

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO

NARA FONSECA DE SANTA CRUZ OLIVEIRA

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
posicionamento do STJ nos Casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”**

RECIFE
2017

NARA FONSECA DE SANTA CRUZ OLIVEIRA

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
posicionamento do STJ nos Casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como um dos requisitos à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

RECIFE
2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
posicionamento do STJ nos Casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”**

NARA FONSECA DE SANTA CRUZ OLIVEIRA

Dissertação defendida e aprovada no dia 25 de setembro de 2017, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (UNICAP)

Examinador externo: Prof^a. Dr^a. Virgínia Leal (UFPE)

Examinador interno: Prof^a. Dr^a. Maria Lúcia Barbosa (UNICAP/PE)

Oh, pedaço de mim
Oh, metade afastada de mim
Leva o teu olhar
Que a saudade é o pior tormento
É pior do que o esquecimento
É pior do que se entrevar
(“Pedaço de mim”, Chico Buarque de
Holanda).

Dedico este trabalho ao meu pai,
Lincoln de Santa Cruz Oliveira Filho (*in
memoriam*), meu maior incentivador,
juntamente com a minha mãe, Lusanira
Santa Cruz.

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora dos agradecimentos. Como muitas pessoas contribuíram (até mesmo sem saber) para a conclusão deste mestrado, vai ser difícil falar de todos, mas eu vou tentar...

Agradeço a Deus, à minha família (“Fonsecas” e “Santas”), especialmente à minha avó Elzita Santa Cruz, aos meus tios e tias, primos e primas, por todo o amor e confiança que sempre depositaram em mim. Vocês são meu porto seguro!

À minha Mãe, Lusanira Maria da Fonseca de Santa Cruz, meu grande amor, minha fonte de inspiração, mulher forte, batalhadora e solidária. Mãe, obrigada pelo apoio e amor incondicional, por me ensinar tanto sobre a vida! Tenho muito orgulho de você, da sua luta por uma saúde pública de qualidade e espero um dia ser metade da mulher que você é. Que sorte a minha!

Ao meu pai, Lincoln da Santa Cruz Oliveira Filho, que por força dos desígnios de Deus (como ele mesmo disse antes de partir), infelizmente, não pôde acompanhar o final da minha trajetória no mestrado. Obrigada por me ensinar que a gente não pode ficar “em cima do muro” diante das injustiças sociais e que devemos nos posicionar ao lado dos mais fracos. Pai, tenho certeza que, onde quer que estejas, estás vibrando de felicidade com mais essa conquista, como sempre foi. Esta pesquisa não é só dedicada a você, mas também ela não seria possível sem o seu incentivo e amor. Minha eterna gratidão!

Aos meus irmãos, Mariana e Rodrigo, meus primeiros amigos, meus amores. Aos meus sobrinhos, Cauã, que irradia qualquer lugar com a sua alegria sem fim, e Pedro, que ainda nem nasceu, mas já é muito amado.

Ao meu orientador, professor Gustavo Ferreira Santos, por todos os ensinamentos, paciência e compreensão. Pra mim é um privilégio poder pensar o Direito ao lado de um profissional e cidadão do seu calibre. Muito obrigada!

Aos professores Fábio Leite, Adriano Pilatti e Gisele Cittadino, da PUC/RJ, onde eu passei seis meses no “mestrado sanduíche”, a minha mais sincera gratidão pela acolhida e por todos os ensinamentos.

Aos professores da UNICAP, em especial Marcelo Labanca, João Paulo Allain Teixeira, Luciano Oliveira, Virgínia Colares, Maria Lúcia e Zé Mário, pelo incentivo e por terem me ensinado tanto.

À TODOS os meus amigos, pelas horas de distração, pelas conversas, farras e por todo o apoio que me dedicaram durante os anos do mestrado, em especial Renata Santa Cruz (prima e amiga), Tatiana Rands e Ana Cecília Gomes, que muito me ajudaram com a leitura desta pesquisa, colaborando para aprimorar o texto.

Aos meus colegas do mestrado e à todos os funcionários do PPGD/UNICAP, sempre prestativos comigo.

RESUMO

Com o desenvolvimento das novas tecnologias, experimentamos, atualmente, uma revolução na sociedade de informação. A Internet proporcionou uma maior integração global e alterou completamente o processo de lembrança, tendo em vista que os fatos divulgados na rede tendem a ser eternos e ela não se sujeita ao processo biológico comum de esquecimento. Nesse contexto, alguns conflitos foram levados ao Poder Judiciário, envolvendo, de um lado, o suposto “direito ao esquecimento” (ligado aos direitos da personalidade) e, do outro, o direito à liberdade de expressão e comunicação. Neste trabalho, será feito o estudo de dois casos envolvendo o chamado “direito ao esquecimento” (“Chacina da Candelária” e “Aída Curi”), ambos julgados no mesmo dia, pelo STJ, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. O contexto fático dos casos em questão foi analisado em separado, mas os fundamentos das decisões foram tratados em conjunto, tendo em vista que o Superior Tribunal utilizou os mesmos argumentos para proferir ambas as decisões, muito embora as soluções apontadas tenham sido diferentes: no caso “Chacina da Candelária” (REsp. nº. 1.334.097/RJ), o STJ aplicou pela primeira vez o direito ao esquecimento, já o Caso “Aída Curi” (REsp. nº 1.335.153/RJ) foi considerado inesquecível. Neste trabalho, será analisado o posicionamento adotado pelo STJ nos referidos casos, discutindo-se se a forma como o direito ao esquecimento foi concebido representa uma ameaça ao direito à liberdade de expressão e comunicação e ao direito à memória coletiva. Para elucidar o problema, serão observados os aspectos gerais que envolvem os direitos da personalidade, o direito à liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais. Será estudado também o instituto da memória coletiva.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. STJ. Chacina da Candelária. Aída Curi.

ABSTRACT

With the development of new technologies, we are currently experiencing a revolution in the information society. The Internet has provided greater global integration and has completely altered the recall process, given that the facts posted on the web tend to be timeless and it is not subject to the common biological process of forgetting. In this context, some conflicts were brought to the Judiciary, involving, on the one hand, the supposed "right to forget" (linked to the rights of the personality) and, on the other, the right to freedom of expression and communication. In this work, two cases involving the so-called "right to oblivion" ("Chacina da Candelária" and "Aída Curi") will be studied, both judged on the same day, by STJ, under the report of Minister Luis Felipe Salomão. The factual context of the cases in question was analyzed separately, but the grounds of the decisions were dealt with together, since the High Court used the same arguments to make both decisions, although the solutions pointed out were different: in the case "Chacina da Candelária" (REsp. No. 1,334,097 / RJ), the STJ first applied the right to forgetfulness, since the "Aída Curi" Case (REsp. No. 1,335,153 / RJ) was considered an unforgettable one. In this work, we will analyze the position adopted by the Supreme Court in these cases, discussing whether the way the right to forgetfulness was conceived represents a threat to the right to freedom of expression and communication and the right to collective memory. In order to elucidate the problem, the general aspects involving personality rights, the right to freedom of expression and the collision of fundamental rights will be observed. The institute of collective memory will also be studied.

Keywords: Right to forget. Freedom of expression. STJ. Slaughter of the Candelaria. Aida Curi. .

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
EUA	Estados Unidos da América
IML	Instituto de Medicina Legal
OEA	Organização dos Estados Americanos
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
SAM	Sistema de Assistência ao Menor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
VS.	<i>Versus</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO AO ESQUECIMENTO	12
1.1 Origem e conceito	12
1.2 A repercussão do direito ao esquecimento no mundo	16
1.3 O direito ao esquecimento e o direito à memória	20
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE	24
2.1 Breves considerações sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e comunicação	24
2.2 Breves considerações sobre os direitos da personalidade	32
2.3 O conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da Personalidade	36
3 O “DIREITO AO ESQUECIMENTO” NO BRASIL E O POSICIONAMENTO DO STJ NOS CASOS “CHACINA DA CANDELÁRIA” E “AÍDA CURÍ”	43
3.1 A escolha dos casos	47
3.2 Caso “Chacina da Candelária” (Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ) ...	48
3.3 Caso “Aída Curi” (Recurso Especial nº. 1.335.153/RJ)	52
3.4. O STJ e o julgamento dos recursos	56
4 REPERCUSSÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DO STJ QUANTO À APLICABILIDADE DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO”	66
4.1 Os impactos causados pelas decisões do STJ nos Casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”	66
4.2 O espaço de aplicação do “direito ao esquecimento”	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o mundo experimentou uma revolução na sociedade de informação, influenciada principalmente pelo desenvolvimento das novas tecnologias. Com o surgimento da Internet, a informação passou a circular de forma muito rápida e com um custo baixíssimo. Atualmente, não existem mais fronteiras para a informação, pois uma notícia divulgada por um *site* pode ser perfeitamente conhecida, no mesmo instante, por pessoas que estão em partes diferentes do globo.

Acontece que esse desenvolvimento tecnológico trouxe resultados positivos, mas também trouxe problemas. Ou seja, a Internet facilitou o acesso à informação (das mais diversas possíveis, vale ressaltar), aproximou as pessoas, proporcionando uma maior integração global, mas também gerou conflitos entre os seus usuários. Como foi dito, a informação circula de forma rápida e com baixo custo, porém, para que isso aconteça, os dados dos usuários da rede são tratados ilimitadamente, o que acaba gerando um problema, que é a perda do controle desses dados pelos seus titulares.

Ademais, a informação que é compartilhada na rede tende a ser eterna, já que a Internet, diferente das pessoas, não costuma esquecer. Uma foto postada no *Facebook*, por exemplo, pode permanecer para sempre na nuvem, mesmo depois de “deletada”. Pois bem, muitos conflitos foram levados ao Poder Judiciário envolvendo, de um lado, o chamado “direito ao esquecimento” (compreendido como o direito que a pessoa tem de não ser lembrado contra a sua vontade, especialmente em relação aos fatos desagradáveis em que se envolveu) e, do outro lado, o direito à liberdade de expressão e comunicação. O “direito ao esquecimento” tem relação com os direitos da personalidade e, não raras vezes, entra em conflito direto com o direito à liberdade de expressão.

No Brasil, o STJ aplicou o “direito ao esquecimento” recentemente, no caso “Chacina da Candelária” (REsp. nº. 1.334.097/RJ), deixando de aplicar no caso “Aída Curi” (REsp. nº. 1.335.153/RJ), ambos julgados no mesmo dia pelo nosso Tribunal Superior, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Nesta pesquisa, foi feita a análise do posicionamento do STJ nos referidos casos, discutindo-se se a forma como o “direito ao esquecimento” foi concebido

representa uma ameaça ao direito à liberdade de expressão e ao direito à memória coletiva.

Para responder ao problema mencionado acima, foi necessário estruturar este trabalho da seguinte forma:

No primeiro capítulo, foram estudados o conceito e as origens do “direito ao esquecimento”, sua repercussão em outros países do mundo e o conflito entre este direito e o “direito à memória coletiva”.

Já no segundo capítulo, foram feitas breves considerações acerca dos direitos da personalidade, pois, para muitos autores, “o direito ao esquecimento” está intimamente ligado aos direitos da personalidade. Ainda no segundo capítulo, foram observados o direito à liberdade de expressão e comunicação e os conflitos que podem surgir entre este e aquele direito.

No terceiro capítulo, foi feita uma análise dos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” e do posicionamento do STJ nos julgamentos dos recursos. O contexto fático dos casos foi analisado individualmente, mas os fundamentos foram analisados em conjunto, tendo em vista que os argumentos utilizados em ambas as decisões foram os mesmos, embora as soluções tenham sido diferentes.

Por fim, no quarto e último capítulo, foram contextualizadas as críticas direcionadas ao posicionamento do STJ em relação ao reconhecimento do direito ao esquecimento. Foi feita, ainda, uma análise sobre o espaço de aplicação do referido direito, especulando-se também como será o posicionamento do STF em relação à aplicação do direito ao esquecimento, já que existe recurso pendente de julgamento no Supremo.

Esta pesquisa foi iniciada com um levantamento bibliográfico, nos temas relacionados ao “direito ao esquecimento”, aos direitos da personalidade, ao direito à liberdade de expressão e comunicação, ao direito à memória coletiva, à colisão de direitos fundamentais, entre outros. Em um segundo momento, foi feito um levantamento das decisões do STJ sobre o “direito ao esquecimento”. Nesse levantamento, dois casos (“Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) julgados no mesmo dia pelo Tribunal Superior, bastante semelhantes, porém com soluções diferentes, se destacaram, sendo analisados com mais profundidade nesta pesquisa. No caso “Chacina da Candelária”, o STJ aplicou pela primeira vez o direito ao esquecimento.

1. Direito ao esquecimento

1.1. Origem e conceito

Com o desenvolvimento das novas tecnologias, sobretudo da Internet, que representa, atualmente, o meio mais eficaz de propagação da informação, intensificou-se o debate em torno do chamado “direito ao esquecimento”. Sabe-se que a Internet tem o poder de eternizar a informação, ou seja, ela pode lembrar determinado fato que poderia ter sido esquecido pelo processo biológico comum. Sem contar que é o melhor “telefone sem fio” que existe, pois a informação circula na rede de forma muito rápida e com baixo custo, atingindo uma grande quantidade de usuários.

Alguns desses usuários da rede passaram a buscar o Poder Judiciário para pleitear o esquecimento. Na maioria das vezes, os casos conflituosos envolvem, de um lado, o direito à privacidade do autor da ação e, do outro, o direito à liberdade de expressão e comunicação. Sendo assim, enquanto uma das partes busca o direito de não ser lembrado por qualquer fato do seu passado que considera desabonador, a outra parte reivindica o direito de comunicar.

A situação se torna ainda mais preocupante nos dias atuais, em razão do “processo de esgarçamento da intimidade” que vivenciamos, onde as pessoas estão cada vez se expondo mais, compartilhando fotos íntimas ou até mesmo detalhes de sua vida privada. Zygmunt Bauman fala desse processo e de uma reformulação de valores verificada na sociedade contemporânea, na sua obra “Modernidade Líquida” (Bauman, 2001, p. 110). Essas informações pessoais são entregues ao público com ou sem (o que é mais grave) o consentimento do titular da informação.

O direito ao esquecimento também repercutiu no âmbito criminal. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro (Código de Processo Penal, art. 748) protege o sujeito reabilitado, que é o sujeito que foi condenado, cumpriu sua pena e, portanto, pagou sua conta com a sociedade. Não obstante tal previsão, nada impede, por exemplo, o surgimento de um conflito entre uma emissora de

televisão que pretende recontar um determinado crime e um ex-presidiário, que foi autor desse crime no passado. A emissora estará amparada no seu direito à liberdade de comunicação, enquanto o sujeito reabilitado estará munido dos seus direitos à privacidade, intimidade e honra. Mais uma vez, os direitos entram em colisão.

Para José Barros Correia Junior e Lucas Galvão, o direito ao esquecimento está ligado ao direito à privacidade, conforme transcrição abaixo:

O direito ao esquecimento, decorrente da teoria do *right to be let alone*, está inserido na esfera dos direitos da personalidade humana, estando intimamente relacionado com o direito à privacidade, podendo ser compreendido como o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a se recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida. A teoria surgiu especificamente para pessoas que tenham se envolvido em atividades ilícitas ou moralmente reprováveis no passado reivindicarem seu esquecimento, tendo em vista que a lembrança de tais acontecimentos causa-lhes transtornos e sofrimentos, atingindo sua esfera privada (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 22).

Os referidos autores ensinam, portanto, que o direito ao esquecimento, consectário do direito à privacidade, compreende o direito do indivíduo de deixar no passado alguns fatos da sua vida que prefere esquecer. Tal direito teria surgido para, por exemplo, proteger a esfera privada de um sujeito que cometeu um crime no passado e não pretende ser lembrado por isso.

Em sentido contrário, há quem defenda que o direito ao esquecimento não representa um “direito de não ser lembrado” ou até mesmo um direito de reescrever a história, mas sim um simples direito ao controle sobre dados pessoais disponibilizados na internet, que é, nos dias de hoje, o meio mais eficaz para propagar informações, mas que, para tanto, acumula uma série de dados dos usuários da rede, fazendo com que os mesmos percam o poder sobre esses dados (Cohen, 2015, p. 54; Rojas, 2013, p. 4).

O entendimento supracitado parece ser mais razoável, afinal, um direito que autorize o esquecimento de todo e qualquer fato seria muito perigoso para a história e memória coletiva de um povo, sobretudo se levarmos em consideração nosso passado ditatorial, marcado pela censura e graves violações aos direitos humanos.

