

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW: THE RIGHT FOR OBLIVION AS A NEW FUNDAMENTAL RIGHT

Liége Alendes de Souza¹

RESUMO

As novas tecnologias da informação e da comunicação têm modificado substancialmente a vida da sociedade contemporânea. Nesse sentido, merece destaque a internet, que possibilita a formação de conexões entre computadores ligados em rede. É sob esta perspectiva que surge o direito ao esquecimento, que é um desdobramento do direito fundamental à privacidade, cuja análise só pode ser realizada diante da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. O objeto do presente artigo é fazer uma análise sobre a vinculação entre os direitos de personalidade e de privacidade diante do novo direito fundamental invocado pela novel jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que é o direito ao esquecimento, diante das novas tecnologias comunicativas. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, como método de abordagem, utilizar-se-á o dedutivo, ou seja, estudar-se-ão as premissas estabelecidas a fim de se chegar a uma conclusão, em um processo de raciocínio lógico. Como métodos de procedimento, utilizar-se-ão, especialmente, o histórico e o comparativo.

Palavras-chave: direitos da personalidade, internet, sociedade em rede.

ABSTRACT

New information and communication technologies have substantially modified contemporary life. In this sense, the internet is highlighted, for it enables the formation of connections between computers in a network. It is from this perspective that arises the right to oblivion, which is a kind of the fundamental right to privacy, whose analysis can only be carried out in the application of fundamental rights to private relations. The purpose of this article is to analyze the link between the right for personality and the right for privacy in the new fundamental right invoked by the new jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ), which is the right for oblivion in the new communicative technologies. For the development of the present research, as a method of approach, it will be used the deductive method, that is, the premises established will be studied in order to arrive at a conclusion, in a process of logical reasoning. As methods of procedure, the historical and the comparative ones will be used.

Keywords: internet, network society, right for personality.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2018). Mestre em Direito (2013) e em Desenvolvimento Regional (2010) pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (2005). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (2012-Atual). Advogada. E-mail: liegealendes@gmail.com

INTRODUÇÃO

A comunicação é essencial aos seres humanos. Desde as mais primitivas formações sociais, os hominídeos desenvolveram técnicas capazes de emitir e receber uma dada mensagem. Com o advento da escrita, essa comunicação se torna mais facilitada, porquanto capaz de deixar registros inequívocos de acontecimentos históricos, políticos ou prosaicos das civilizações.

Todavia, é a partir do engenho das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTICs), que a comunicação humana passa por uma verdadeira revolução. Essas tecnologias têm modificado substancialmente a vida da sociedade contemporânea, especialmente a partir da popularização da internet, o que acabou intensificando as relações interpessoais, propiciando a busca sem limites de novas possibilidades de comunicação, afinal, hodiernamente, comunicar engloba, além da escrita propriamente dita, a manifestação por meios como vídeos, fotos, vlogs entre outros. Essa efervescência comunicacional, com o impulso dado pela internet, acaba gerando novas demandas jurídicas, o que faz com que seja necessária uma sofisticação no rol de direitos. Nesse sentido, a rede mundial de computadores tem sido responsável por trazer ao universo jurídico questões peculiares a essa forma de interação, que acabam por ocasionar o nascimento dos novíssimos direitos, como é o caso do Direito ao Esquecimento.

Com matrizes teóricas assentadas além-mar, o direito ao esquecimento chega ao Brasil como uma forma de contraponto ao direito à memória, que não permite que nada seja esquecido. Todavia, diante de situações pontuais, por vezes o esquecimento não só é necessário, mas também representa um passo essencial para que a vida seja retomada, porquanto, o direito ao esquecimento, em apertada síntese, pode ser considerado como um desdobramento do direito fundamental à privacidade, cuja análise só pode ser realizada diante da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Desse modo, o objeto do presente artigo é fazer uma análise sobre a vinculação entre os direitos de personalidade e de privacidade diante deste novo direito fundamental, invocado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), que é o direito ao esquecimento, diante das novas tecnologias comunicativas.

