuná-lo com o objetivo de mostrar, por exemplo, como vive hoje, onde mora e o que faz atualmente. O uso da imagem, nesta circunstância, é igualmente indevida.

Assim, a possibilidade de divulgação de fatos que já tenham se tornado públicos no passado, justamente porque não haverá a lesão do direito à privacidade pelo mero decurso do tempo, é diferente da veiculação de informações atuais sobre a pessoa envolvida, que não tenham qualquer conexão com o evento notório e sejam destituídas de interesse público. Faz-se, portanto, uma diferenciação entre o direito ao esquecimento, aqui criticado, e o direito ao isolamento, ora defendido.

Os acórdãos e a doutrina não fazem esta distinção, que se reputa fundamental.

Por exemplo, em uma citação já apresentada, os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco falam de uma situação em que a celebridade que volta para a vida de cidadão comum deve ser deixada de lado, se este for o seu desejo, como sendo equivalente à hipótese de quem já cumpriu a pena

criminal de não ver repassado ao público o que o conduziu à penitenciária.<sup>59</sup> Entretanto, não o são. Consoante a terminologia que está se propondo, a primeira está relacionada ao direito ao isolamento, conectado à privacidade, e não a um suposto direito ao esquecimento no formato do que vem sendo decidido.

Assim, no caso da chacina da candelária, Jurandir Gomes de França pode impedir a divulgação da sua vida presente, mas não a recordação de um fato já publicizado, pertencente à memória coletiva e à história.

Retomando-se outras questões, já examinadas, René Ariel Dotti cita o caso *Red Kimono* e o caso *Sidis* como sendo situações que, igualmente, estão em conformidade com o direito ao esquecimento.<sup>60</sup> Mas se adverte que elas também demonstram a diferença que se propõe: 1) inexistência de um direito ao esquecimento em relação a um fato público passado; 2) proteção do direito ao isolamento, como integrante do direito à privacidade.

Em *Red Kimono*, o filme concentrou-se no passado notório de Gabrielle Darley. Já em *Sidis vs F-R Publishing Corporation*, Willian James Sidis, após ter voltado ao anonimato, foi retratado na revista *The New Yorker*, aparentemente sem a sua autorização, expondo a sua condição atual de morador de um quartinho no canto de um corredor miserável na região sul de Boston.<sup>61</sup>

O presente estudo sustenta soluções diversas das apresentadas, naquele momento, pela justiça americana nestes dois julgados. Defende-se que no caso "*Red Kimono*", o filme representa o exercício da liberdade de expressão, já em "*Sidis*", a revista *The New Yorker* não poderia ter invadido a esfera de privacidade de Willian. O menino prodígio do passado (Sidis) tem o direito ao isolamento e de proteger a sua vida atual do público.

Assim, pode-se afirmar que a privacidade tutela um atual direito ao isolamento (e não ao esquecimento de fatos pretéritos notórios). Narrar o evento, independentemente de quanto tempo depois, e indicar a participação das pessoas

59 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. p. 325.

60 DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. p. 90-92.

61 LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. p. 79-80.

envolvidas é direito salvaguardado pela liberdade de expressão. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da intromissão na vida atual de pessoas, que já foram célebres no passado, eis que protegidas pelo direito à privacidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A censura, sob qualquer forma, velada ou explícita, é incompatível com a democracia. Não há cidadania e dignidade sem liberdade. O direito de se expressar livremente e de ser informado é imprescindível para a construção do espaço social, da história e do conhecimento.

Vive-se um momento de busca pela verdade. O Brasil, por meio da Lei n. 12.528/2011, criou a Comissão Nacional da Verdade com o objetivo de apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, tendo por finalidade, como dispõe o seu art. 1º, “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.”

E impor o esquecimento do passado, de algo que já se tornou conhecido por todos, não é possível. Aliás, como invadir a esfera da consciência alheia e pretender o esquecimento, principalmente, na atual sociedade digital?

Como apontado ao se examinar a complexidade do processo histórico, este envolve a seleção de informações, sendo isto, inevitavelmente, um instrumento de poder. No entanto, é também por esta razão que as ideias devem ter a circulação mais livre possível a fim de que diferentes pessoas tratem sobre o mesmo tema e, conseqüentemente, tenham, de forma geral, a oportunidade de formular suas próprias convicções.

Há espaços da vida privada que não devem ser invadidos, sequer pelo Estado e, com maior razão, portanto, há fatos que não devem ser veiculados por um historiador, escritor, cineasta ou jornalista. Mas não é algo a ser resolvido subjetivamente pelo juiz, caso a caso, pois não cabe a este o estabelecimento da pauta da imprensa.

Diante do crescimento de um discurso que enfraquece a liberdade de expressão em favor de um “direito ao esquecimento”, verifica-se a demanda pelo fortalecimento de um entendimento que garanta a manifestação livre do pensamento relativo a fatos pretéritos, pertencentes à memória coletiva e à história e que, igualmente, tutele o direito à privacidade, em especial, o direito ao isolamento, que ora se propõe.

O irônico é que com as decisões do STJ o assunto obteve grande repercussão. Ainda que mais restrito aos *sites* jurídicos, o que se constata é que o caso da “chacina da candelária” foi, novamente, divulgado de forma ampla, sendo certo que isto não ajudou a garantir o “direito ao esquecimento” demandado pelo Sr. Jurandir Gomes de França. Isto reforça o questionamento acerca da eficácia deste “novo” direito, seja porque é impossível exigir que as outras pessoas esqueçam o que têm armazenado em suas mentes ou porque, nos dias atuais, qualquer tentativa de reter informações notórias, que foram publicizadas no passado, mostra-se ineficiente ante a pulverização e a massificação dos dados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BORGES, Jorge Luis Borges. **Ficções**. Tradução de Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.334.097/RJ. Rel.Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05.2013.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05/2009.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilistica.com**,

ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em 26/11/2013. Acesso em: 13/01/2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; PINHEIRO, Denise. Liberdade de expressão no contexto do neoconstitucionalismo e garantismo: uma reflexão. In: ESPÍRITO DO SANTO, Davi do e PASOLD, César (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

CHOPER, Jesse H. **Constitutional Law**. Gilbert Law Summaries. Chicago: Barbri, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação** – possibilidade e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GREENAWALT, Kent. **Speech, Crime and the uses of language**. New York: Oxford University Press, 1989.

HANDLIN, Oscar. **A verdade na história**. Tradução de Luciana Silveira de Aragão e Frota e Yvone Dias Avelino. São Paulo: Martins Fontes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Tradução de Bernardo Leitão. 5 ed. Campinas: UNICAMP, 2003.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideais que odiamos**: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MARTINS NETO, João do Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PADRÓS, Enrique Serra. Usos da Memória e do Esquecimento na História. **Revista Letras**, Santa Maria, n. 22, p. 79-95. Jan/Jun 2001.

POST, Robert C. The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort" (1989). **Faculty Scholarship Series**. Paper 211. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/211](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/211). Acesso em: 01/09/2013.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François *et al.* Campinas: UNICAMP, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>. Acesso em: 14/01/2014.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Vol. IV, n. 5, 1890. Disponível em: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>. Acesso em: 10/09/2013.