Para Rodrigo Moreira e Jaquiel da Fonseca, o direito ao esquecimento compreende o direito de ser esquecido (corresponde ao fato de terceiros

esquecerem o passado de uma pessoa) e também o direito a esquecer (corresponde ao fato de a própria pessoa esquecer o seu próprio passado):

O direito de ser esquecido está intrinsecamente ligado ao direito à privacidade e ao direito à honra, enquanto o direito a esquecer deriva do direito à identidade pessoal, pontos de vista complementares na formação do direito ao esquecimento (Moreira & Fonseca, 2016, p. 5).

De acordo com Robert Fellner, existem duas correntes que buscam explicar a origem do direito ao esquecimento. A primeira delas afirma que o direito ao esquecimento surgiu no âmbito criminal, nas situações em que um condenado, após o cumprimento da pena, requeria o esquecimento do seu passado criminoso (Fellner, 2014, p. 2). No Brasil, Doca Street, assassino de Ângela Diniz, requereu o esquecimento (alegando o cumprimento da pena), quando um programa de televisão resolveu recontar o crime anos depois¹.

A segunda corrente, por sua vez, atribui o surgimento do direito ao esquecimento à questão do controle de dados. Como já dito acima, a Internet representa também um problema para a privacidade. Não é raro que o usuário da rede perca o controle sobre seus dados pessoais disponibilizados virtualmente. Para esta corrente, então, o direito ao esquecimento surgiu nesse contexto, ou seja, não se quer o esquecimento, mas sim o poder de gestão sobre os dados pessoais. (Fellner, 2014, p. 2).

Guilherme Martins compreende o direito ao esquecimento como um direito fundamental, afirmando que “o direito ao esquecimento impõe-se como um novo direito fundamental lado a lado com o direito à proteção de dados pessoais e o direito à portabilidade de dados” (Martins, 2017, p. 64).

Fora do Brasil, o debate sobre o direito ao esquecimento encontra-se mais amadurecido. A França, por exemplo, foi pioneira ao estabelecer que os dados pessoais devem durar enquanto forem necessários para a finalidade para a qual foram coletados – “Lei da Informática de Liberdades”, de 1978 (Martins, 2017, p. 73). Rodrigo Moreira e Jaquiel da Fonseca ensinam que existem princípios que derivam do direito à autodeterminação informativa, dentre eles o princípio da finalidade:

O propósito da coleta de dados deve ser previamente conhecido e as informações devem ser eliminadas ou tornadas anônimas quando

¹ TJ/RJ, Apelação Cível nº. 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 07/03/2006.

não forem mais necessárias, ou quando tiverem alcançado os seus objetivos. É justamente desse princípio da finalidade que se retira um direito ao esquecimento, pois o responsável pelo tratamento de dados não pode manter as informações ou deve mantê-las de forma anônima depois que os fins foram obtidos (Moreira & Fonseca, 2016, p. 5).

No México, por sua vez, o direito ao esquecimento foi expressamente previsto na Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais em Posse de Particulares², editada em 2010 (Bucar, 2013, p. 12).

No âmbito da União Europeia, foi proposta, em 2012, uma atualização da Diretiva 95/46/CE, que trata sobre proteção de dados pessoais, tendo como um dos objetivos inserir a previsão de um direito ao esquecimento consistente no controle pessoal desses dados³ (Bucar, 2013, p. 13).

Ainda no âmbito da União Europeia, merece destaque a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em 2014, no caso *Google Spain SL e Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González* (Correia Júnior & Galvão, 2015, p. 27 e 28). Na referida decisão, o TJUE reconheceu o direito ao esquecimento, causando muita repercussão no mundo, pois a partir de então intensificaram-se os debates sobre o direito em questão. Este caso emblemático será mais detalhado a seguir.

Erik Noleta Lima explica que a Internet trouxe vários problemas para a privacidade, sendo a grande responsável pela proliferação desenfreada de dados pessoais na rede, o que acaba transformando o processo natural de esquecimento em lembrança (Lima, 2013, p. 272 e 273). De acordo com o autor, foram as inquietações de *Viktor Mayer-Shönberger* que deram visibilidade ao debate em torno do direito ao esquecimento:

² “Cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

³ Art. 17 da Proposta de Revisão da Diretiva Europeia sobre Dados Pessoais: “The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data relating to them and the abstention from further dissemination of such data, especially in relation to personal data which are made available by the data subject while he or she was a child, where one of the following grounds applies: (a) the data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed; (b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6 (1), or when the storage period consented to has expired, and where there is no other legal ground for the processing of the data; (c) the subject objects to the processing of personal data pursuant to Article 19; (d) the processing of the data does not comply with this Regulation for other reasons”.

(...) em fevereiro de 2007, Viktor Mayer-Schönberger formulou o que foi alcunhado “*the right to be forgotten*”, em tradução livre, “o direito ao esquecimento”. Sua preocupação com tal direito é externar as falácias existentes na ideia comum de que o ato de deletar dados pessoais na rede mundial de computadores seria garantia definitiva de exclusão. (Lima, 2013, p. 273).

Para Daniel Sarmiento, a expressão “direito ao esquecimento” foi inventada, muito antes, pelo professor *Gerard Lyon-Caen*, em 1965, na França. O professor criou a expressão “*droit a l’oubli*” quando comentava uma famosa decisão judicial da época (Sarmiento, 2015, p. 36).

Nos Estados Unidos da América, o direito ao esquecimento encontra pouco espaço, uma vez que o país privilegia a liberdade de expressão, diferentemente da Europa, que possui uma tradição de proteção aos direitos privados. Na realidade, de acordo com os ensinamentos de Guilherme Martins, “os europeus têm uma longa tradição de declarar direitos de privacidade abstratos na teoria, mas que fracassam na prática” (Martins, 2017, p. 77). Já nos EUA, a Suprema Corte proibiu a promulgação de leis, pelos Estados, que tenham o objetivo de limitar a liberdade de expressão (Martins, 2017, p. 76). Nos EUA, até mesmo as informações relativas às vítimas de estupro são protegidas pela liberdade de expressão, contanto que tenham sido obtidas dentro da lei.

1.2. A repercussão do direito ao esquecimento no mundo

Primeiramente, é importante ressaltar que, embora existam variações em relação ao reconhecimento do direito ao esquecimento no mundo, uma vez que cada país tem suas próprias normas e seu próprio ordenamento jurídico, o direito à liberdade de expressão está sempre presente nas discussões. Ou seja, no julgamento dos casos, a liberdade de expressão (em sentido amplo, vale dizer) é sempre considerada, conforme veremos a seguir.

O judiciário francês julgou alguns casos envolvendo o direito ao esquecimento. Em um dos casos, denominado *Affaire Landru*, o referido direito não foi reconhecido. Este caso foi julgado no ano de 1965 e tratava de um pedido de reparação de danos, em que se alegava o direito ao esquecimento.

A autora da ação era uma ex-amante de um assassino em série que queria proibir a veiculação de um filme que fazia referência ao seu passado. Como dito acima, o pedido da autora não foi concedido, uma vez que o filme foi fidedigno, tendo se baseado em informações judiciais de natureza pública (Sarmiento, 2015, p. 36).

Um pouco mais tarde, no ano de 1983, o Tribunal de Paris reconheceu o direito ao esquecimento no caso *Madame M. vs. Filipachi et Congedipress*. Este caso tratou da veiculação de informação em jornal sobre crime ocorrido no passado. Em outro caso francês (*Mme Monanges vs. Kern*), a Corte de Cassação decidiu que, quando existe interesse público na informação, o mero transcurso do tempo não torna ilícita a divulgação da notícia. Ou seja, não cabe direito ao esquecimento quando a informação é dotada de interesse público e obtida licitamente (Sarmiento, 2015, p. 36).

Na Alemanha, é interessante destacar dois casos famosos, com decisões em sentidos contrários, as quais revelam a evolução da jurisprudência germânica. No primeiro caso, *Lebach*, julgado em 1973, o Tribunal Constitucional reconheceu o direito ao esquecimento. Neste caso, o autor da ação pretendia impedir a produção de um documentário que tratava do seu passado criminoso. Ele foi condenado pelo assassinato de quatro soldados e pretendia que os fatos fossem esquecidos, uma vez que já estava cumprindo a pena, faltando pouco tempo para deixar a prisão (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 23; Cohen, 2015, p. 49 e 50).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão atendeu o pleito, considerando que, no caso concreto, mais valia preservar os direitos da personalidade do condenado do que o direito à informação. A decisão concluiu que não existia interesse público relevante na notícia, uma vez que o crime tinha sido cometido há vários anos e que a divulgação do documentário seria nefasta para a ressocialização do autor da ação (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 24).

Em contrapartida, no caso *Lebach II*, julgado em 1999, a Justiça germânica se posicionou de forma diversa, permitindo a veiculação de programa sobre o mesmo crime, privilegiando agora a liberdade de expressão. O Tribunal afastou, desta vez, qualquer ameaça à ressocialização do autor do crime, uma vez que o mesmo já estava solto há anos (Sarmiento, 2015, p. 35).

O caso *Seidlmayr*, ainda na Alemanha, também suscitou importantes debates sobre o tema. Tal caso trata do assassinato de um artista famoso cometido por dois irmãos. Várias ações foram ajuizadas por um dos assassinos, objetivando a supressão de informações sobre o crime na Internet. A pretensão do autor não foi atendida pela Corte alemã, que destacou a preocupação com a preservação da História (Sarmiento, 2015, p. 35 e 36).

Na Itália, uma interessante decisão sobre o tema foi consolidada no ano de 2012. Um político pretendia remover da Internet uma notícia referente ao seu processamento por corrupção, uma vez que o mesmo tinha sido absolvido. O Tribunal considerou lícita a questão de o jornal manter a notícia em seus arquivos, pois o transcurso do tempo não teria o condão de retirar o interesse público daquela informação. Todavia, determinou a inserção de um *link* na notícia que trouxesse a informação atualizada, referente à absolvição do político (Sarmiento, 2015, p. 37). Para Daniel Sarmiento:

Nesta hipótese, impôs-se uma restrição à liberdade do jornal, mas esta, além de promover os direitos da personalidade do autor da ação, ampliou, ao invés de restringir, o acesso do público à informação (Sarmiento, 2015, p. 37).

No âmbito do direito norte-americano, vale citar algumas decisões sobre o tema que demonstram a evolução da jurisprudência do país em matéria de liberdade de expressão. No caso *Melvin vs. Reid*, julgado no ano de 1931, uma ex-prostituta, absolvida por um assassinato, obteve indenização, sob a alegação de que fatos desabonadores do seu passado foram retratados por um filme (“*Red Kimono*”). Após ter sido absolvida, a ex-prostituta *Gabrielle Darley* reconstruiu sua vida ao lado do seu marido *Bernard Melvin*, o qual ajuizou ação de reparação contra a *Doroty Davenport Reid* (produtora do filme), uma vez que os fatos narrados pelo filme a respeito do passado da sua esposa trouxeram infelicidade para a vida do casal (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Anos mais tarde, no caso *Sidis vs. F-R Publishing Corp.*, a Justiça norte-americana privilegiou a liberdade de expressão, diferente do que aconteceu no caso tratado no parágrafo anterior. *William James Sidis* conseguiu se graduar em Harvard quando tinha apenas 16 anos de idade, não construindo depois uma carreira profissional de sucesso. *William* requereu indenização em razão da publicação de matéria sobre a sua vida, mas o seu pleito não foi atendido

sob a alegação de que existia interesse público na divulgação da matéria (Sarmiento, 2015, p. 34).

Ainda nos EUA, a Suprema Corte deixou de responsabilizar a imprensa pela divulgação de nomes de vítimas que teriam sido estupradas (casos *Cox Broadcasting Corp vs. Cohn* e *The Florida Star vs. B.J.F.*), alegando a licitude na obtenção dos dados (Sarmiento, 2015, p. 34). Decisões como estas revelam a predileção do país pela liberdade de expressão.

Como já dito no início do capítulo, uma das decisões que mais incendiou o debate sobre o direito ao esquecimento, talvez por se tratar de um julgado de uma Corte regional, foi referente ao caso *Google Spain SL e Google Inc vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*. Trata-se de um caso relativamente recente, do ano de 2014, em que um indivíduo pretendia a retirada de uma matéria que falava sobre o leilão de um imóvel, do qual era proprietário. O jornal *La Vanguardia* noticiou na época o leilão do imóvel que Mario teria perdido em razão de dívidas com a seguridade social. Toda vez que o nome deste indivíduo era digitado na busca do *site Google*, a matéria não desejada aparecia na lista de resultados. Dessa forma, Mario pleiteou a retirada do *link* e o Tribunal deu provimento ao seu pedido, sob a alegação de que tal informação se tornou desnecessária com o transcorrer do tempo (Sarmiento, 2015, p. 37).

O Tribunal decidiu que o provedor de busca *Google* deveria retirar o *link* da sua lista de resultados, mas não determinou que os responsáveis pelo *site* do jornal *La Vanguardia* fizessem o mesmo. A decisão do TJUE afirmou que o *Google* realiza tratamento de dados, bem como recebe pagamento para tanto (Conci, 2015, p. 275).

Sabe-se que, depois dessa decisão, o *Google Spain* recebeu vários pedidos semelhantes ao de Mario, tendo partido a grande maioria dos pedidos de políticos corruptos e pedófilos que tinham o interesse de serem esquecidos. Depois da decisão do TJUE, a empresa *Google* disponibilizou um formulário na rede para que os internautas solicitassem a remoção de *links* do buscador. Em 24 horas, 12 mil usuários da Internet se utilizaram desse formulário (Chaves, 2014).

A ideia do formulário, a meu ver, pode representar uma séria ameaça à liberdade de expressão, embora possa reduzir o número de conflitos levados

ao Judiciário. Ameaça a liberdade de expressão e comunicação, uma vez que a responsabilidade de analisar os formulários vai ser da empresa, que vai deferir ou indeferir o pedido do internauta, sendo muito mais provável que a empresa defira tudo, retirando os *links* da rede, por temer futuros processos que terminam em condenações com valores vultosos.

1.3. O direito ao esquecimento e o direito à memória

A nossa Constituição Federal de 1988 revelou uma grande preocupação com a tutela das liberdades de expressão e de imprensa, conforme é possível verificar da leitura dos artigos 5º, IX⁴ e 220⁵. Tal preocupação não é injustificada. O Brasil viveu, durante a Ditadura Civil-Militar (1964 – 1985), anos tenebrosos, marcados pela censura e violação de direitos humanos. Durante este triste período da nossa história, vários estudantes foram torturados e mortos (alguns desaparecidos até hoje), cantores tiveram suas músicas censuradas, artistas e políticos foram exilados. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Durante diferentes períodos, houve temas proibidos, ideologias banidas, pessoas malditas. No jornalismo impresso, o vazio das matérias censuradas era preenchido com recitas de bolo e poesias de Camões. Na televisão, programas eram proibidos ou mutilados. Censuravam-se músicas, peças, livros e novelas. O Ballet Bolshoi foi proibido de apresentar-se no Brasil, sob a alegação de constituir propaganda comunista. Um surto de meningite teve sua divulgação vedada por contrastar com a imagem que se queria divulgar do país. (Barroso, 2004, p. 141).

A Carta Magna de 1988 foi promulgada nesse contexto, pós-ditadura militar, resultando de um acordo que gerou anistia ampla e irrestrita (a lei da Anistia perdoou também os representantes estatais que violaram direitos humanos). Não obstante a preocupação com a tutela da liberdade de

⁴ IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁵ 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.

expressão, é importante ressaltar que o Brasil não puniu os torturadores do regime militar brasileiro. Na verdade, muitas famílias de desaparecidos políticos ainda não sabem do paradeiro do seu ente querido. Os arquivos secretos do Estado não foram abertos e, portanto, a História não foi passada a limpo. Diferente do que ocorreu em diversos países da América Latina que puniram os agentes estatais, violadores dos direitos humanos.

É inegável a importância da História para um povo, pois é através do conhecimento do nosso passado que evitamos que erros cometidos lá atrás se repitam no presente e no futuro. A polícia violenta e despreparada que temos hoje nas ruas é ainda consequência do nosso passado ditatorial, da falta de punição aos violadores de direitos humanos da ditadura civil-militar, de uma justiça de transição inacabada. A nossa história recente caiu no esquecimento e, portanto, não é pouco provável que vivenciemos agora os mesmos erros do passado. Nesse sentido, as lições de George Sarmiento e Taynara Freire Santos (2015, p. 74):

(...) a sociedade brasileira carece até os dias atuais de uma transição política que de fato consolide o Estado de Direito e assegure a apuração da verdade e a aplicação da devida justiça para com as pessoas marcadas por esse período vergonhoso da história do país. (Sarmiento & Santos, 2015, p. 74).