Para alcançar os objetivos propostos, o artigo foi dividido em quatro partes. Na primeira, será abordada a questão das novas tecnologias comunicativas, posteriormente, num segundo momento, será tratada, de forma breve, a questão da passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito e como esse modelo possibilitou a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Na terceira parte, será analisado o direito ao esquecimento e como esse instituto recém-inserido na jurisprudência pátria pode ser entendido, diante da conjunção das novas mídias, como um nupérrimo direito fundamental, aplicável às relações alocadas em rede. Na parte final, serão apresentados alguns exemplos do direito ao esquecimento na legislação brasileira, fazendo um cotejo com as liberdades comunicacionais.

Como método de abordagem, escolheu-se o dedutivo, ou seja, estudar-se-ão as premissas estabelecidas a fim de se chegar a uma conclusão, em um processo de raciocínio lógico. Partindo da análise dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito, que paulatinamente superaram a dicotomia público-privada por meio da aplicação destes às relações entre particulares, conjugando-se com a aplicação do direito ao esquecimento no conflito com as liberdades comunicativas, buscar-se-á a consecução ao direito de esquecimento, cujo objetivo central é a proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Como métodos de procedimento, utilizar-se-ão o histórico e o comparativo.

A INTERNET E SEU MODO DE INTEGRAÇÃO E COMUNICAÇÃO

O advento da comunicação em rede é recente, data de 1969, sendo a academia estadunidense responsável pelo seu desenvolvimento. Criada com o fito de tornar os Estados Unidos da América superiores em relação à União Soviética, a internet surge como um projeto militar do Departamento de Defesa norte-americano, denominado Arpanet.

Inicialmente, desejavam mantê-la afastada da sociedade civil, uma vez que o Estado americano ambicionava ter exclusividade sobre seus domínios. Todavia, como foi necessário contar com o apoio de universidades americanas para seu pleno desenvolvimento, o projeto saiu do domínio da defesa. Desse modo, “a criação e o desenvolvimento da internet nas três últimas décadas do século XX foram consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural” (CASTELLS, 2003). Após sua libertação do Ministério da Defesa, a internet evoluiu rapidamente, tanto que Lévy (2002, p. 22) afirma que o “ciberespaço foi provavelmente o sistema de comunicação que mais depressa se propagou, à escala planetária, em toda a história da humanidade”.

Percebe-se que a internet tem representado para a sociedade contemporânea um novo local de manifestação e expressão de pensamento. Pela pluralidade de pessoas que agasalha, a internet tem sido considerada um local de liberdade (quase sempre entendida num sentido amplo), isenta de censura, imune a julgamentos e refratário a limites. Entretanto, nada é tão simples.

Para Castells (1999, p. 57) “as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais” que replicam anseios da vida real, mas ao mesmo tempo, superdimensionam os acontecimentos, fatos, notícias.

Esses fatores que, por vezes, denotam a característica mais importante do espaço cibernético, são considerados um problema a ser combatido. Não só no Brasil, mas em diversos outros países, surge a tese da necessidade de regulamentação desses ambientes, sendo a tônica do momento a definição de marcos civis da internet.

Esse marco regulatório, segundo a ótica daqueles que o defendem, é essencial para que haja a preservação de direitos de terceiros, uma vez que, por meio da conexão em rede, não se tem limites

para a divulgação de informações ou notícias. Por sua vez, aqueles que entendem desnecessário tal marco regulatório advogam na certeza de que é o território livre da internet que possibilita todas essas interações heterogênicas e dinâmicas.

Ademais, a necessidade de um marco regulatório tem sido justificada pela quantidade de relações que são possíveis de estabelecer no ambiente virtual. É aí que se aloca a importância das chamadas “novas mídias”, que se contrapõem às denominadas “mídias tradicionais” justamente no modo como produzem, divulgam e fazem circular as informações.

As mídias tradicionais, anteriores ao advento da comunicação em rede, mas ainda presentes na sociedade, se utilizam do modelo unilateral, no qual pessoas específicas são responsáveis pela produção da informação e do conhecimento, o que se identifica pela expressão “um para todos”, porquanto a possibilidade de interação existente entre produtor e receptor de determinada mensagem é mínima.

Nas novas mídias esse modelo de “um para todos” tem sido progressivamente mitigado, posto que houve substancial modificação no método de produção e circulação da informação. Essa mudança de postura, que é reconhecidamente mais ativa, só se tornou possível pelo advento da internet.