Isto posto, Eduardo Bertoni (2014) defende, em seu artigo “*El Derecho Al Olvido: um insulto a la historia latino-americana*”, que o direito ao esquecimento representa um problema para a nossa sociedade, uma vez que ainda não conseguimos nem mesmo elucidar os fatos que feriram os direitos humanos no passado. Ainda não esclarecemos as circunstâncias das mortes dos desaparecidos políticos do regime militar brasileiro. As torturas ainda acontecem nas delegacias de polícia e nas penitenciárias do nosso país. Sendo assim, o Brasil carece muito mais de uma política pública que busque resgatar a memória (para que a sociedade tenha acesso à verdade e a partir de então possa exorcizar seus fantasmas) do que de um reconhecimento de um suposto direito ao esquecimento.

O autor Daniel Sarmiento defende que a História não mais se destina a estudar apenas grandes acontecimentos, nem muito menos se dedica somente ao estudo de pessoas famosas. Nos dias atuais, fala-se em uma Nova História, criada pela *École des Annales*, em 1929, por *Marc Bloch* e *Luciën Lefebvre*, na

França. (Sarmiento 2015, p. 12). Pela Nova História, a vida privada também passou a ser objeto de estudo. Da mesma forma, o homem e a mulher comum: “afinal para compreender o passado, faz todo sentido estudar como viviam, pensavam e se comportavam as mulheres e homens ordinários, que compunham a absoluta maioria da população” (Sarmiento 2015, p. 13).

Como já dito no início deste capítulo, a Internet e o processo de esgarçamento da intimidade trouxeram vários problemas para a privacidade. Casos conflituosos começaram a surgir, envolvendo vários direitos. Entre os direitos, o suposto direito ao esquecimento e o direito à memória. José Barros Correia Junior e Lucas Galvão explicam o seguinte:

Enquanto o esquecimento se refere ao direito de não ter lembrados certos fatos de uma vida além da sua própria expectativa de lembrança, outros fatos merecem sempre serem lembrados, especialmente tragédias que tenham atingido e alterado o curso da história humana – sob pena de serem repetidos em outras oportunidades. O direito à memória seria a necessidade e a possibilidade da reconstrução do passado, por outro lado o direito ao esquecimento seria essa reconstrução desnecessária (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 32).

Para os autores supracitados, é necessário ponderar os valores no caso concreto e, então, identificar qual direito deve prevalecer. Para tanto, julgam imprescindível conhecer o conceito de memória individual e memória coletiva:

Por memória individual se tem as lembranças de um sujeito, de um indivíduo sem a conexão com interesses sociais. Essas memórias correspondem à sua vivência e geralmente fenecem e devem fenecer com o próprio indivíduo, tornando-as desnecessárias e impróprias ao controle social. Por outro lado, a memória coletiva pode – e muitas vezes deve – ser transmitida, passando de indivíduo para indivíduo, de geração a geração, enaltecendo ou criticando fatos socialmente importantes. É uma memória que não pode ser esquecida sobre pena de que erros históricos se repitam. A memória coletiva não pertenceria a um indivíduo apenas, mas a toda a sociedade que a controlaria por seus interesses. (Correia Junior & Galvão 2015, p. 34).

Dito isto, segundo os autores, quando o julgador estiver diante do caso concreto, deve verificar que tipo de memória está em jogo, a do indivíduo ou a da sociedade. O direito ao esquecimento deve prevalecer quando se tratar da memória individual, uma vez que o sujeito não pode ter seu direito à privacidade aniquilado. (Correia Junior & Galvão 2015, p. 34).

É interessante ressaltar que, em que pese as considerações feitas no parágrafo anterior, os autores citados acima consideram que o STJ acertou ao reconhecer o direito ao esquecimento no caso “Chacina da Candelária”. Tal

posicionamento, no entanto, merece ser criticado. O referido caso envolve o assassinato de jovens, moradores das ruas da cidade do Rio de Janeiro, sendo um caso em que existe claramente um interesse público, fazendo parte da memória coletiva do nosso país. Sendo assim, não deveria caber direito ao esquecimento, a meu ver. O caso aqui citado será analisado com mais detalhes ao longo deste trabalho.

Neste capítulo foi feita uma abordagem acerca da origem e do conceito do chamado “direito ao esquecimento”, como também foi demonstrado o papel de destaque da Internet para a intensificação dos debates sobre esse “novo direito”. Alguns casos emblemáticos envolvendo o direito em questão foram analisados. Por fim, tratamos do conflito existente entre “memória” e “esquecimento”, chamando atenção para o perigo em conceber o direito ao esquecimento como um direito de reescrever a história, uma vez que o nosso país sofre ainda pela ausência de memória.

No próximo capítulo será feita uma análise sobre o direito à liberdade de expressão, direitos da personalidade (já que estes se encontram intimamente ligados ao “direito ao esquecimento”) e situações de conflitos entre eles.

2. Liberdade de expressão e comunicação e direitos da personalidade

2.1. Breves considerações sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e comunicação

Primeiramente, é importante esclarecer que existem várias nomenclaturas referentes ao direito em questão. Fala-se em liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade de opinião, liberdade de imprensa, direito à informação, entre outras. Neste trabalho foi feita a escolha pelos termos “liberdade de expressão e comunicação”, acompanhando o entendimento adotado por Edilsom Farias, em sua tese de doutorado, que explica que o primeiro termo (liberdade de expressão) compreende as manifestações referentes à difusão das ideias, enquanto o segundo termo (liberdade de comunicação) trata das garantias relacionadas à difusão das notícias. O autor explica que:

A opção pelos termos liberdade de expressão e comunicação justifica-se, em primeiro lugar, pelo fato de o termo liberdade de expressão (gênero) substituir os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies), podendo-se, pois, empregar a frase liberdade de expressão para abranger as expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de ideia, de crença ou de juízo de valor. A utilização da forma liberdade de expressão e comunicação justifica-se, em segundo lugar, em razão de os termos liberdade de comunicação representarem melhor do que as expressões liberdade de imprensa e liberdade de informação o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existentes na vida social (Farias, 2004, p. 53).

Assim, seguindo os ensinamentos de Edilsom Farias, conforme acima transcrito, os termos “liberdade de expressão e comunicação” mostram-se mais adequados porque compreendem todas as espécies de manifestação das ideias e também das notícias. Quanto à preferência pelo termo “liberdade de comunicação”, de fato, é muito mais adequado para representar o atual e moderno processo de comunicação (que conta com o protagonismo da internet) do que a expressão “liberdade de imprensa” (talvez mais comum e usual). É que a palavra “imprensa” nos remete ao ato de imprimir, ao papel,

aos jornais, mas os meios de comunicação existentes hoje na nossa sociedade vão muito além da imprensa escrita.

O direito fundamental à liberdade de expressão nada mais é do que o direito de emitir opiniões, manifestar ideias, expressar pensamentos (Farias, 2004, p. 54). A Carta Magna prevê em seu artigo 5º, IV, o seguinte: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Talvez esta seja a norma que mais chama a atenção em matéria de liberdade de expressão, não sendo, contudo, a única norma constitucional sobre o tema, uma vez que existem várias outras espalhadas pela Constituição. Ainda no artigo 5º, são assegurados o direito de resposta proporcional ao agravo (inciso V), a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica (inciso IX) e o acesso à informação (inciso XIV).

O âmbito de proteção deste direito, no entanto, compreende não só a faculdade que tem o indivíduo de expor as suas opiniões (aspecto positivo da liberdade de expressão), mas também o direito que o mesmo tem de calar. Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988, por exemplo, assegura aos presos o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII). Este seria o aspecto negativo da liberdade de expressão do pensamento (Bocchi, 2010).

A liberdade de comunicação, por sua vez, refere-se à divulgação de fatos ou notícias e, portanto, tem conteúdo objetivo, diferentemente da liberdade de expressão, que possui conteúdo subjetivo. Não é qualquer fato ou notícia que estão tutelados por ela, mas somente as informações de caráter público (Farias, 2004, p. 83 e 84).

A liberdade de comunicação também está prevista na Constituição, em seu art. 5º, IX (“é livre a expressão da atividade... e de comunicação, independentemente de censura ou licença”). Ademais, o art. 220 da Carta Magna dispõe que não podem sofrer qualquer tipo de restrição “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo”, estabelecendo, ainda, em seu parágrafo 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...)”.

Como foi dito, o conteúdo da liberdade de comunicação é objetivo e, por isso, se submete ao critério da verdade. O que significa dizer que o

comunicador de fatos ou notícias deve ter o zelo necessário no momento em que for apurar e divulgar os fatos, com o objetivo de evitar o compartilhamento de fatos ou notícias incorretas ou falsas. Trata-se, portanto, de uma verdade subjetiva e não objetiva, pois se refere à postura do sujeito comunicador. Nesse sentido, os ensinamentos de Edilsom Farias:

Assim, mesmo na hipótese em que venha a ser revelado depois que a notícia divulgada rigorosamente não condiz com a realidade dos fatos, não se considera que houve desobediência ao critério da verdade, se demonstrado que o comunicador fez uso de todos os meios que estavam ao seu alcance para difundir uma informação correta. (Farias, 2004, p. 92).

No mesmo sentido, explica Barroso:

De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos (Barroso, 2004, p. 129).

Sendo assim, é possível extrair dos pensamentos acima que não se exige a verdade relacionada à notícia, mas sim a verdade relacionada ao comportamento diligente do comunicador na apuração do fato e na sua divulgação. A exigência de uma verdade absoluta e incontestável seria prejudicial à liberdade de comunicação.

A liberdade de expressão, por sua vez, ao contrário do que acontece com a liberdade de comunicação, não se submete ao critério da verdade, uma vez que o seu conteúdo é subjetivo. Nesse sentido, as lições de Edilsom Farias:

Uma consequência prática desse plano subjetivo, que caracteriza a liberdade de expressão, é a revelação de que tal liberdade não pode ser submetida ao requisito interno da comprovação da verdade. A natureza abstrata do conteúdo subjetivo não se presta ao exame de sua correção. As crenças e ideias somente podem ser objeto de discussão, confrontação ou críticas à luz de outras opiniões ou juízos de valor. A aferição da verdade ou falsidade guarda pertinência apenas com objetos mais concretos, tais como fatos ou notícias. Daí a informação de que a liberdade de expressão é mais ampla do que a liberdade de comunicação. (Farias, 2004, p. 81).

Merece respeito o pensamento citado acima, pois as opiniões e os ideais não podem ser julgados como verdadeiros ou falsos, tendo em vista que cada

ser humano possui as suas próprias crenças e verdades. O conteúdo de uma ideia é absolutamente subjetivo, peculiar de cada indivíduo.

Sabe-se que nenhum direito pode ser considerado absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, nem mesmo o direito à vida. Nesse sentido, a liberdade de expressão e comunicação também sofre restrições. A própria Constituição estabelece alguns limites (como, por exemplo, o respeito aos direitos da personalidade previstos no art. 5º, X). Sendo assim, o indivíduo deve ter moderação quando for expressar suas ideias, evitando, por exemplo, agressões gratuitas e desnecessárias, sobretudo à honra, à privacidade e à imagem das pessoas.

O Estado também pode regular alguns discursos, quando necessário, como faz com a propaganda de bebidas alcoólicas e cigarro. A publicidade infantil também pode ser regulada, uma vez que uma propaganda, aparentemente inocente, pode, por exemplo, incentivar o consumismo na criança ou fortalecer certos estereótipos e excluir outros.

Barroso faz uma importante observação acerca do interesse público como limite genérico às liberdades de expressão e comunicação, afirmando que é preciso ter cuidado, pois “o pleno exercício das liberdades de informação e de expressão constitui um interesse público em si mesmo, a despeito dos eventuais conteúdos que veiculem” (Barroso, 2004, p. 130). Para o mencionado autor:

(...) procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia (Barroso, 2004, p. 130).

A ideia exposta acima faz todo sentido, se pensarmos que não raras vezes os governos autoritários usaram o “interesse público” para censurar a imprensa. Na Ditadura Civil-Militar de 1964, por exemplo, a censura era praticada em nome do “bem da Nação”, “das famílias”, “das pessoas de bem” etc. Nesse sentido, é de suma importância o alerta feito pelo autor.

É importante ressaltar que o direito à liberdade de expressão e comunicação, em princípio, era visto como um direito de defesa do indivíduo

perante o Estado, constituindo uma liberdade negativa (Farias, 2004, p. 78). Assim, a preocupação com a liberdade surgiu da necessidade do cidadão de se proteger contra o arbítrio do Estado. Era suficiente, portanto, que o Estado não interferisse na liberdade do indivíduo de emitir opiniões e divulgar fatos ou notícias.

Atualmente, no entanto, exige-se uma atuação positiva do Estado, ou seja, ao Estado cabe aprovar normas, implementar políticas e realizar ações que possam garantir o livre compartilhamento de ideias e informações (Farias, 2004, p. 78).

A Constituição Federal de 1988 prevê a proibição da censura, no já mencionado art. 5º, IX, e, também, no seu art. 220, §1º: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...”. Como já dito, a liberdade de expressão e comunicação era compreendida, na sua origem, apenas como uma liberdade negativa, ou seja, bastava que não houvesse censura, nem do Estado, nem censura privada. No entanto, hoje em dia, é compreendida também como uma liberdade positiva, um direito prestacional, como acontece com o direito à educação, por exemplo. Exige-se, portanto, atualmente, uma atuação positiva do Poder Público voltada a garantir a livre expressão.

É importante dizer que, ao Estado, não cabe obstar a livre expressão, nem mesmo quando se tratar de críticas ao governo ou ao governante. Aliás, sobretudo nesta hipótese, não pode haver interferência estatal, uma vez que a liberdade de expressão e comunicação é um dos instrumentos mais importantes para a promoção da democracia. Afinal, sem liberdade, não existe democracia. O cidadão tem o direito de opinar, criticar e até discordar dos governantes, por isso devem receber informações relativas à coisa pública, estando garantida a sua efetiva participação no debate político. Para *Baruch de Espinosa*:

Todo poder exercido sobre o foro íntimo se tem por violento, da mesma forma que se considera ultrajar e usurpar o direito dos seus súditos um soberano que queira prescrever a cada um o que deve admitir como verdadeiro ou rejeitar como falso, e até as opiniões em que deve apoiar-se na sua devoção para com Deus: porque tudo isso pertence ao direito individual e ninguém, mesmo que quisesse, poderia renunciar-lhe. (Espinosa, 2003, p. 300).

Trazendo um caso prático para facilitar a compreensão do que ora se aborda, pode ser citado o caso *New York Times vs. Sullivan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1964. A decisão ficou mundialmente conhecida e foi muito importante para a tutela da liberdade de expressão. O constitucionalista norte-americano *Owen Fiss* fala em uma de suas obras sobre o repercutido caso:

[...] a Suprema Corte interpretou a Primeira Emenda conferindo-lhe o significado de que a imprensa não pode ser criminalmente processada por difamar o Estado como entidade abstrata. A Corte também limitou o poder de oficiais públicos de receber indenizações em ações de difamação, decidindo que oficiais públicos não podem ser indenizados por afirmações falsas sobre o desempenho de suas atividades, a menos que eles provem que aquelas afirmações foram publicadas ou transmitidas com conhecimento ou grave negligência (*reck less disregard*) sobre a sua falsidade. (Fiss, 2005, p. 100).

O caso *New York Times vs. Sullivan* envolvia o movimento pelos direitos civis no Sul dos Estados Unidos. *Martin Luther King Jr.*, líder do movimento, pretendia denunciar o racismo e mostrar ao povo americano do Norte toda a crueldade que era praticada, na época, em razão da segregação racial. Então, em 29 de março de 1960, foi publicado um anúncio, no *New York Times*, que falava sobre “violadores sulistas da Constituição”. Tal anúncio se referia aos funcionários públicos racistas do Sul, sem mencionar nomes. Todavia, um comissário de polícia, *L. B. Sullivan*, resolveu processar o jornal por difamação. (Lewis, 2011, p. 67).

Edilson Farias afirma que a liberdade de expressão em relação às figuras públicas, políticos, assim como as críticas referentes aos assuntos públicos, é bem mais ampla que quando dirigida ao cidadão comum, pois as pessoas públicas estão naturalmente mais expostas à opinião pública. Para o autor:

A razão disso é que os homens públicos ou pessoas célebres, como preço da fama granjeada, encontram-se mais expostos aos juízos de valor da opinião pública. Mormente os titulares de cargos políticos, graças à própria natureza das funções exercidas, confrontam-se regularmente com as ideias e opiniões dos cidadãos. (Farias, 2004, p. 81).