Aquele conteúdo que tinha por característica uma autoria determinada, agora, quando publicado em rede, permite, por meio das ferramentas de mídia, um imediato intercâmbio com os leitores. Há uma transformação nos meios de comunicação, que passam a consagrar a ideia de “todos para todos”, destacando a principal característica das novas mídias: a interatividade.

Nesse sentido, toda essa superconectividade faz com que na internet nada seja esquecido. Toda informação ou conteúdo publicado em rede fica lá armazenado, formando um enorme banco de dados que pode ser acessado em qualquer tempo. O problema é que, algumas vezes, esses conteúdos violam direitos alheios e causam danos imensuráveis.

Castells, citando Scheer (v. 1, 1999, p. 428-429), diz que a internet é “uma iniciativa norte-americana de âmbito mundial encetada, com apoio militar, por empresas de informática, financiadas pelo governo norte-americano, para criar um clube mundial de usuários de computadores e banco de dados”.

E nesse banco de dados se armazenam todos os tipos de informação. Castells (v. 1, 1999, p. 433) diz que a “Internet, em suas diversas encarnações e manifestações evolutivas, já é o meio de comunicação interativo universal via computador da Era da Informação”.

Contudo, as vicissitudes, especificidades e peculiaridades da internet não podem ser relegadas. Seu uso deve estar adequado aos ordenamentos jurídicos dos Estados. No Brasil, a proteção aos direitos e garantias do homem encontrou guarida na Constituição de 1988, que elevou aqueles direitos ao *status* de norma constitucional, assegurando direitos essenciais aos cidadãos e impondo limites à atuação do próprio Estado, assim como de terceiros.

Se em um passado remoto a ordem constitucional permitia (ou mesmo tolerava/aceitava) a supressão de direitos e a instituição de governos autoritários, não é o que se vislumbra desde o advento do Estado Democrático de Direito. Este novo Estado, preocupado fundamentalmente com o

bem-estar da coletividade e a manutenção da democracia, transformou vários direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em direitos fundamentais, incorporados ao texto constitucional, e que consagram direitos inafastáveis do cidadão brasileiro, que podem invocá-los diante de qualquer violação, advenha ela da esfera pública ou da esfera privada. Essa aplicabilidade ganha substancial importância quando se pensa em conflitos no ciberespaço que envolvem a chamada eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais (ou, o termo mais comum, eficácia horizontal).

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

A discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas vem sendo, rotineiramente, consolidada. A separação que tornava estanque os domínios do direito privado e do direito público encontravam correspondência no Estado liberal, uma vez que no âmbito do direito público era inequívoca a aplicação dos direitos fundamentais, cuja finalidade era atribuir rígidos limites à atuação do Estado, enquanto no âmbito do direito privado vigorava o princípio da autonomia da vontade, que amparava o modelo econômico do *laissez faire* (SARMENTO, 2004, p. 29).

Portanto, é no chamado constitucionalismo liberal que a exclusiva aplicação do Código Civil nas relações privadas encontra amparo, tendo como pilares a propriedade e o contrato, porquanto “buscava assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas, a partir de uma perspectiva (falsa) de asséptica neutralidade diante dos conflitos distributivos” (SARMENTO, 2004, p. 30). Esse panorama se manteve quase que inalterado por um tempo bem longo. Críticas sobre o liberalismo acentuam as suas características de criar e nutrir o capitalismo selvagem.

Contudo, a partir da virada para o século XX, novos direitos passam a ser positivados, mudando o modelo de Estado de Liberal para Estado do Bem-estar Social. A partir de então, direitos que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população passam a fazer parte do rol normativo, sendo exemplos desses avanços as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Contudo, é a partir da crise do capitalismo, catapultada pela quebra da bolsa de valores dos Estados Unidos, em 1929, que o modelo de Estado Liberal é definitivamente superado (em alguns Estados), dando passagem para o Estado Social, preocupado não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar de seus cidadãos. Desse modo, é perceptível que a dicotomia advinda do direito romano, que separava o direito em ramos - público x privado - sofre enorme impacto.

A partir de então, o modelo que pregava a retórica da igualdade de todos perante a lei não é mais suficiente para os cidadãos, que anseiam pela promoção de uma igualdade efetiva, materialmente considerada, que contemple as mínimas condições de assegurar o pleno exercício da liberdade.

Neste passo, ocorre a evolução dos direitos fundamentais, que se desenvolvem e se consolidam ao longo da história, nas suas diversas dimensões, representando um processo dinâmico e dialético, com avanços, retrocessos e contradições. Por conseguinte, sua origem se dá diante da necessidade de responder a situações de agressões a bens fundamentais e de injustiças, ressaltando-se que outros direitos fundamentais existem, mesmo que não estejam no catálogo dos textos constitucionais, face à tessitura aberta dos direitos fundamentais (REIS, 2007, p. 2.034).

Então, a partir do momento em que o Brasil se torna um Estado Democrático de Direito, assegurando os direitos e garantias fundamentais e reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como um superprincípio, a discussão entre público e privado ganha contornos mais práticos, porquanto é na práxis que haverá a necessidade de efetivar tais direitos.

A dignidade da pessoa humana assume uma condição especial dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que a Constituição seja não apenas “o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade” (BARROSO, 2006, p. 60). É por meio dessa mudança de paradigma que o Estado brasileiro passou a consagrar a Constituição como elemento principal desse sistema jurídico, revelando a verdadeira supremacia desta, responsável por irradiar seus efeitos por toda a legislação, tanto aquela já recepcionada pela nova ordem quanto à legislação que ainda estava por vir (SILVA, 2006, p. 41-43). Ademais, é esse princípio um dos fundamentos da República.

Considerando o aporte constitucional dos direitos fundamentais e da constitucionalização do direito privado, entende-se que o espaço da internet, por se tratar de um espaço contra-hegemônico, está jungido ao cumprimento dessas imposições legais. Toda ação gera uma reação, e as ações em rede não podem ficar imunes a tal brocardo.

Embora a Constituição consagre, em seu artigo 5º, a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, tais direitos, como qualquer outro direito fundamental, não são absolutos, podendo ser ponderados na aplicação concreta.

Desse modo, as manifestações em rede devem observar todos esses aspectos, a fim de criarem situações de violação explícita de direitos alheios. Entretanto, caso seja identificado esse tipo de situação, o próprio ordenamento jurídico trata de solucionar a questão.

Pelo teor do artigo 186² do Código Civil de 2002, percebe-se a clara intenção do legislador de imputar responsabilidade àquele que pratica ato ilícito. Portanto, o instituto da responsabilidade civil surge quando há o descumprimento obrigacional, seja pela inobservância de uma regra contratual, seja pela desobediência a uma lei posta (responsabilidade extracontratual).

O ato ilícito é aquele que causa prejuízos a outrem, e cuja determinação legal impõe ao violador o dever de reparar o dano. A reparação, por vezes, só será possível mediante pagamento de

² Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

indenização, seja por dano moral, seja por dano patrimonial, seja a conjugação destes. Portanto, este é o fundamento para que qualquer pessoa que tiver direitos violados, baseado em ato ilícito, possa exigir a reparação.

Destarte, é comum se verificar a presença da responsabilidade civil quando se violam direitos da personalidade, tão comuns nestes tempos midiáticos. A exploração da vida privada de artistas ou personalidades públicas estampam capas de revistas, reportagens de jornais e *sites* e *blogs* de fofoca, que auferem enormes lucros divulgando notícias que, a princípio, não deveriam despertar o interesse alheio. É evidente que esses casos consagram um inegável e aparente conflito entre princípios constitucionais, pois, se de um lado se faz presente a liberdade de expressão/informação, capitaneada pela liberdade de imprensa, por outro aparecem os atributos individuais da pessoa humana, chamados de direito da personalidade, que são manifestados pela intimidade, honra, privacidade.

Nesses casos, verifica-se um claro conflito de valores e direitos, em que todos estão albergados pela Constituição da República, o que enseja a adoção de soluções pelo Judiciário. Contudo, para que seja possível uma reparação pecuniária, é essencial a presença da ilicitude, porquanto é este o agente capaz de gerar a indenização.

Seguindo esse entendimento, a jurisprudência soluciona tais questões sob o viés da ilicitude da publicação, que pode conter conteúdo difamatório ou inverídico, exigindo, ademais, a contemporaneidade da notícia. O STJ, em 2012, fixou limitações à liberdade de imprensa, dizendo que esta deve observar: I - o compromisso ético com a informação verossímil; II - a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e III - a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa. (REsp. 801.109/DF. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 12/06/2012).