Como as pessoas públicas estão mais expostas, é razoável que não haja tanta restrição quanto às críticas que possam receber, mas que devem ocorrer de forma a não ameaçar o convívio em sociedade. A pessoa pública

não deixa de ter protegidos os seus direitos personalíssimos, porém sofre mais restrições sobre eles.

O Estado e os governantes devem respeitar o direito do indivíduo de manifestar suas opiniões, afinal, segundo *Espinosa* (2003, p. 302), o fim do Estado é a liberdade, “não é fazer os homens passar de seres racionais a bestas ou autômatos: é fazer com que a sua mente e o seu corpo exerçam em segurança as respectivas funções, que eles possam usar livremente a razão”. E mais, de acordo com o referido autor, com o pacto social, “o indivíduo renunciou ao direito de agir segundo a sua própria lei, não ao direito de raciocinar e de julgar”. (Espinosa, 2003, p. 303).

Na obra “Tratado Teológico-Político”, *Baruch de Espinosa* relaciona súditos e governantes, afirmando que a liberdade de pensamento não constitui obstáculo à paz social, muito pelo contrário, é preciso que o soberano garanta tal liberdade para que exista paz na sociedade. O autor diferencia o agir do pensar, explicando que o indivíduo pode pensar diferente e até julgar o soberano, mas não pode agir contra as normas, uma vez que esta ação ameaçaria o pacto social, caracterizando subversão. (Espinosa, 2003, p. 300 a 310).

São vários os argumentos em defesa da tutela da liberdade de expressão. *Jonh Stuart Mill* considerava muito importante a questão da proteção da livre expressão para obtenção da verdade. Para ele, quanto maior o debate em torno de uma opinião, maior também a posterior credibilidade dessa opinião. Sendo assim, as críticas e as contestações referentes a uma determinada ideia são sempre bem vindas, pois têm o poder de engrandecer o debate e tornar aquela ideia mais forte. É válido lembrar que as opiniões contrárias e as ideias ruins também estão protegidas pela liberdade de expressão. De acordo com os ensinamentos do filósofo:

A completa liberdade para contradizer e refutar nossa opinião é a genuína condição que nos autoriza a considerá-la verdadeira para objetivos de ação: e não há outras condições que permitam a um ser com faculdades humanas ter qualquer garantia racional de estar certo. (Mill, apud Capaldi, 1974, p. 7).

Através do debate, é possível apontar as falhas de um determinado raciocínio, por exemplo. Estas falhas podem ser corrigidas. A partir dessa correção, a ideia se torna mais verdadeira que antes. Portanto, as críticas e os

questionamentos sobre uma opinião contribuem para a sua consolidação. Para *Mill*, era necessário também dar voz às minorias, e nunca as silenciar:

Mas o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam. Se a opinião é correta, a humanidade se vê privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, geradas por sua colisão com o erro. (Mill, 2016, p. 33).

A opinião das minorias, conforme é possível se extrair do pensamento de *Mill*, também está protegida pelo direito à liberdade de expressão. Dessa forma, o autor defende que não é necessário para se garantir a livre expressão de uma ideia, que esta tenha uma multidão de seguidores e apoiadores. Ou seja, não é aceitável privar a humanidade de uma opinião que pertence a poucos.

Aqui se pretendeu demonstrar a importância do direito à liberdade de expressão e comunicação, sobretudo em países democráticos, como o Brasil. E, vale dizer, é necessário defender a liberdade de expressão também para as opiniões ruins, para as ideias que não gostamos. *Anthony Lewis* trata dessa questão em seu livro “Liberdade para as ideias que odiamos”, citando o voto vencido do ministro *Holmes* no caso *United States vs. Scwimmer*⁶, julgado pela Suprema Corte norte-americana:

(...) se há um princípio da Constituição que exige fidelidade de forma mais imperativa do que qualquer outro, é o princípio do livre pensamento – não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos. (Lewis, 2011, p. 54).

Nesse sentido, é compreensível o pensamento acima, pois sair em defesa da livre expressão de uma determinada opinião apenas quando concordamos com ela é muito fácil, além de totalmente previsível e natural. Todavia, a luta pela tutela da liberdade de expressão e comunicação exige muito mais do cidadão. Quem é a favor da livre expressão deve ter em mente que não existe mal maior do que a censura, mesmo quando se trata de

⁶ Rosa Schimmer, mulher húngara e pacifista, teve negada a nacionalidade norte-americana, pois declarou que jamais pegaria em armas para defender o país, pois era incapaz de ferir pessoas.

silenciar uma ideia ruim. Quem luta pelo direito de se manifestar, luta também pelo direito que o outro tem de falar.

Uma vez realizadas algumas considerações sobre o direito à liberdade de expressão e comunicação, passaremos a analisar a seguir os direitos da personalidade.

2.2. Breves considerações sobre os direitos da personalidade

Como já foi dito, não obstante a sua importância, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Nesse sentido, é possível afirmar que a livre expressão pode ser relativizada, restringida. Um exemplo disso está contido no inciso X, do art. 5^a, da Carta Magna: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” Nota-se que o dispositivo citado garante a inviolabilidade do direito à imagem, intimidade e honra, relativizando, portanto, a livre expressão e garantindo, por conseguinte, os chamados direitos da personalidade.

Sendo assim, o indivíduo é livre para manifestar seus pensamentos, mas não pode atacar a honra de outrem com discursos puramente odiosos. Ou melhor, até pode, mas, se o fizer, não estará isento da responsabilidade sobre as palavras lançadas, pois o art. 5^o, V, da Constituição assegura o direito de resposta e a indenização por dano moral, material ou à imagem.

Assim é que a liberdade de expressão, não raramente, entra em colisão com os direitos personalíssimos (honra, imagem, privacidade, entre outros). Muitos casos concretos vão parar no Judiciário, o qual se encarrega de solucionar o conflito. As decisões desses casos são de suma importância para se entender o valor que o país atribui à liberdade de expressão.

Os direitos da personalidade também estão previstos no Código Civil de 2002 (arts. 11 ao 21) e são aqueles direitos que nascem com a pessoa. O direito à honra, à imagem, à privacidade e ao nome são exemplos de direitos inerentes ao indivíduo, ou seja, são direitos inseparáveis por natureza do ser humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF/88 funciona no nosso ordenamento jurídico como uma cláusula geral de onde se originam todos os direitos da personalidade (Moraes, 2008, p. 373). Tal fato, por si só, já é complexo, uma vez que, hoje em dia, tudo ou praticamente tudo se encaixa no conceito de dignidade da pessoa humana (que é bastante maleável), inclusive a liberdade de expressão.⁷ Luís Roberto Barroso ensina que:

O reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanções da própria dignidade humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”. Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda coletividade e também ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar). (Barroso, 2004, p. 117 e 118).

De acordo com os ensinamentos de Rodrigo Moreira e Jaquiel da Fonseca, existe no Brasil um direito geral da personalidade, que tutela os bens jurídicos da personalidade que ainda não foram tipificados:

É nesse sentido que se reconhece no Brasil um direito geral da personalidade fundado no art. 12 do CC/2002 (LGL/2002/400) e no princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, funcionando como uma cláusula geral que concede esta abertura sistemática na proteção da personalidade da pessoa humana. (Moreira & Fonseca, 2016, p. 3).

Para os autores supracitados, esse direito geral da personalidade protege a personalidade humana de novas ameaças de lesões que poderão surgir, independentemente de qualquer tipificação. O direito ao esquecimento, por exemplo, “tem sido desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, tanto no Brasil quanto no exterior” (Moreira & Fonseca, 2016, p. 4).

Os direitos da personalidade não podem ser transferidos a terceiros ou renunciados, conforme prevê o art. 11 do CC: “Com exceção dos casos

⁷ A Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, já afirmou não existir tensão entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, no seu voto, na ADPF 130: “a liberdade de imprensa (...) se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos”.

previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Sobre a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, Maria Celina Bodin de Moraes, faz uma crítica. Ela diz que a partir do momento em que a Constituição estabeleceu a “prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias)”, quando coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, CF/88), gerou-se o aumento de restrições à autonomia individual, o que não é positivo, e aproveita pra fazer o seguinte questionamento: “a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre os seus bens mais importantes?” (Moraes, 2008, p. 371). Moraes critica o paternalismo exagerado:

Ao paternalismo, contido na máxima segundo a qual “as pessoas devem ser protegidas de si próprias”, deve ser oposta a presunção que vigora nas sociedades democráticas: a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção. (Moraes, 2008, p. 378).

A autora supracitada considera a literalidade do já mencionado art. 11 do CC inaceitável, mas pondera que a doutrina civilista vem amenizando o problema nas Jornadas de Direito Civil (Moraes, 2008, p.371). Vale dizer que, em alguns casos, a lei pode permitir a renúncia ou a transmissão, embora a regra seja a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. Um caso de renúncia do direito à imagem, por exemplo, é quando uma pessoa assina um determinado contrato (autorizando a reprodução da sua imagem) com uma emissora de televisão para participar de um *reality show*, do tipo *Big Brother Brasil*, onde será vigiado e filmado 24 horas por dia.

Os direitos da personalidade são, ainda, extrapatrimoniais, mas o dano que eventualmente lhe for causado é indenizado. Ademais, não podem sofrer penhora e são imprescritíveis.

Os direitos personalíssimos também não são absolutos. O direito à honra, por exemplo, encontra limite na verdade do fato, conforme explica Barroso:

De forma geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo; nessa hipótese, não se poderia opor a honra pessoal à verdade. Excepcionalmente, porém, a

doutrina admite (e a legislação de alguns países autoriza) que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros mas detratores da honra individual: é o que se denomina de “segredo da desonra”. Os fatos que comportam essa exceção envolvem de forma geral circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação. (Barroso, 2004, p. 119 e 120).

O referido autor explica, ainda, que a divulgação de fatos que já são conhecidos pelo público não têm o condão de violar a intimidade ou a vida privada do indivíduo (Barroso, 2004, p. 119). Por exemplo, não há como punir um jornal que publicou uma matéria sobre um assassinato de grande repercussão, pois as informações sobre o crime são públicas, bastando que qualquer indivíduo se dirija até o fórum para consultar o processo, quando não consultar via Internet, sem precisar sair de casa.

É importante, para este trabalho, esclarecer que o conceito de privacidade sofreu mutações, sobretudo em razão do desenvolvimento das novas tecnologias, à exemplo da Internet, que tem o poder de disseminar a informação com rapidez e, para tanto, coleta e apreende os dados dos usuários da rede. A privacidade, nos dias de hoje, não é mais entendida apenas como o “direito de ser deixado só”, ou seja, privacidade não se resume mais à defesa da vida privada contra a interferência do Estado ou de terceiros. O conceito atual abrange também o direito de controle do usuário sobre os seus dados pessoais disponibilizados na Internet. Para Guilherme Martins:

O grande dilema consiste no fato de os registros do passado – capazes de serem armazenados eternamente – poderem gerar consequências posteriormente à data em que o evento foi esquecido pela mente humana. Tal fato é agravado pela circunstância de que os usuários da internet, cujos passos são sempre reconstruídos pelas técnicas de rastreamento, são frequentemente privados da escolha quanto à técnica de obtenção de dados e quanto às informações que serão colhidas a seu respeito (Martins, 2017, p. 65).

O jurista italiano *Stefano Rodotà* explica bem esse “novo” conceito, no seu livro “A vida na sociedade da Vigilância”, afirmando o seguinte:

(...) parece cada vez mais frágil a definição de “privacidade” como o “direito de ser deixado só”, que decai em prol das definições cujo centro da gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Não que este último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só; enquanto hoje chama atenção sobretudo para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de

informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sócio-políticos mais adequados. (Rodotà, 2007, p. 17 e 18)

Caitlin Mulholland, acompanhando *Rodotà*, explica que o conceito de privacidade foi ampliado, tendo a Internet contribuído bastante para tal fato, na medida em que os usuários da rede passaram a ter a esfera privada violada com mais frequência, justamente em razão da perda do controle sobre seus dados pessoais. Dessa maneira, a proteção da privacidade passou a englobar também o direito de controle sobre os dados. (Mulholland, 2011, p. 181).

Para Rodrigo Moreira e Jaquiel da Fonseca, a privacidade assumiu novas configurações com o desenvolvimento da Internet, não estando mais restrita ao “secretismo e exclusão de informações pessoais de terceiros” (2016, p. 5). De acordo com os ensinamentos dos referidos autores, “a privacidade no contexto da Internet significa o poder dos indivíduos de decidirem quais as informações serão reveladas, para quem e com qual objetivo” (Moreira & Fonseca, 2016, p. 5).

Feitas as devidas considerações sobre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, passaremos a examinar as situações de conflito entre eles.

2.3. O conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade

É mais comum do que se imagina o conflito envolvendo o direito à liberdade de expressão e um ou mais direitos da personalidade. Imagine, por exemplo, um dado jornal que pretende publicar uma matéria sobre um político que estaria agindo com falta de ética, gerando um conflito, na medida em que o referido político buscará inviabilizar a divulgação da notícia. Neste conflito, temos, de um lado, o jornal que divulgou a informação, apoiado no seu direito à liberdade de comunicação e, do outro lado, o político supostamente corrupto, que julga a matéria falsa e violadora do seu direito à honra. Pois bem, qual dos direitos fundamentais em jogo deve prevalecer, a liberdade de expressão ou o direito à honra?

Uma opção para resolver o caso conflituoso narrado acima é utilizar a técnica da ponderação. Ou seja, o julgador deve verificar, na análise do caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer, considerando o interesse maior da coletividade, já que não existe hierarquia, no Brasil, entre direitos fundamentais. Sobre ponderação, Luís Roberto Barroso (2004, p. 114 e 115) ensina o seguinte:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no cotidiano da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente.

Fábio Leite critica a “visão romântica”, presente em nosso país, que acredita que os conflitos entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade serão sempre resolvidos numa harmonização de direitos. Isto não procede, pois uma das partes não terá o seu pleito atendido. Tal visão dificulta, inclusive, o reconhecimento de uma posição preferencial de um direito fundamental em face de outro direito fundamental (Leite, 2014).

A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, aplica a doutrina da posição preferencial para solucionar conflitos entre direitos fundamentais (os direitos previstos na Primeira Emenda recebem proteção especial), conforme ensina Letícia Martel:

A doutrina da posição preferencial significa, pois, a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per si. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio restrito; na ausência deles, usar-se-á o teste de mera razoabilidade. (Martel, 2004, p. 100).

Em seu artigo “Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema”, Fábio Leite esclarece que não é possível a “simples importação da doutrina norte-americana” para o caso brasileiro, pois a Constituição do Brasil, diferentemente da norte-americana, “não confere nenhum destaque formal à liberdade de expressão” (Leite, 2014). Todavia, o

referido autor explica que a posição preferencial da liberdade de expressão pode ser justificada pela relação que este direito possui com a democracia.

Para Daniel Sarmiento (2015, p. 23), a liberdade de expressão é fundamental para a consolidação de uma democracia. É através do livre debate de ideias, das manifestações de opiniões e do livre acesso à informação que se torna possível extrair a vontade da maioria dos cidadãos. A circulação da informação é mais um instrumento que garante a participação popular na condução da coisa pública. Portanto, o fato de a liberdade de expressão ter na democracia um dos seus fundamentos, é mais uma razão que justifica o recebimento de uma proteção especial.

A dignidade humana é outro fundamento da liberdade de expressão, o que corrobora ainda mais para um tratamento preferencial (Sarmiento, 2015, p. 23). A comunicação entre as pessoas é uma das atividades mais importantes que envolvem os seres humanos. A pessoa humana tem o direito de manifestar suas ideias de forma livre, bem como tem a faculdade de levantar críticas, de opinar, enfim, de desenvolver livremente sua personalidade.

Fábio Leite define o direito à liberdade de expressão como “essencial à democracia”, mas afirma que, no Brasil, a garantia da livre expressão “limita-se a proibir restrições (*a priori* ou *a posteriori*) impostas pelos órgãos do governo”, não protegendo o “conteúdo” (Leite, 2014). A reflexão que deve ser feita é a seguinte: adianta o governo liberar que o indivíduo se manifeste e depois o Judiciário condená-lo, em razão do conteúdo da sua manifestação?