Todos os aspectos delineados acima conduzem a novo dilema da contemporaneidade: como, em tempos de informação midiática, é possível preservar a dignidade da pessoa humana, superprincípio que fundamenta o Estado de direito, os direitos de personalidade e a massificação da comunicação?

A NECESSIDADE DE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO NO CIBERESPAÇO

Diante dessas questões é que se insere o direito ao esquecimento. Os novos direitos complementam aqueles que, há mais tempo, já passaram pela prova da positivação. Contudo, considerando a rápida evolução da sociedade e a necessidade de que os direitos evoluam na mesma velocidade, diuturnamente, novas questões surgem, exigindo novas reflexões.

No Brasil, por meio de dois julgados do STJ (Superior Tribunal de Justiça), datados de 2013, um novo valor começou a ser debatido judicialmente. Se é corrente que o direito de saber/ conhecer faz parte dos direitos constitucionais, também é possível considerar a possibilidade de incluir no rol de direitos aquele que permite o esquecimento.

Nesses dois casos chegados ao STJ, discutiu-se exatamente isto: é possível, diante das mídias contemporâneas, apagar fatos que se deseja esquecer? Casos semelhantes foram debatidos no direito comparado, que considerou o direito ao esquecimento uma decorrência do direito à privacidade³.

Esses casos, embora de ocorrência longínqua, servem para fundamentar as duas ocorrências apreciadas pelo STJ, em que os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana conflitam com o direito da imprensa de informar, porquanto capazes de trazer forte prejuízo emocional aos envolvidos.

O primeiro dos Recursos Especiais foi movido pela família de Aida Curi. O Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, relatou que os irmãos de Aida (Nelson, Waldir e Maurício,) ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da TV Globo. Alegaram, em síntese, que Aida foi vítima de homicídio praticado em 1958. O caso foi, à época, muito explorado pelos meios de comunicação, mas, com o passar do tempo, caiu em esquecimento. Todavia, após anos da morte de Aida, a TV Globo decidiu veicular a história no programa denominado “Linha Direta-Justiça”. Os irmãos ajuizaram a ação por entenderem que a veiculação do caso configuraria uma ilicitude, pois exploraria a imagem da irmã e também porque abriria antigas feridas familiares.

O juiz de primeira instância julgou improcedentes os pedidos formulados. Inconformados, os autores apelaram ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). No julgamento o TJ/RJ manteve a sentença na íntegra. Dois embargos declaratórios foram analisados e rejeitados. Os autores então interpu- seram recurso especial e recurso extraordinário. É a decisão do recurso especial que ora se analisa.

Em síntese, a principal alegação dos autores repousa no fato de que, ao remexer na história do assassinato de sua irmã, reproduzindo-o para veicular no programa “Linha Direta-Justiça”, a ré reabriu feridas que já haviam sido cicatrizadas, fazendo com que toda a dor e sofrimento experimentados no passado fossem reavivados. Os autores declararam que a ré, ao praticar ato ilícito, não lhes possibilitou o exercício do direito ao esquecimento, pelo que pediram sua condenação em danos morais, materiais e à imagem, consistente na exploração comercial da falecida com objetivo econômico.

Em sua defesa, a ré alegou que a Constituição de 1988 garante a livre expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença, e que havia cumprido a função social de informar. Pondera que houve um conflito de interesse público e interesse privado e que, na sua ótica, o primeiro deveria prevalecer. Ao final, o STJ reconheceu a existência do direito ao esquecimento, mas não fixou condenação pecuniária, por entender que não houve uso comercial indevido da imagem da falecida, retratada apenas em uma foto, exibida uma única vez no programa.

O segundo caso, julgado conjuntamente com o anterior, também foi relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Relata o Ministro que Jurandir Gomes de França ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo, informando que, em 1993, fora acusado de ser partícipe da

³ Trata-se dos casos paradigmas *Melvin vs Reid* do Tribunal de Apelação da Califórnia, julgado em 1918 que vem detalhadamente relatado na obra de René Ariel Dotti, chamada *Proteção da vida privada e liberdade da informação e do caso Lebach*, ocorrido num vilarejo que tinha este nome na Alemanha, em 1969.

sequência de homicídios ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, conhecida como “Chacina da Candelária”, tendo sido absolvido no Tribunal do Júri por negativa de autoria. A ré, desejando reproduzir o crime no programa “Linha Direta-Justiça”, foi procurá-lo para uma entrevista, tendo este manifestado seu desinteresse. Todavia, em 2006 o episódio foi reproduzido na TV e o autor apontado como um dos envolvidos, embora tenha sido mencionada sua absolvição. Após a reprodução do programa, o autor teve sua vida devastada. Ajuizou ação requerendo a indenização por dano moral.