O autor explica que a Constituição Federal de 1988 prevê a proibição da censura (arts. 5º, IX e 220, § 2º), mas tal banimento não é o bastante para garantir a liberdade de expressão (Leite, 2014). No Brasil, a censura não é permitida, nem muito menos a restrição judicial prévia, portanto, o sujeito é livre para se expressar. Todavia, admite-se a restrição judicial *a posteriori*, ou seja, o indivíduo pode ser condenado pela forma como se manifestou. Essa condenação posterior pode ser, a depender do caso, muito mais drástica do que a própria censura prévia.

A grande parte das condenações decorrentes de restrição judicial *a posteriori* envolve muito dinheiro, à título de indenização. Nesse sentido, em muitos casos, o sujeito que se manifestou é levado ao sentimento de arrependimento, ou seja, não falaria mais, se pudesse voltar no tempo. Isso

não é bom para a liberdade de expressão, uma vez que gera a sensação de medo. A livre expressão pode trazer situações desconfortáveis, mas antes tê-la do que viver sem ela. Sobre o efeito dissuasivo das condenações, ensina Fernando M. Toller:

Em muitos casos, a ameaça de uma ação civil – cujo corolário em forma de condenação pecuniária, sem parâmetros objetivos, em especial em casos de difamação, pode ascender a cifras siderais, especialmente nas indenizações exemplares do Direito anglo-saxão, que, em ocasiões, chegam a vários milhões de dólares, ao que se devem somar os tremendos custos que tem um processo desse tipo – é a verdadeira e grande inibição à liberdade de expressão, já que os seus enormes riscos impedem a comunicação tanto ou mais que uma proibição, e dificulta publicar material político controverso e a revelação de atos delitivos, congelando grandes quantidades de notícias e de comentários. Estes riscos são inclusive maiores no caso de pequenos meios, financeiramente débeis, para os quais a eventualidade de uma condenação ulterior, com um processo oneroso e uma sentença severa, é, de longe mais preocupante e coercitiva que uma restrição prévia judicial, já que, enquanto esta última pode significar-lhe perder uma batalha – e os custos de haver escrito o artigo -, o primeiro pode fazer-lhe perder a guerra. (Toller, 2010, p. 55 e 56).

Imaginemos, para exemplificar, um blogueiro que resolveu denunciar em seu *blog* um suposto desvio de merenda que ocorria numa escola pública da sua cidade. Posteriormente, este blogueiro foi condenado pelo Poder Judiciário a pagar uma indenização de valor exorbitante, já que não ficou provado o desvio. O blogueiro vai suportar sozinho o ônus de ter divulgado a notícia, enquanto que todas as pessoas da cidade se beneficiaram da informação. Através da informação, as pessoas foram cobrar as providências do Poder Público daquela cidade. Então, não é possível afirmar que, nesse caso hipotético, o blogueiro teve seu direito à liberdade de expressão protegido. Inclusive, é muito provável que ele tenha se arrependido de ter publicado a matéria.

As pessoas não podem passar a se autocensurar por medo de condenações, que na maioria dos casos envolvem valores vultosos. Fábio Leite ensina que:

A visão formalista da liberdade de expressão ataca a censura visível – a restrição prévia -, mas abre as portas, sem qualquer receio ou reflexão, a uma censura invisível – a autocensura –, que pode gerar o mesmo problema que a primeira: a ausência de um debate público livre e aberto, ou, para usar a expressão adotada pela doutrina norte-americana, um *chilling effect* – efeito de resfriamento no debate público (Leite, 2014).

Como já mencionado anteriormente, é na resolução dos casos difíceis que se verifica o valor que o país dá à liberdade de expressão. Quando não existe conflito é fácil defender a liberdade de expressão. Assim, numa situação hipotética, um determinado jornal não encontraria problemas ao publicar matéria elogiando o trabalho de um ator, por exemplo. Se esse mesmo jornal resolvesse divulgar uma matéria denunciando um político por desvio de verbas públicas, certamente seria um caso mais difícil para o Judiciário resolver, se o acusado alegasse ofensa aos direitos da personalidade. Nesse sentido, ensina Leite, quando defende a posição preferencial da liberdade de expressão em relação à honra:

Quanto mais contundente e forte for o comentário, a opinião, a crítica, podendo inclusive ser ofensivos, maior será a importância da garantia da liberdade de expressão. Entender de outra forma significaria reconhecer que a liberdade de expressão protege apenas o conteúdo que a ninguém interessaria censurar. Portanto, a liberdade de expressão, nas situações em que se revela importante, necessariamente ou provavelmente afeta a honra de alguém. (Leite, 2014).

Portanto, determinadas ofensas aos direitos personalíssimos devem ser suportadas em nome da livre expressão, que traz muitos mais benefícios do que males. O Brasil precisa discutir sobre os conteúdos que são permitidos e os conteúdos que não são permitidos, a fim de evitar surpresas para o indivíduo que resolve manifestar sua opinião, o qual, muitas vezes, tem a liberdade de expressão garantida para se expressar, mas não tem a mesma liberdade quanto ao conteúdo, como já foi dito. Fica difícil afirmar que a liberdade de expressão foi garantida quando sobrevêm condenações posteriores, principalmente quando estas condenações envolvem muito dinheiro.

Barroso estabelece alguns parâmetros constitucionais que devem orientar a solução dos conflitos entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos da personalidade. O primeiro deles é a “veracidade do fato”, o que significa dizer que a informação divulgada (ou que se pretende divulgar) tem que ser verdadeira, sendo esta uma verdade subjetiva (diz respeito à conduta do comunicador), como já foi explicado. Sendo assim, não enseja responsabilidade a publicação de notícias que o informador acredita serem verdadeiras, tendo agido com o maior zelo na sua apuração (Barroso, 2004, p. 131 e 132).

Outro parâmetro utilizado pelo autor é a “licitude do meio empregado na obtenção da informação”. Neste tópico, Barroso explica que não são protegidas as informações obtidas por meio ilícitos, assim como não são admitidas em um processo judicial, por exemplo, provas oriundas de grampos telefônicos instalados sem autorização judicial (Barroso, 2004, p. 132).

A personalidade pública ou privada da pessoa noticiada também serve de parâmetro para orientar a resolução dos conflitos (Barroso, 2004, p. 132). O político e o artista famoso, por exemplo, são titulares de direitos da personalidade, todavia tais direitos são mais flexibilizados se compararmos com os direitos personalíssimos de uma pessoa “comum” (desconhecida do povo).

De acordo com o autor, o local onde o fato ocorreu é outro parâmetro, ou seja, locais públicos são menos protegidos do que a casa da pessoa, por exemplo (Barroso, 2004, p. 133).

A “natureza do fato” também influencia. Dessa forma, desastres da natureza, crimes, acidentes são noticiáveis, independente das pessoas envolvidas (Barroso, 2004, p. 133).

Por fim, temos os parâmetros que envolvem o interesse público na divulgação e a preferência por sanções *a posteriori*. Já vimos, segundo Barroso, que o interesse público está presente na liberdade em si mesma, independente do conteúdo. Sendo assim, “o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral” (Barroso, 2004, p. 133). A exceção se configura quando o indivíduo prova que o interesse privado na não divulgação de uma determinada informação é maior do que o interesse público em sua divulgação.

Sendo assim, informações vazias, sem transcendência pública, referentes à intimidade do indivíduo (mero mortal) e, vale repetir, despida de qualquer interesse público na sua divulgação, não merecem ser publicadas, contra a sua vontade.

Quanto à preferência por sanções posteriores, o autor defende que a restrição prévia só pode ser usada em último caso e em situações excepcionalíssimas (Barroso, 2004, p. 134). Sobre isto, Fábio Leite (2014), vale falar mais uma vez, levanta uma questão importante quando questiona se a proibição da censura prévia garante, por si só, a liberdade de expressão. Para

Fábio, a vedação da censura prévia, embora importante, não garante a liberdade de expressão em todos os casos, uma vez que não existe proibição em relação à censura judicial *a posteriori*, que pode ser ainda mais drástica do que a prévia, a depender do caso concreto.

O autor Fábio Leite também fala da necessidade de “decidir os conflitos *inter partes*, mas com uma perspectiva *erga omnes*”, com o objetivo de trazer uma maior segurança jurídica. O julgador, na hora de decidir, deve pensar com eficácia *erga omnes*, ou seja, nas palavras de Leite (2014) “olhar a floresta e não a árvore”. Acrescenta ainda:

Adotar uma perspectiva universalista, onde o direito aplicado num caso deveria valer para todas as situações semelhantes, impõe ao julgador um ônus (desagradável, mas necessário) de considerar aspectos que num caso concreto e isolado têm sua relevância diminuída. Defendo que a perspectiva universalista altera radicalmente o valor atribuído aos direitos em conflito porque obriga o julgador a avaliar (ou avaliar melhor) em que medida um conteúdo deve ser totalmente excluído do debate público (o que é uma responsabilidade considerável a ser assumida) e em que medida certos danos devem ser compreendidos como inevitáveis em qualquer sociedade que se pretenda pluralista. (Leite, 2014).

Desse modo, existindo um conflito, onde “A” chamou “B” de corrupto. O julgador deverá decidir se houve ou não ofensa à honra de “B”, no caso concreto, ou seja, se “A” ofendeu “B”. Todavia, ao tomar tal decisão é necessário que o juiz leve em consideração possíveis “C”, “D”, “E” etc.. É preciso pensar em outras situações semelhantes que possam surgir. No final das contas, o mais importante é responder o seguinte: chamar de corrupto, pode ou não pode?

No capítulo seguinte, trataremos de dois casos, “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No primeiro caso, o STJ aplicou o “direito ao esquecimento” (inserido na esfera dos direitos da personalidade), o que não ocorreu em relação ao segundo caso. Ambos os casos envolvem o conflito entre liberdade de expressão e o “direito ao esquecimento”.

3. O “direito ao esquecimento” no Brasil e o posicionamento do STJ nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”

O “esquecimento” é um tema um tanto recente no Brasil, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicado pela primeira vez o direito em questão somente no ano de 2013⁸. Como já foi dito, dois casos foram julgados, no mesmo dia, pelo STJ (casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”⁹), mas somente no primeiro caso foi privilegiado o direito ao esquecimento em detrimento da proteção da liberdade de expressão. Tais casos serão tratados de forma mais detalhada no decorrer deste capítulo.

O direito em questão não está posto na nossa Constituição Federal de 1988, pelo menos não de forma explícita. Todavia, José Barros Correia Junior e Lucas Galvão explicam que o direito ao esquecimento está ligado ao direito à intimidade, imagem, vida privada e à própria dignidade da pessoa humana, encontrando guarida, portanto, no art. 5º, X, da Carta Magna (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 29). E mais, segundo os autores, o Código Civil Brasileiro também assegura, de certa forma, o direito ao esquecimento em seu art. 20 (embora não faça uso da expressão) quando autoriza, por exemplo, que a pessoa requeira a proibição da divulgação de sua imagem, sempre que lhe atingir a honra (Correia Junior & Galvão, 2015, p. 29).

Alguns doutrinadores, a exemplo de Guilherme Martins, entendem que o direito ao esquecimento deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, IV, da CF (Martins, 2017, p. 67). O referido autor aproveita para lembrar que a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), no seu art. 7º, X, dispõe sobre uma espécie de direito ao esquecimento, “assegurando ao titular dos dados pessoais o direito de solicitar sua exclusão definitiva ao término da relação entre as partes” (Martins, 2017, p. 73 e 74).

⁸ STJ, Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ (“caso Chacina da Candelária”) – 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013.

⁹ STJ, Recurso Especial nº. 1.335.153 (“caso Aída Curi”) – 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013.

Durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado nº. 531, nos seguintes termos: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”. Vale ressaltar que o próprio Conselho da Justiça Federal esclareceu que não se pretende com o direito ao esquecimento apagar fatos do passado, mas sim possibilitar o debate sobre o uso desses fatos. Tal informação pode ser constatada na própria motivação do enunciado, conforme segue:

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. (BRASIL, CJF, Enunciado nº. 531, 2013).

Da justificativa transcrita acima se extrai que o direito ao esquecimento não tem a pretensão de reescrever a história. Sendo assim, o objetivo é o controle sobre os dados, sobre o uso que é feito das informações. Este seria o espaço de aplicação do direito ao esquecimento.

A advogada colombiana Catalina Botero, ex- relatora especial para liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos), quando perguntada, em entrevista, se o direito ao esquecimento vem sendo usado como mecanismo de censura nos países da América Latina, afirmou que sim, explicando que alguns casos conflituosos podem ser dirimidos com as categorias já existentes no direito, não sendo necessária a criação desse novo direito (esquecimento). Para Botero, o chamado “direito ao esquecimento” funciona como mecanismo de censura:

Em primeiro lugar, o direito ao esquecimento, como direito fundamental, não existe. É uma construção recente, uma categoria ambígua, que efetivamente se presta em alguns países, como o Brasil e o Chile, para decisões que censuram informações que o público tem o direito de conhecer. Em outros, onde não se aceitou a categoria, como a Colômbia e a Argentina, o que acontece é que os casos estão se resolvendo de maneira mais razoável, por exemplo, com a defesa da intimidade e o direito ao bom nome. Eles foram resolvidos com as categorias tradicionais do direito constitucional, sem gerar ações de censura (Botero, 2016).

No Brasil, temos registros de alguns casos que envolvem o direito ao esquecimento, ainda que não seja este o termo usado. A apresentadora de

televisão Xuxa Meneghel procurou a justiça, buscando o esquecimento. A expressão “Xuxa pedófila”, quando digitado na busca do *Google*, é associada à pedofilia¹⁰. No julgamento do recurso¹¹, em 2012, o STJ não acolheu o pleito da apresentadora, considerando o *Google* um mero facilitador da informação (Lima, 2013, p. 277).

Ainda no Brasil, Doca Street, assassino da *socialite* Ângela Diniz, morta nos anos 70, ajuizou ação¹² contra a emissora Rede Globo, com o objetivo de impedir matéria sobre o homicídio. Mais uma vez, trata-se de um caso que envolve o programa “Linha Direta Justiça”. Doca tinha um relacionamento amoroso com a vítima e, após matá-la, alegou que agiu em legítima defesa da honra, tendo sido absolvido. A absolvição provocou a revolta do movimento feminista da época, o que gerou a reabertura do processo e culminou na condenação de Doca.

Anos depois do cumprimento da pena, em 2003, a Rede Globo resolveu recontar o assassinato, de grande repercussão nacional, em seu programa “Linha Direta Justiça”. Liminarmente, Doca conseguiu que o programa não fosse ao ar, tendo a decisão de primeiro grau condenado a emissora a pagar indenização de duzentos e cinquenta mil reais pelos danos causados. Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão, não reconhecendo o direito ao esquecimento do autor da ação. (Lima, 2013, p. 276 e 277).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou pela primeira vez, no ano de 2013, o direito ao esquecimento. Dois recursos especiais sobre o tema, quais sejam Recursos Especiais nºs. 1.334.097 (caso “Chacina da Candelária”) e 1.335.153 (caso “Aída Curi”) foram julgados no mesmo dia, mas só no primeiro caso o STJ aplicou o direito ao esquecimento, enquanto no segundo caso não o aplicou.

A Chacina da Candelária ocorreu na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1993. O crime diz respeito ao assassinato de crianças e adolescentes,

¹⁰ A apresentadora antes de ficar famosa atuou no filme “Amor Estranho Amor”, protagonizando cenas de sexo com menor de idade.

¹¹ STJ, Recurso Especial nº. 1.316.921/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/06/2012.

¹² RJ - Processo 2003.001.103757-4

moradores de rua, cometido por policiais à paisana. Na hora do crime, as vítimas dormiam na frente da Igreja da Candelária, por isso o caso foi apelidado de Chacina da Candelária (Canário, 2013).

Durante as investigações, um cidadão chamado Jurandir Gomes de França foi indiciado como partícipe do crime, tendo sido absolvido por negativa de autoria, pelo Tribunal do Júri, por unanimidade. Pois bem, anos depois, procurado pelo programa televisivo “Linha Direta Justiça”, da emissora Rede Globo, para conceder entrevista sobre o crime, Jurandir não quis gravar depoimento. O programa foi ao ar citando o seu nome, mesmo tendo sido inocentado, fato que provocou a revolta do inocentado, que, então, procurou a Justiça do Estado do Rio de Janeiro para pleitear indenização pelos danos que lhe foram causados. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

A justiça de primeiro grau não acatou o pleito de Jurandir, tendo ele apelado da decisão. Dessa vez, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou a TV Globo a pagar indenização no valor de cinquenta mil reais pelos danos morais que o autor da ação experimentou, argumentando que era possível contar a história sem fazer referência ao nome de Jurandir, tendo a emissora abusado do direito de informar. A discussão chegou ao STJ, que manteve a condenação. Vale ressaltar que o programa foi fiel aos fatos e, inclusive, noticiou também a absolvição de Jurandir. O próprio STJ reconheceu isto na sua decisão (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Já o caso “Aída Curi”, ao contrário, foi considerado inesquecível pelo STJ. Os irmãos de Aída Curi, assassinada no ano de 1958, também ajuizaram ação pleiteando danos materiais e morais contra a emissora Rede Globo. O caso envolve novamente o programa televisivo “Linha Direta Justiça”, que, dessa vez, pretendia contar a história do homicídio da irmã dos autores da ação. Nelson, Roberto, Waldir e Maurício, irmãos de Aída, procurados pelo programa, não manifestaram interesse em sua exibição (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Os autores da ação argumentaram que a história do homicídio de Aída trazia sofrimento para os mesmos. Argumentaram, ainda, que a emissora teria explorado a imagem da falecida visando o mero lucro. O juiz de primeira instância julgou improcedentes os pedidos e a sentença foi confirmada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça. O STJ, por sua vez, diferentemente

do caso “Chacina da Candelária”, não aplicou o “direito ao esquecimento” dos irmãos da vítima. Nesse caso específico, a Quarta Turma privilegiou a liberdade de imprensa, alegando que a matéria foi fidedigna e o crime foi amplamente noticiado no país. Ademais, argumentou-se que não seria possível falar do homicídio em questão sem fazer referência ao nome da vítima (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013). O caso em questão é objeto de Recurso Extraordinário, com repercussão geral, pendente de julgamento pelo STF.

A seguir os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” serão analisados de forma mais detalhada.

3.1. A escolha dos casos

Os casos que serão analisados neste trabalho foram escolhidos a partir da realização de uma pesquisa no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça¹³. A busca foi feita da seguinte forma: no período compreendido entre os meses de Janeiro e Março de 2017, a expressão “direito ao esquecimento” foi lançada no mecanismo de busca do *site*.

Na lista de resultados, foram encontrados 26 (vinte e seis) acórdãos. Todas as ementas foram lidas, sendo que em alguns casos foi preciso verificar o inteiro teor da decisão, já que da simples leitura da ementa não era possível saber se o caso de fato envolvia o chamado “direito ao esquecimento”. Dos 26 (vinte e seis) acórdãos encontrados, 17 (dezesete) foram descartados por não tratarem efetivamente do tema pesquisado.

A maioria desses 17 (dezesete) acórdãos tratava de produção antecipada de provas. Um dos casos, por exemplo, envolvia policiais que eram testemunhas e que, por estarem em contato com o crime diariamente e com situações parecidas com a que viveram outrora, corriam o risco de esquecer ou fazer confusão com os fatos a serem narrados em depoimento e, portanto, requereram antecipação de provas.

¹³ O levantamento descrito foi realizado pelo aluno-pesquisador Daniel Daher, integrante do programa PIBIC-UNICAP, que estuda o direito ao esquecimento sob a orientação do Professor Gustavo Ferreira Santos.

Alguns acórdãos constaram na lista de resultados da pesquisa, pois as palavras “direito” e “esquecimento” apareciam em suas ementas, porém em nada se relacionavam com o tema abordado neste trabalho.

Dessa forma, foram selecionados 9 (nove) acórdãos que tratavam efetivamente sobre o suposto “direito ao esquecimento”. Entre eles, se destacaram dois casos, julgados no mesmo dia, com fundamentações bastante semelhantes, mas com soluções diversas. Os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” foram escolhidos para serem estudados neste trabalho por dois motivos. Em primeiro lugar, o STJ aplicou pela primeira vez o direito ao esquecimento em um dos casos (“Chacina da Candelária”). Em segundo lugar, os casos são semelhantes, os argumentos usados nas decisões foram os mesmos, mas as soluções encontradas foram diferentes, tendo em vista que o STJ considerou o caso “Aída Curi” inesquecível, aplicando o direito ao esquecimento apenas no caso “Chacina da Candelária”. Tudo isso me intrigou.

3.2. Caso “Chacina da Candelária” (Recurso Especial nº 1.334.097/RJ)

Primeiramente, é importante esclarecer que, neste capítulo, se pretende fazer um estudo sobre dois julgados do STJ (casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”). Como já foi dito, ambos os casos envolvem o conflito entre a liberdade de comunicação e o chamado “direito ao esquecimento”. Tratam do reconhecimento deste direito no âmbito televisivo, como veremos a seguir.

Antes de partir para analisar o caso “Chacina da Candelária” no STJ (REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013), julga-se necessário falar um pouco sobre o crime em si. A Chacina da Candelária diz respeito ao assassinato, ocorrido na década de 90, de oito jovens, de acordo com os dados da Anistia Internacional. Desses oito jovens alvejados e mortos covardemente, seis deles eram menores de 16 anos. Na data da chacina, em 23 de julho de 1993, mais de 50 crianças e jovens dormiam na frente da Igreja da Candelária, no centro da cidade do Rio de Janeiro (Anistia Internacional, 2013).

Ainda de acordo com os dados encontrados no *site* da Anistia Internacional, sabe-se que três pessoas foram responsabilizadas pelo

massacre. A investigação do crime foi bastante conturbada, contando com a absolvição de seis pessoas apontadas como suspeitas na época do crime. É importante ressaltar que os sobreviventes da chacina foram perseguidos após o crime. Wagner dos Santos, uma das testemunhas do crime, por exemplo, precisou sair do país, após sofrer um segundo atentado em 1994. (Anistia Internacional, 2013).

Outro sobrevivente da chacina, Sandro Barbosa do Nascimento, foi assassinado no ano de 2000, quando sequestrou um ônibus na cidade do Rio de Janeiro.¹⁴ O jovem foi alvejado pela polícia, após tentar assaltar um ônibus fazendo os passageiros de reféns. Foi assassinada também no ano de 2000, dias antes de prestar depoimento em um processo contra policiais, a sobrevivente do massacre da Candelária, Elizabeth Cristina de Oliveira Maia, não tendo o Estado apontado o responsável pela sua morte (Anistia Internacional, 2013).

Como é possível perceber, o crime ora analisado é muito complexo. Em primeiro lugar, pela quantidade de vítimas, mais de 50 crianças e jovens. Vale dizer, jovens pobres e moradores de ruas. No Brasil, os assassinatos desse tipo, em regra, são “empurrados para debaixo do tapete”, empurrados para o “esquecimento”.

Em segundo lugar, é complexo pela investigação policial conturbada, em que três policiais militares foram condenados e seis outros suspeitos foram absolvidos. Em que pese referidas absolvições, segundo as informações constantes no site da Anistia Internacional, existiam indícios preocupantes de envolvimento de algumas dessas pessoas.

Em terceiro lugar, pelo fato de outros crimes terem ocorridos desde o dia do massacre da Candelária, com característica de “queima de arquivo”. Como foi dito, os sobreviventes, principais testemunhas da chacina, foram perseguidos após o crime.

Passaremos agora a tratar do Recurso Especial, julgado pelo STJ, referente ao reconhecimento de um suposto “direito ao esquecimento”, alegado por um dos suspeitos da chacina, Jurandir Gomes de França.

¹⁴ Tal crime é retratado no filme “Ônibus 174”.

Pois bem, Jurandir foi indiciado na época do crime como coautor dos homicídios, mas foi absolvido pelo Tribunal do Júri, por negativa de autoria. Anos depois do acontecimento do crime, Jurandir foi procurado pelo programa “Linha-Direta Justiça”¹⁵, da emissora Rede Globo, para falar sobre a chacina. Na oportunidade, o absolvido manifestou não ter interesse em conceder entrevista, nem muito menos gostaria de ter a sua imagem veiculada ao crime, mesmo que a emissora mencionasse a sua absolvição. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

No entanto, no ano de 2006, a referida emissora de televisão levou ao ar o programa “Linha-Direta Justiça”, que contou como se deu a sequência de homicídios ocorridos na frente da Igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, apontando Jurandir como um dos suspeitos de ter cometido o crime, não deixando de mencionar, no entanto, a sua posterior absolvição. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Inconformado com a veiculação de seu nome e imagem como chacinador, pleiteou indenização por danos morais, alegando que a exibição do programa lhe causou prejuízos, uma vez que passou a ser odiado pelos vizinhos da sua comunidade, tendo sido obrigado, inclusive, a mudar de endereço, pois foi ameaçado pelos traficantes com desejo de fazer “justiça”. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Em primeira instância, foi indeferido o pleito de Jurandir, pois o juízo privilegiou o interesse público da notícia.¹⁶ No entanto, em sede de apelação¹⁷, a sentença foi reformada, ficando estabelecido que o programa “Linha-Direta Justiça” teria abusado do direito de informar, uma vez que seria “possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção do seu nome” (SJT, REsp. nº 1.334.097/RJ, 2013).

¹⁵ O “Linha-Direta” era um programa policial, que narrava os crimes, fazendo simulação com atores. Ao final do programa, eram apresentados fotografias ou retratos falados dos criminosos foragidos e disponibilizado um número de telefone para que os telespectadores informassem pistas sobre o paradeiro dos procurados da Justiça. O “Linha-Direta Justiça”, por sua vez, era uma série especial que se dedicava a contar crimes que tiveram grande repercussão no país.

¹⁶ Processo nº. 2012/0144910-7

¹⁷ Apelação nº. 2008.001.48862, 16ª Câmara Cível, TJ-RJ.

Portanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora tenha reconhecido, como é possível extrair da leitura da ementa ¹⁸, o direito e o dever da imprensa de recontar os acontecimentos que marcaram a História, considerou mais importante, no caso concreto, o direito à felicidade de Jurandir, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alegando, ainda, que o crime poderia ter sido contado sem que fosse feita referência alguma ao sujeito absolvido.

Embargos Infringentes e Embargos de Declaração foram opostos, não sendo acolhidos. Dessa forma, a emissora Rede Globo resolveu recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, alegando ser lícita a exibição do programa, que se prestou a recontar um crime de grande repercussão no país.

Para a recorrente, é comum a existência de programas policiais que se destinam a contar casos célebres, referentes a crimes que marcaram a sociedade. Ademais, os fatos que foram veiculados no programa já eram públicos. Inclusive, vale frisar, nada foi inventado ou ocultado pela edição do programa. A absolvição de Jurandir, por exemplo, foi devidamente divulgada na exibição do episódio do programa jornalístico. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

A emissora, nas suas razões, explicou que uma das marcas do crime foi a incompetente e conturbada investigação policial. Portanto, não faria sentido contar a história pela metade, ocultando os suspeitos que foram absolvidos.

¹⁸ Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal.

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

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

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

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

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

Uma vez feitas breves considerações sobre o crime em si e sobre o Recurso Especial nº. 1.334.097, em que a emissora Rede Globo pediu que o STJ reformasse a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reconheceu o “direito ao esquecimento” de um dos suspeitos de ter cometido o massacre da Candelária, passaremos a analisar o segundo caso julgado pelo STJ (caso “Aída Curi”), que também envolve a questão do “esquecimento”. No final deste capítulo, será feita uma análise dos argumentos utilizados pelo Tribunal Superior, no julgamento dos Recursos Especiais, para apoiar as duas decisões.

3.3. Caso “Aída Curi” (Recurso Especial nº. 1.335.153/RJ)

Neste caso, também foi feita a opção de fazer, de início, algumas considerações referentes ao crime em si, o homicídio de Aída Curi. Depois, passaremos a analisar o REsp nº. 1.335.153/RJ, em que os irmãos da vítima pleitearam o reconhecimento do “direito ao esquecimento”.

O assassinato de Aída Curi ocorreu na década de 50, mais especificamente no ano de 1958. Aída era filha de um casal de imigrantes sírios e tinha 4 irmãos, Nelson, Roberto, Waldir e Maurício. Em 14 de julho de 1958, aos 18 anos de idade, o corpo dela foi atirado do 12º andar do Edifício Rio Nobre, localizado no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro (Bayer, 2015).

A jovem voltava para casa, acompanhada da colega Ione Arruda Gomes, após uma aula do curso de datilografia. No caminho, antes de pegar o ônibus, as meninas foram abordadas por alguns jovens, que tentaram iniciar um diálogo. Aída não teria dado conversa aos rapazes, motivo pelo qual resolveram tomar os seus pertences, bolsa e a caixa dos óculos. Inconformada, a garota foi atrás dos rapazes, os quais se esconderam na recepção de um prédio. Naquela oportunidade, Aída foi puxada a força para dentro do elevador, tendo sido levada até o 12º andar do edifício. No apartamento 1201, em construção, ela foi vítima de violência e teve seu corpo atirado na Avenida Atlântica (Bayer, 2015).

De acordo com Diego Bayer, na década de 50, alguns jovens de classe média, inspirados pela violência dos filmes estadunidenses, resolveram formar gangues e praticar atos fora da lei (Bayer, 2015). Para Bayer (2015), o crime pode ter sido cometido por alguns desses jovens formadores da chamada “juventude transviada”.

Outra versão para o crime é a de que Aída teria subido no prédio espontaneamente, uma vez que teria sido convidada a subir para admirar a vista da praia, não tendo objetos subtraídos pelos rapazes. Ronaldo Guilherme de Souza, de 19 anos, e Cássio Murilo Ferreira, de 17 anos, confessaram que tentaram despir Aída, que acabou entrando em desespero e pulando do terraço. O porteiro do edifício, Antônio João de Souza, teria ficado escondido observando tudo o que acontecia (Bayer, 2015).

Considerando que o crime aconteceu na década de 50, é perfeitamente possível que os próprios familiares, na tentativa de proteger a honra da vítima, tenham preferido encobrir a informação de que ela teria ido acompanhar os rapazes de forma espontânea, por temer os julgamentos de uma sociedade patriarcal e machista. O mesmo vale para a informação do estupro. Na verdade, ainda hoje, uma boa parte das vítimas de crimes sexuais acabam não denunciando o crime por vergonha.

A perícia só foi chamada três horas depois do ocorrido, o que pode ter levado ao comprometimento da cena do crime. O laudo do IML revelou que não houve abuso sexual e que a vítima teria morrido virgem. Na realidade, percebeu-se a tentativa de enquadrar os fatos como suicídio. No entanto, o corpo da vítima estava marcado por agressões, o que descartaria a hipótese de suicídio. Na verdade, a hipótese de suicídio foi descartada desde o início pelo perito Seraphim da Silva Pimentel, que mais tarde foi substituído por outro profissional vinculado à família de um dos acusados, conforme relatos dos familiares de Aída (Bayer, 2015).

A imprensa da época teria exercido um importante papel, na medida em que pressionou a Polícia e a Perícia Criminal, buscando a elucidação do crime. Tal crime ficou nacionalmente conhecido.

As reais circunstâncias da morte de Aída, até hoje, não foram esclarecidas. Na época, Ronaldo Guilherme, Cássio Murilo e Antônio João foram apontados como responsáveis pelo crime. Durante as investigações, foi

realizada uma reconstituição do assassinato da jovem. A morte trágica de Aída causou grande comoção social na época. Inclusive, foram necessários vários policiais durante a reconstituição para garantir a integridade física dos acusados, uma vez que a população estava indignada com um crime tão bárbaro. Os três envolvidos foram denunciados por homicídio doloso, tentativa de estupro e atentado violento ao pudor (Bayer, 2015).

O caso, de tão conturbado, contou com três julgamentos. Um dos suspeitos, Ronaldo Guilherme, chegou a ser impronunciado. Para o juiz Sousa Neto, tinha ficado provado nos autos que Ronaldo tentou fazer sexo com a vítima, que não aceitou. Diante de tal fato, Ronaldo se “aborreceu” e deu uma tapa no rosto da vítima, deixando o prédio (Bayer, 2015).

Esta decisão foi fortemente contestada pela imprensa, o que levou à sua anulação. Foi realizado um julgamento, tendo a defesa de Ronaldo Guilherme sustentado que a vítima teria pulado do prédio. Os acusados foram condenados (Ronaldo foi condenado a 37 anos e Antônio João a 30 anos de prisão), exceto Cássio que era inimputável, pois era menor de idade (foi encaminhado ao Sistema de Assistência ao Menor – SAM). Mais tarde, surgiu uma nova prova, a “testemunha de preto” (dona Lecy Gomes Lopes), que afirmava ter visto Ronaldo Guilherme namorando com uma moça na orla da praia no momento em que o corpo de Aída caiu na avenida (Bayer, 2015).