A ação em primeira instância foi julgada improcedente. Em grau recursal, o TJ/RJ reformou a sentença e condenou a ré a indenizar o autor no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos perpetrados. Opostos dois embargos infringentes, ambos foram rejeitados. O réu interpôs recurso especial e recurso extraordinário, sendo que o especial, após procedência do agravo, chegou à corte superior de justiça para julgamento.

O STJ, em decisão bem fundamentada, manteve integralmente o acórdão do TJ/RJ, reconhecendo o direito ao esquecimento, determinando o pagamento de indenização ao autor.

Conquanto tenham pontos semelhantes, os dois recursos são distintos em seu objeto. Todavia, em ambos se discute a possibilidade de se aplicar no direito brasileiro a tese do direito ao esquecimento.

Embora não sejam casos ocorridos em rede, os próprios acórdãos que os julgaram reconheceram o direito ao esquecimento no ciberespaço, revelando a importância de se abordar e discutir o tema. O principal fundamento dessas decisões reside no fato de que há, inequivocamente, um conflito de direitos fundamentais: de um lado a liberdade de expressão, de informação e a função social de informar, e de outro o direito à dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos da personalidade.

Com a constitucionalização do direito privado, cuja teoria possibilita a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, a solução da questão, necessariamente, deve passar por um juízo de ponderação de direitos, a fim de que se possa verificar, no caso concreto, qual dos direitos em conflito deve prevalecer e qual deve ser mitigado.

Falando sobre certas liberdades individuais, tidas como essenciais (liberdade de religião, de expressão, de associação, entre outras), Sarmiento (2004, p. 191) refere que, mesmo que essas liberdades recebam uma proteção especial da lei, porque as Constituições salvaguardam tais direitos até mesmo da discricionariedade do legislador, não quer dizer que se revistam de valor absoluto, porquanto, pode ser necessário restringir a liberdade em questão para que haja a otimização dos bens jurídicos em confronto.

Mas a questão pontual e complexa diz respeito a como tal ponderação deve ser feita, uma vez que todos os valores em conflito representam direitos fundamentais positivados na Carta Constitucional. As soluções dadas pela jurisprudência pátria sempre analisam a questão, num primeiro momento, sob a ótica da ilicitude.

Desse modo, se o conflito de direitos fundamentais envolve a prática de um ato ilícito por uma das partes, caso em que a notícia veiculada seja inverídica ou ofensiva, por exemplo, haverá a conde-

nação desta no dever de indenizar, atentando para o fato de que esta já se encontra fora de um cenário de contemporaneidade da notícia.

Todavia, há casos em que o conflito não dispõe de uma prática de ato ilícito, no caso Aida Curi -, por exemplo, se aventou o conflito entre o direito da família de esquecer-se dos fatos dolorosos do passado e o direito, imbricado de dever, da imprensa de noticiar acontecimentos que tenham não só relevância atual, mas também retratem fatos históricos, para manter viva a memória da população sobre casos emblemáticos. A reportagem que resgatou a história de Aida Curi não representou a prática de um ato ilícito, posto que a liberdade jornalística é um dos princípios norteadores do Estado.

A informação massificada é que faz com que a violação aos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana ganhem conotação mais ampla. Agora imagine se tais fatos são disponibilizados em rede (não se pode esquecer que os grandes jornais e redes de televisão mantêm páginas eletrônicas e portais nas quais disponibilizam todo seu conteúdo), o alcance de tais danos torna-se incomensurável, pois quando aplicada à internet, a notícia ou informação se pereniza e isto vale tanto para informações que sejam honráveis quanto para informações aviltantes.

Eric Schmidt, alto executivo do Google, publicou um livro⁴ em que refere que seria essencial que a internet tivesse um botão *delete*, para que fosse possível apagar qualquer tipo de informação que o usuário não gostaria de ver compartilhada em rede. A justificativa para esse debate reside no fato de que qualquer pessoa pode ter na sua vida pregressa situações ou fatos que não gostaria de ver publicado, exercendo um legítimo direito ao esquecimento.

O ESQUECIMENTO NO BRASIL COMO SEGURANÇA JURÍDICA

Recentemente, a tese do direito ao esquecimento foi acolhida pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁵, demonstrando o quanto o tema tem despertado o interesse da comunidade jurídica, que aprestam argumentos contrapostos, porquanto, alguns defendem a existência desse direito enquanto outros o rechaçam.

Os argumentos favoráveis à existência do direito ao esquecimento residem no fato de que o direito nacional não consagra nenhum tipo de pena perpétua, motivo pelo qual não se poderia impor que determinadas pessoas fossem vítimas de informações eternas. Em vários instrumentos normativos, o direito ao esquecimento já é consagrado, mesmo que de modo não tão explícito.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz em seu artigo 43, § 1º, a regra de que só é lícito manter o nome do consumidor inadimplente por, no máximo, cinco anos, nos cadastros restritivos ao crédito, sendo que, passado esse prazo, mesmo que a dívida que originou a inscrição ainda

⁴ A obra de Eric Schmidt, em parceria com Jared Cohn, chama-se: *The new digital age* (em tradução livre: “A nova era digital”).

⁵ ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Estes e outros enunciados da VI Jornada de Direito Civil da CJF estão disponíveis em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2018.

não tenha sido paga, o nome deve ser retirado do cadastro. Desse modo, percebe-se que houve uma opção legislativa que recaiu sobre a proteção da pessoa do consumidor, que deve ser esquecida, em detrimento do interesse do mercado, que poderia consagrar o direito coletivo de saber que este, um dia, foi um mau pagador.

A regra que estabelece a prescrição, consagrando-a como efetiva proteção do princípio da segurança jurídica também pode ser considerada uma norma que carrega o direito ao esquecimento, chamado de “esquecimento programado”. A segurança que a prescrição carrega é a de que nenhuma situação se torne perene.

Ademais, no próprio direito penal a tese do direito ao esquecimento já estava agasalhada há muito tempo, uma vez que o artigo 202 da Lei de Execuções Penais - Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 - dispunha que, após cumprida a pena, não deverá constar da folha corrida, dos atestados ou das certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça qualquer notícia ou referência à condenação. O que a LEP faz é proteger a dignidade da pessoa humana, que mesmo tendo cometido um crime, ao cumprir sua pena, deve ser ressocializada, a fim de que possa novamente desfrutar do direito à convivência social.

Nada obstante, os argumentos contrários ao direito ao esquecimento também são bem fundamentados. O primeiro deles diz respeito ao atentado à liberdade de expressão e de imprensa. Após o advento da Constituição de 1988, o legislador constituinte consagrou um extensivo rol de direitos fundamentais, no qual se alocam as liberdades da livre manifestação do pensamento, de expressão, de religião, de associação, entre outras. É característica do regime democrático a liberdade dada à imprensa, que pode informar sobre qualquer fato do cotidiano, representando essa sua liberdade um efetivo cumprimento ao princípio da função social de informar.

Esse direito amplo tem sido responsável pela exposição de várias mazelas sociais, ao ponto de se visualizar nos meios midiáticos um dos sustentáculos da democracia. É inquestionável a importância da liberdade de imprensa, mas não se pode esquecer que este também não é um direito absoluto, devendo ser, por vezes, confrontado com os direitos da personalidade, adstritos à privacidade da pessoa humana.

O receio com relação ao direito ao esquecimento e a sua íntima relação com a liberdade de imprensa é que, ao ser acolhido, em nome da privacidade, se instaure novo tipo de censura. Alguns autores dizem que a privacidade é o novo censor da contemporaneidade.

Outro ponto contrário diz respeito ao fato de que não se pode apagar a história. Por este mote, entende-se que o direito ao esquecimento pode levar a aniquilar toda a história de vida de uma pessoa, fazendo com que a sociedade perca seu direito de memória. O risco de se esquecer a memória é muito mais complexo quando se pensa em fatos históricos. Ou seja, não se pode invocar o direito ao esquecimento para tentar apagar acontecimentos que tiveram repercussão ou notoriedade histórica, porquanto a memória destes fatos serve também para que as futuras gerações não cometam os

mesmos erros do passado. Em determinadas situações, nas quais a narrativa histórica se faz absolutamente vinculada à proteção da coletividade, só pode ser oposto o direito a privacidade e, portanto, ao esquecimento, se este não violar o direito coletivo.