Na época, chegou-se a dizer que o pai de Ronaldo Guilherme teria contratado a “testemunha de preto”, para servir de álibi do filho. A testemunha entrou em contradição com o depoimento do próprio acusado. Em março de 1959, houve outro julgamento, em que Ronaldo Guilherme e Antônio João foram absolvidos. No entanto, o Ministério Público conseguiu a anulação e, no novo julgamento, Ronaldo Guilherme foi condenado a 8 anos e 9 meses de prisão. O porteiro foi absolvido no segundo julgamento, não tendo participado do terceiro, tendo sumido no mundo desde então (Bayer, 2015).

Como é possível observar das narrativas acima, o crime em questão, até hoje, não foi esclarecido plenamente. São muitas versões que rondam o assassinato de Aída. O crime é marcado por uma série de contradições e elementos-surpresa, como é o caso da “testemunha de preto”. Parece que nem mesmo a reconstituição e os vários julgamentos foram suficientes para elucidar o que de fato ocorreu na noite de 14 de julho de 1958.

Feitas algumas considerações sobre o assassinato de Aída Curi, passaremos a analisar o REsp nº. 1.335.153/RJ (caso “Aída Curi”). Antes de mais nada, vale dizer que o caso ora analisado é bem semelhante ao caso “Chacina da Candelária” (REsp. nº. 1.334.097-RJ), no seguinte sentido: ambos os casos envolvem o programa “Linha-Direta Justiça” e o reconhecimento de um suposto “direito ao esquecimento”.

Os irmãos de Aída, Nelson, Roberto, Waldir e Maurício, foram procurados pelo programa “Linha-Direta Justiça”, da emissora Rede Globo. Naquela oportunidade, foram informados da pretensão da emissora de recontar o assassinato da irmã deles. Os irmãos se manifestaram contra a veiculação do programa, pois recontar o caso reabriria antigas feridas. No entanto, o programa foi ao ar, mesmo sem o consentimento dos irmãos da vítima. (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ,2013)

Nelson, Roberto, Waldir e Maurício pleitearam indenização por danos morais, materiais e à imagem. Para eles, ficou claro o objetivo da emissora de obter lucro com a exploração da imagem de Aída. (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

O juiz de primeira instância julgou improcedentes os pedidos, tendo o Tribunal mantido a sentença de primeiro grau. Da leitura da ementa¹⁹, é

¹⁹ INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça".

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (fls. 974-975).

possível extrair que o Tribunal considerou serem os fatos divulgados no programa televisivo de conhecimento público, bastante divulgados pela imprensa no passado e, portanto, não caberia falar em ofensa à honra da vítima. Ademais, afirmou que a Constituição Federal garante a liberdade de comunicação, sendo cabível a indenização apenas quando se constatar, no caso concreto, ofensa à honra ou à imagem da pessoa. (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Os irmãos opuseram embargos de declaração, mas foram rejeitados. Inconformados, resolveram recorrer ao Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial, os irmãos pediram o reconhecimento de um suposto “direito ao esquecimento” em relação ao assassinato de Aída, pois o crime teria marcado negativamente o passado da sua família, lhes causando muita dor.

A seguir, passaremos a analisar em que termos o Superior Tribunal de Justiça julgou os recursos tratados neste capítulo. Ou seja, serão observadas as razões que apoiaram a decisão do Tribunal Superior, no julgamento dos recursos, envolvendo a liberdade de comunicação e o “direito ao esquecimento”.

3.4. O STJ e o julgamento dos recursos

Neste subcapítulo pretende-se analisar as decisões do STJ nos recursos especiais, referentes aos pedidos de reconhecimento do “direito ao esquecimento” nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”. Primeiramente, será feita a análise do julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097/RJ (caso “Chacina da Candelária”), em que o STJ aplicou o direito ao esquecimento. Depois, será analisada a decisão do Recurso Especial nº. 1.335.153/RJ (caso “Aída Curi”).

No julgamento do primeiro caso citado acima, o STJ adotou a tese que afirma não ser absoluta a liberdade de expressão, encontrando limites, como “o compromisso ético com a informação verossímil”, “a preservação dos chamados direitos da personalidade” e “a vedação de veiculação de crítica

jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa” (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

No julgado, o Superior Tribunal deixou claro que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Para o STJ, a liberdade de expressão não tutela, por exemplo, o jornalista que publicou reportagem com a única e exclusiva finalidade de denegrir a honra de uma pessoa. Isso não significa dizer, vale ressaltar, que as reportagens que acabam denegrindo a honra de alguém não estão protegidas pelo direito à livre expressão e comunicação. Na verdade, o que não está protegido é uma matéria jornalística que só tenha esta finalidade, a de ofender.

Pensamento em sentido contrário seria muito perigoso. Uma reportagem sobre corrupção, por exemplo, dificilmente poderia ser veiculada, já que a honra de alguém (o corrupto) acaba sendo atacada. Portanto, uma matéria jornalística pode acabar denegrindo a imagem de alguém, mas esse não pode ser o seu único objetivo, ou seja, deve existir um interesse maior.

Como já dito neste trabalho, a liberdade de comunicação deve respeitar o requisito da verdade subjetiva (diz respeito ao comportamento do comunicador, que deve ser cuidadoso quando for apurar e divulgar a notícia). Sendo assim, embora não se exija uma verdade objetiva, absoluta, incontestável, o jornalista também não pode ser leviano. O STJ adotou esse entendimento no julgamento ora analisado.

Na decisão em questão, o direito ao esquecimento é conceituado como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado” (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013). Este conceito será analisado mais na frente.

O STJ cita, no julgamento, o Enunciado nº. 531 (também já citado neste trabalho) da VI Jornada de Direito Civil para afirmar que a tese do direito ao esquecimento vem ganhando força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013). A referida norma estabelece que a proteção da dignidade da pessoa humana inclui o direito ao esquecimento. Na justificativa do enunciado, no entanto, afirma-se que o direito ao esquecimento não representa um direito de reescrever a história.

O Tribunal Superior optou por excluir da decisão a questão do reconhecimento do direito ao esquecimento no âmbito da Internet, se limitando a analisar a aplicação deste direito apenas no âmbito televisivo. Para o STJ, a ideia do direito ao esquecimento se torna muito mais complexa no ciberespaço, pois, como já dito anteriormente, a Internet tem o poder de eternizar as informações, sendo responsável por lembrar aquilo que seria possivelmente esquecido pelo processo biológico comum (STJ REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Nesse sentido, o STJ acredita que a aplicação do direito ao esquecimento na Internet é mais complexa que na mídia televisiva, por exemplo, e, portanto, precisa de um debate mais específico.

Contra a tese do direito ao esquecimento, o Tribunal Superior levantou, na sua decisão, as seguintes afirmações:

i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) 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 aquela relação não existe – um “delírio da modernidade”; v) 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 de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinatos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Ao tratar da liberdade de comunicação, o STJ reconhece a importância desta para a democracia, mas afirma que, em que pese nossas experiências passadas marcadas pela censura, a imprensa não está livre de regras. Dessa forma, reconhece que o direito à liberdade de comunicação não é absoluto, afirmando o seguinte: “não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana” (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Portanto, assim como a doutrina, o STJ também aponta limites para a liberdade de expressão, como a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem das pessoas. A Constituição Federal de 1988 tutelou o direito à liberdade de expressão, mas também tutelou o direito à privacidade, honra e imagem. Vale ressaltar que o Tribunal Superior analisou o recurso especial em questão considerando essa dupla tutela. No entanto, afirmou, de plano, que em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos personalíssimos, “há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, devendo sempre ser observadas as particularidades do caso concreto (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Veremos que essa suposta preferência indicada pelo STJ foi alvo de muitas críticas. Inclusive, teses em sentido contrário sustentam que o Supremo Tribunal Federal reconhece uma posição preferencial para a liberdade de expressão.²⁰

Mas, voltando para o julgado, o Superior Tribunal utiliza a dignidade da pessoa humana para sustentar a predileção que foi indicada. Afirma que, embora a Constituição tenha conferido status de direito fundamental para a liberdade de expressão, o princípio da dignidade da pessoa humana vem muito antes, como fundamento da República. O STJ sustenta, com base na dignidade da pessoa humana, que o homem em si é muito mais importante do que qualquer coisa criada por ele (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Sobre isto, vale fazer uma crítica. O que ocorre é que o princípio da dignidade humana não está dissociado do direito à liberdade de expressão. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da liberdade de comunicação, como já foi exposto neste trabalho.

A questão do comprometimento da História também foi abordada na decisão. O STJ reconheceu que a História da sociedade é patrimônio imaterial

²⁰ O Ministro Carlos Brito, na ADPF 130, afirmou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu”. Na ADPF 187, o Ministro Luiz Fux, por sua vez, averbou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso prima facie maior”, em razão da sua “preeminência axiológica” sobre outras normas e direitos. O ministro Luís Roberto Barroso afirmou, na Rcl. 18638/MC, que “as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”.

do povo. Dessa forma, afirmou que acontecimentos criminosos ou não podem entrar para a História, devendo ser lembrados pelas futuras gerações (REsp, nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Como já foi dito anteriormente, parece que o problema do Brasil é a falta de memória e não o excesso dela. Lembrar é importante para que erros passados não se repitam mais. Nesse sentido, são as lições de *Reyes Mate* sobre a justiça anamnética, que compreende a memória como um “ato de justiça” (Mate, 2003, p. 118).

O STJ reconheceu a importância de proteger a lembrança dos fatos que fazem parte da História da sociedade, mas também alertou para a existência de acontecimentos tidos como artificialmente históricos, na verdade produto da exploração da mídia, concluindo que a historicidade de um crime não pode constituir óbice ao reconhecimento dos direitos da personalidade:

Com efeito, penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime a as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado (REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Portanto, para o Superior Tribunal de Justiça, não só a historicidade do fato deve ser levada em consideração no julgamento, mas também a artificiosidade que pode existir naquele fato.

Dando continuidade à análise da decisão, é possível observar que o STJ reconheceu a existência de interesse público nos crimes de ação penal pública, todavia distinguiu o interesse público do “interesse do público”. De acordo com o Tribunal Superior, a ideia de que o interesse público de noticiar um crime deve sempre prevalecer sobre o direito à privacidade afronta a Constituição Federal. Para embasar esse pensamento, cita-se na decisão o art. 5º, LX, da CF, que prevê restrição à publicidade dos atos processuais quando necessário para proteger a intimidade (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Na verdade, parece que o STJ quer, com o pensamento exposto acima, recriminar a divulgação de notícias que são movidas por sentimentos de desmoralização e crucificação precoce do criminoso perante a sociedade.

Na decisão, considera-se razoável restringir a publicidade do processo para proteger a pessoa, sendo suficiente dar publicidade apenas ao

juízo. Para o STJ, o interesse público existente no delito desaparece com o cumprimento da pena ou quando o sujeito é absolvido. Da mesma forma, a informação relativa ao crime deixa de ter importância (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

O Tribunal Superior afirma, na decisão em questão, que a doutrina reconhece, quando existe o confronto, uma prioridade do direito ao esquecimento dos condenados em detrimento ao direito de informação. Na verdade, esta seria a regra. O fato de o delito ter entrado para a história seria a exceção, mas, mesmo assim, de acordo com o STJ, sempre que possível, o nome dos envolvidos devem ser preservados (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Nesse sentido, o STJ acredita que o reconhecimento do direito ao esquecimento da pessoa condenada ou absolvida representa uma “evolução humanitária e cultural da sociedade”, tendo o ordenamento jurídico, entre a memória e a esperança, optado pela esperança (STJ, REsp. nº.1.334.097/RJ, 2013).

O STJ afirmou o direito ao esquecimento como um “direito à esperança”, todavia não conceituou exatamente em que consiste este direito, tendo, por esse motivo, recebido várias críticas, uma vez que a expressão “direito à esperança” é muito vaga.

Outro ponto enfrentado, no julgamento do recurso ora analisado, foi a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento no direito brasileiro. O STJ mencionou alguns casos da jurisprudência comparada, como os casos *Melvin vs. Reid* (Califórnia) e *Lebach* (Alemanha), ambos já mencionados no primeiro capítulo deste trabalho (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Vale ressaltar que o STJ mencionou, no julgamento do recurso, o caso *Lebach*, que reconheceu o direito ao esquecimento de um cidadão envolvido em um crime, todavia não mencionou o caso *Lebach II*, que negou, anos depois, o reconhecimento deste direito. Inclusive, no *Lebach II*, o documentário que tratou do crime foi veiculado na televisão e o direito ao esquecimento não foi aplicado.

Foi além, afirmando (o STJ), depois de citar os referidos casos alemão e americano, não ter dúvidas quanto à aplicabilidade do direito ao esquecimento no âmbito estrangeiro e brasileiro também. Para o Tribunal Superior, é

perfeitamente possível que uma notícia lícita se torne ilícita com o decorrer dos anos (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

O STJ afirmou que a notícia falsa constitui obstáculo à liberdade de comunicação, o que não significa dizer que a notícia verdadeira não encontra limite algum. (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013). Ou seja, não basta que a informação veiculada seja verdadeira, pois existem outros requisitos.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reconheceu o direito ao esquecimento, foi confirmado pelo nosso Superior Tribunal de Justiça. Embora tenha reconhecido, no julgamento do recurso, a importância histórica da Chacina da Candelária, que revelou um problema sério que assombra o nosso país (o descaso com os direitos humanos), julgou que o crime poderia ser contado, no programa televisivo, sem a necessidade de fazer referência ao nome e sem veicular a imagem do inocentado. A liberdade de comunicação estaria garantida e o sujeito não teria sua honra atingida (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Sendo assim, em que pese o STJ ter reconhecido que o programa televisivo não faltou com a verdade ao narrar os fatos, negou provimento ao recurso especial, reconhecendo o direito ao esquecimento e mantendo, portanto, o acórdão que condenou a emissora Rede Globo ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A partir deste ponto, passaremos a analisar a decisão do STJ no REsp. nº. 1.335.153/RJ, referente ao caso “Aída Curi”. Os dois recursos (casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) foram julgados no mesmo dia e têm uma fundamentação bastante semelhante, embora as decisões tenham indicado caminhos diferentes.

O caso Aída Curi, assim como ocorre no caso que acabou de ser analisado, também envolve a questão da ausência da contemporaneidade da notícia. Os irmãos da vítima alegaram que a emissora Rede Globo abriu antigas feridas referentes ao assassinato de Aída, quando resolveu recontar o crime no seu programa “Linha-Direta Justiça”.

No julgamento do recurso agora em análise, também foi citado o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013). O STJ faz referência ao enunciado para afirmar que a tese do direito ao esquecimento vem ganhando espaço na doutrina nacional e estrangeira.

Neste julgamento, o STJ também excluiu da análise a aplicação do direito ao esquecimento na Internet, se limitando a analisar o reconhecimento do referido direito apenas na mídia televisiva (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Ressaltou, como fez no julgamento analisado anteriormente, a importância do direito à liberdade de expressão para a democracia, afirmando que não se trata de um direito absoluto. Ou seja, neste caso o STJ também analisou a liberdade de expressão considerando a dupla tutela constitucional, que protege também os valores relacionados à pessoa humana (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

No julgamento agora em questão, o STJ também afirmou que, no conflito entre a liberdade de expressão e comunicação e os direitos da personalidade, existe uma inclinação ou preferência constitucional para as soluções que protegem a pessoa humana. Destacou, ainda, a importância de lembrar dos fatos que entraram para a História da sociedade (preservação da História), mas sem esquecer de aferir na análise se existe artificialidade, que é quando um fato é, na verdade, forçosamente histórico (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Na decisão agora em comento, também foi feita a distinção entre interesse público e “interesse do público”, entendendo o STJ que, embora exista interesse público no crime de ação penal pública, não é sempre que este interesse vai prevalecer sobre o direito à privacidade dos envolvidos. De acordo com o Tribunal Superior, basta que o julgamento seja público, sendo devido, sempre que necessário, restringir à publicidade dos atos processuais para preservar a pessoa humana (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Até agora, as decisões dos recursos aqui analisados (casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) são idênticas, como foi possível observar. Todavia, já foi dito que, no caso “Aída Curi”, o STJ não aplicou o direito ao esquecimento.

A partir de então passaremos a analisar as particularidades do julgamento do caso considerado “inesquecível” para o STJ. Em primeiro lugar, cabe destacar que os irmãos de Aída Curi, além de pleitear o reconhecimento do chamado “direito ao esquecimento”, pediram também indenização por dano

material, pois alegaram que a emissora Rede Globo explorou a imagem de Aída com o único objetivo de lucrar.