Ademais, entende-se que o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um “delírio da modernidade”.

Outro argumento refere que o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações que são de inegável interesse público. Contudo, como visto alhures, no direito brasileiro já existe previsão expressa que prevê a impossibilidade de divulgar notícias sobre pessoa ressocializada, não caracterizando, *prima facie*, uma violação ao direito de se informar e da liberdade de imprensa.

Entende-se que algo que é lícito não pode, pelo simples decurso do tempo, tornar-se ilícito. Assim, se é possível e legal falar sobre crimes cometidos, mostrando fotos e nomes de seus autores, o simples lapso temporal não poderia transformar essa notícia em algo à margem da lei.

O direito ao esquecimento tem várias nuances, muitas já conhecidas e desejadas, contudo, ainda há muito a se explorar sobre o tema, uma vez que os argumentos que buscam a defesa do direito à privacidade e à liberdade de expressão e manifestação de pensamento não podem ser desconsiderados.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar a questão do direito ao esquecimento sob a ótica das novas tecnologias, por meio da constitucionalização dos direitos privados, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, dividiu-se o texto em quatro partes, discorrendo sobre cada um dos tópicos de forma a introduzir o novel direito ao esquecimento.

Buscou-se analisar a jurisprudência do STJ, que agasalhou a tese do direito ao esquecimento, ressaltando que este decorre dos direitos de personalidade e de privacidade, sendo sua aplicação possível tão somente porque, hodiernamente, se entende que os direitos fundamentais são passíveis de aplicação nas relações privadas, superando a tese de que estes poderiam ser invocados apenas nas relações que envolvessem o Estado.

Na conjuntura das novas tecnologias, especialmente na internet, este direito ganha conotação mais delicada, uma vez que qualquer informação lançada em rede tem a capacidade de ganhar dimensão amplificada, posto que esta não permite que se esqueça qualquer acontecimento, mesmo que adstrito ao âmbito exclusivamente privado da pessoa.

É por essa razão que o direito ao esquecimento está plenamente adequado a albergar situações ocorridas em rede, pois visa afastar dos bancos de dados alocados em rede informações que sejam desabonadoras ou mesmo que não interessem ao seu titular que se tornem públicas. Do cotejo desse

direito com o direito à memória, percebe-se que há uma dissonância de tratamento legislativo, posto que fatos passados e já superados podem vir a ferir a dignidade da pessoa humana.

Embora ainda sejam poucas as manifestações dos tribunais pátrios com relação a esse novo direito, chamado de direito ao esquecimento, este vem ganhando importância a cada dia e sua discussão tem sido pauta de importantes estudos, posto que, ao publicizar o que deveria permanecer na esfera do secreto, se está violando um direito fundamental, que é o de decidir sobre o que os outros podem conhecer de si, e, portanto, se está desrespeitando os direitos da personalidade. Ademais, se o Estado deve respeitar os direitos individuais, do mesmo modo, também estão adstritos a essa obediência os particulares, porquanto, mesmo diante de relações privadas, os direitos fundamentais são aplicáveis.

Por fim, impende mencionar que o direito ao esquecimento não quer apagar a memória ou mesmo os fatos que apresentam repercussão pública ou o direito a informação, seu espaço de atuação é exclusivamente privado, tendo em vista que ninguém pode ser perseguido a vida inteira por um erro, vergonha ou deslize praticado no passado e cuja repercussão seja interna, causando sofrimento e dor *ad eternum* para seus protagonistas. O direito ao esquecimento decorre dos direitos da personalidade e, portanto, é ele um novo direito fundamental, mesmo que não positivado expressamente na constituição, pois, pela cláusula de abertura constitucional, é decorrência de suas regras e princípios. A repercussão dessa temática no âmbito das NTCIs está apenas começando.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: econômica, sociedade e cultura. A sociedade em rede. 6. ed. Tradução de Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

_____. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Tradução de Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. Os Direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.