Na decisão, o STJ afirmou que, assim como o sujeito que cumpriu sua pena ou foi absolvido tem o direito de ter o seu nome e a sua imagem desvinculados dos fatos em que se envolveu, os familiares da vítima de um crime, com mais razões ainda, também têm direito ao esquecimento. Inclusive, o direito ao esquecimento do ofendido ou dos seus parentes também pode ser restringido em razão da historicidade do fato que se pretende esquecer (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

No caso Aída Curi, o STJ considerou impraticável narrar o crime de repercussão nacional sem falar da vítima e, portanto, não aplicou o direito ao esquecimento pleiteado pelos irmãos de Aída. Ademais, afirmou que não foi detectada, no caso concreto, artificialidade. Todas as informações sobre o crime que foram utilizadas no programa “Linha-Direta Justiça” eram públicas (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Outro ponto interessante da decisão é a afirmação do STJ de que o reconhecimento do direito ao esquecimento não gera necessariamente o dever de indenizar, precisando existir, no caso concreto, a violação de direitos (ilicitude), onexo causal e o dano, para surgir a obrigação de indenizar (STJ, REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Mais um ponto da decisão merece ser destacado. O Superior Tribunal disse que a dor dos familiares da vítima, com o passar do tempo, tende a diminuir. Dessa forma, a notícia sobre um crime que aconteceu no passado (1958) não causaria mais o mesmo abalo (REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013).

Sobre o uso da imagem da vítima com fins comerciais, o STJ entendeu não ser o caso, pois a imagem da vítima só foi veiculada uma vez (uma única fotografia) durante o programa, que se utilizou de atores para fazer a reconstituição do crime (STJ, REsp. 1.335.153/RJ, 2013).

Nesse sentido, o STJ negou provimento ao recurso, considerando o caso inesquecível. Contra ambas as decisões aqui analisadas, foram interpostos recursos para o Supremo Tribunal Federal, distribuídos aos Ministros Celso de Mello (Caso “Chacina da Candelária”, Agravo em Recurso Extraordinário nº. 789.246) e Dias Toffoli (caso “Aída Curi”, Agravo em Recurso Extraordinário nº. 833.248), que ainda estão pendentes de julgamento pelo

órgão supremo. No próximo capítulo, passaremos a analisar as consequências que as decisões do STJ, nos dois julgados, trazem para o Direito.

4. Repercussões sobre o posicionamento do STJ quanto à aplicabilidade do “direito ao esquecimento”

4.1. Os impactos causados pelas decisões do STJ nos Casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”

As decisões do STJ que acabaram de ser observadas no capítulo anterior foram alvos de várias críticas. Neste subitem, pretende-se demonstrar o conteúdo dessas críticas.

Em primeiro lugar, o Superior Tribunal de Justiça conceituou o chamado “direito ao esquecimento” como um direito que a pessoa tem de não ser lembrada por fatos desagradáveis que ocorreram no seu passado. Tal conceito foi fortemente criticado, por se tratar de um conceito muito amplo, indeterminado.

Na verdade, de acordo com os ensinamentos de Daniel Sarmiento, o reconhecimento do direito ao esquecimento nesses termos alargados representa uma afronta à Constituição Federal de 1988, que tanto se preocupou com a tutela da liberdade de expressão (Sarmiento, 2015, p. 5). Como já mencionado nesse trabalho, a nossa Constituição foi fruto de uma abertura política que encerrou a ditadura civil-militar, fortemente marcada pela censura.

No mesmo sentido, Gustavo Binbenbojm faz uma alerta sobre os perigos de se reconhecer o direito ao esquecimento em termos tão largos, explicando que o direito em questão vai poder ser invocado por qualquer motivo, sempre que alguém se sentir atingido, colocando em risco a veiculação de notícias de interesse público e com conteúdo histórico (Binbenbojm, 2014). Ou seja, em algumas situações a causa usada para se pleitear o direito ao esquecimento pode não ser nobre e a memória coletiva pode restar comprometida.

As restrições a direitos fundamentais devem obedecer às exigências de clareza e determinabilidade, pois, do contrário, fica complicado deter a discricionariedade dos aplicadores do direito. Além disso, o titular da liberdade de expressão não se sentirá seguro para se manifestar, pois a incerteza gera o

temor da responsabilização (Sarmiento, 2015, p. 30). Isso tudo ofusca o direito à liberdade de expressão.

No mesmo sentido, é a orientação do sistema interamericano de direitos humanos, que não admite restrições vagas ou amplas às liberdades de expressão, conforme ensina Sarmiento (2015, p. 30). O autor cita, por exemplo, o caso “*Kimel vs. Argentina*”, em que a Corte Interamericana invalidou uma lei de crimes contra a honra, por ser vaga, permitindo a condenação daqueles que ousassem se manifestar “criticando duramente” um juiz (Sarmiento, 2015, p. 31). Tal restrição é tão vaga e ampla quanto o próprio “direito ao esquecimento”, da forma como foi concebido pelo STJ.

Na realidade, é um tanto óbvio que uma pessoa que praticou atos de corrupção, por exemplo, não deseje ser lembrada como “corrupta”. Da mesma forma, um assassino, provavelmente, não vai pretender ser lembrado pelo crime que cometeu. Um time de futebol também não vai desejar ser lembrado pelo jogo que perdeu, mas sim pelo jogo que venceu. Ou seja, parece que o ser humano prefere recordar dos fatos bons e não dos ruins que aconteceram ao longo da vida. Sobre a memória, Caroline Bussoloto Brum ensina que:

A memória é uma dádiva inerente ao ser humano. Sendo boas ou ruins, todo o indivíduo as possui como marcas de sua trajetória na vida. Infelizmente, o ser humano, na maioria dos casos, não pode escolher o que será ou não guardado pelo seu subconsciente. Assim, as memórias são marcas do tempo que permanecem na mente dos indivíduos, às vezes ultrapassando a singularidade deste, e atingindo uma coletividade (Brum, 2016, p. 12).

Esse desejo da pessoa de esquecer os fatos desagradáveis em que se envolveu não pode ser compreendido da forma que o STJ fez nas decisões dos recursos especiais referentes aos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”. Não existe um direito ao esquecimento em relação a fatos que são de interesse público.

O STJ, no julgamento dos recursos, considerou o “direito ao esquecimento” como um direito fundamental. Esta compreensão representa uma ameaça para o sistema constitucional democrático, para a História e para a memória coletiva.

De acordo com as lições de Daniel Sarmiento, uma das características dos direitos fundamentais é justamente a universalidade. Ou seja, um direito

com *status* de direito fundamental é tido como universal, assegurado a todos os cidadãos sem distinção. (Sarmiento, 2015, p. 13 e 14).

Nesse sentido, é perigoso afirmar que alguém tem o direito fundamental de não ser lembrado por acontecimentos desagradáveis em que tiveram participação. A História e a memória coletiva da sociedade, por exemplo, seria como um “sonho bom”, formada apenas de acontecimentos felizes, porém nem sempre correspondentes à realidade como ela é. A História seria contada pela metade, já que todos aqueles que se envolveram em acontecimentos ruins teriam o direito de apagá-los.

Sobre uma suposta irrelevância da informação, Gustavo Binenbojm (2014) diz que este é um parâmetro problemático. A reportagem do programa Linha-Direta Justiça, por exemplo, sobre a “Chacina da Candelária”, pode ter se revelado inadequada para um dos suspeitos da época, absolvido logo depois, mas não se mostrou irrelevante para a sociedade, tendo em vista que o caso tem inestimável valor histórico.

Outro ponto criticado nas decisões diz respeito ao fato de o STJ afirmar que o transcurso do tempo retira o interesse público da informação. Na realidade, o STJ disse, no julgamento dos recursos especiais, que o interesse público existente no delito some com o cumprimento da pena ou com a absolvição. Esta seria a regra, de acordo com o STJ, constituindo a exceção o fato de o crime ter passado a fazer parte da História.

Em que pese ter mencionado a referida exceção, o STJ aplicou o direito ao esquecimento no caso “Chacina da Candelária”, referente às mortes de vários jovens, moradores de rua da cidade do Rio de Janeiro. Como já foi demonstrado neste trabalho, não restam dúvidas sobre a importância histórica do crime em questão. Inclusive a própria decisão do STJ reconheceu tal importância, afirmou que o interesse público não desaparecia com o cumprimento da pena (ou absolvição) quando o delito fizesse parte da História da sociedade e, ao final, em verdadeira contradição, aplicou o direito ao esquecimento.

Conforme os ensinamentos de Daniel Sarmiento (2015, p. 14), não é verdade que o direito à informação deve sempre prevalecer sobre os direitos personalíssimos, como a honra, intimidade, privacidade e imagem, mesmo porque o direito à liberdade de comunicação não é absoluto. Ademais, a

própria Constituição restringe este direito quando determina a inviolabilidade daqueles. No entanto, a passagem do tempo não retira o interesse público existente nos crimes que passaram a fazer parte da História. Muito menos quando este crime envolve a violação de direitos humanos de crianças e adolescentes pobres em completa situação de vulnerabilidade.

No Brasil, crimes semelhantes ao da “Chacina da Candelária” são comumente “jogados” ao esquecimento, pois, infelizmente, a justiça brasileira é seletiva, servindo apenas aos setores mais poderosos. Os sobreviventes da chacina foram perseguidos, mesmo após o crime, afinal eram vítimas e também testemunhas do massacre. Esta informação é mais um motivo contra a decisão do STJ que determinou o esquecimento do caso.

No julgado do Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ, o STJ afirmou que o programa televisivo “Linha-Direta Justiça” poderia ter recontado o crime sem fazer referência ao nome do sujeito que fora absolvido. Dessa forma, se estaria preservando tanto a liberdade de comunicação quanto a honra do absolvido. Acontece que, a meu ver, isto seria contar a história pela metade. Na realidade, as investigações policiais conturbadas é uma das marcas da “Chacina da Candelária”. Portanto, ocultar os suspeitos apontados na época seria o mesmo que contar a história incompleta, passando até uma impressão inverídica de um crime que teve uma investigação tranquila e bem sucedida, o que não é o caso.

Vale ressaltar que a própria decisão do STJ reconheceu que a emissora Rede Globo se utilizou, para fazer o programa, de informações públicas, constantes do acervo judiciário e disponíveis a todos que desejassem acessá-las, bem como de depoimentos de promotores e testemunhas envolvidas no crime, contando uma história fidedigna. Portanto, o programa televisivo não deturpou a realidade (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ, 2013).

Já no julgamento do outro recurso, caso “Aída Curi”, o STJ não aplicou o direito ao esquecimento, afirmando não ser possível contar a história do homicídio sem fazer referência à vítima. Ora, na realidade, a história merece ser contada por inteiro, sem omissões. Sendo assim, da mesma forma que não é possível contar um crime sem falar da vítima, também não é possível contar um crime sem falar dos suspeitos. Afinal, no Brasil, alguns suspeitos são absolvidos por mera influência, por questão de poder.

Ademais, a liberdade de expressão compreende “o direito do emissor de definir o conteúdo da sua manifestação, e não apenas o de eleger o seu tema”, nas palavras de Daniel Sarmiento (2015, p. 20). Ou seja, a liberdade de expressão pode ser violada também quando é permitido contar a história do crime, mas não é permitido citar um de seus personagens, um suspeito, por exemplo. Nesses casos em que se pretende controlar a forma de se contar a história, a liberdade de expressão parece não estar sendo protegida por completo.

Por fim, sem querer valorar qual dos crimes foi mais trágico, até mesmo porque as vítimas de ambos os delitos foram pessoas em situação de vulnerabilidade (uma mulher no caso “Aída Curi” e crianças e adolescentes no caso “Chacina da Candelária”), parece que seria menos impactante se o STJ tivesse aplicado o direito ao esquecimento no caso “Aída Curi” e não no outro caso, tendo em vista a maior repercussão alcançada pelo assassinato dos jovens da Candelária, além de este crime ter feito mais vítimas que aquele, desencadeando, inclusive, uma série de outros supostos crimes. A meu ver, o direito ao esquecimento não poderia ter sido aplicado em nenhum dos dois casos.

O artigo 216 da Constituição Federal de 1988²¹ prevê o direito fundamental cultural, conforme ensina Daniel Sarmiento (2015, p. 15), que compreende justamente a preservação da memória e da cultura de um povo. Para o referido autor, “é difícil imaginar uma ameaça maior ao direito à memória coletiva do que o reconhecimento de um direito ao esquecimento, nos termos alargados como este foi concebido pelo STJ” (Sarmiento, 2015, p. 15).

É inconcebível admitir um direito ao esquecimento sempre que o sujeito pretender não ser mais lembrado por um fato desagradável em que se envolveu no passado. Trazendo para a realidade, podemos imaginar, por exemplo, um sujeito que praticou tortura, durante a ditadura, indo até o Judiciário para pedir que o seu nome seja esquecido e nunca relacionado às

²¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

violações de direitos humanos que praticou²². Como ficaria, nesse caso, o direito à memória coletiva da sociedade e, mais especificamente, o direito à verdade? Sem dúvidas, restariam comprometidos os direitos à memória coletiva e à verdade. E a pior das consequências desse comprometimento é a possibilidade de repetirmos as mesmas violações aos direitos humanos.

Outra crítica feita às decisões do STJ, nos recursos citados no capítulo anterior, diz respeito à existência de uma “predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana” (STJ, REsp. nº. 1.334.097/RJ e REsp. nº. 1.335.153/RJ, 2013). Pois é, os acórdãos afirmaram que, na existência de colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos personalíssimos, devem prevalecer (em regra) estes em detrimento daquele.

Em contrapartida, Daniel Sarmiento (2015, p. 19) afirma que esta predileção “não se concilia com o sistema constitucional brasileiro, que, ao inverso, atribui uma posição preferencial às liberdades de expressão e de imprensa (...)”. Para Barroso, a liberdade de expressão é um instrumento que possibilita o exercício de outros direitos, o que justifica o reconhecimento de uma posição privilegiada:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados (Barroso, 2004, p. 125).

Daniel Sarmiento (2015, p. 22 e 23) explica as razões que motivaram a adoção dessa posição preferencial conferida à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, a posição preferencial justifica-se em razão de a Constituição de 88 ter pretendido romper com o regime ditatorial, marcado pela censura aos meios de comunicação, conforme já mencionado neste trabalho. Em segundo lugar, privilegiou-se a livre expressão em razão de seus fundamentos (democracia e dignidade humana), já observados neste trabalho.

A posição preferencial das liberdades comunicativas vem sendo adotada pela jurisprudência comparada, conforme os ensinamentos de Sarmiento (2015, p. 27). De acordo com essa posição, deve existir um escrutínio estrito sobre as

²² Na realidade, os torturadores da ditadura civil-militar nunca foram punidos, foram esquecidos, em razão da falta de uma justiça de transição.

normas que pretendam restringir um direito fundamental. As normas restritivas devem estar previstas na lei (requisito da reserva legal), ser adequadas e necessárias, além de proporcionais e claras. Ademais, a posição preferencial reconhece uma prioridade *prima facie* das liberdades de expressão em relação aos direitos da personalidade (Sarmiento, 2015, p. 27 e 28).

O conflito entre a proteção à honra dos acusados e a divulgação de fatos criminosos se tornou recorrente nos tribunais brasileiros, existindo, segundo Barroso, um consenso “no sentido de que há interesse público na divulgação de tais fatos” e, portanto, não cabe ao acusado alegar ofensa ao seu direito à honra. Barroso cita alguns elementos que fundamentam essa ideia:

(i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida licitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores (Barroso, 2004, p 121).

O autor explica que, “de forma geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo” (Barroso, 2004, p. 120). A exceção seria o que se chama de “segredo da desonra”, que se refere a fatos verdadeiros, porém detratores da honra do indivíduo. Todavia, esses fatos devem ser de caráter exclusivamente privado para se enquadrar na exceção do “segredo da desonra”, ou seja, despidos de qualquer interesse público.

Os casos julgados pelo STJ, analisados neste trabalho, dizem respeito justamente à divulgação de fatos criminosos. Considerando que não cabe alegação de ofensa à honra quando os fatos narrados são verídicos e de conhecimento do público, parece que o Tribunal Superior errou quando reconheceu o direito ao esquecimento no caso “Chacina da Candelária”. Nem mesmo a exceção do “segredo da desonra” poderia ser usada para justificar a aplicação do direito ao esquecimento, pois estamos falando de um crime que entrou para a História do país, de inegável interesse público.

Outra crítica feita aos julgamentos do Tribunal Superior, nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, diz respeito à utilização de casos semelhantes julgados em outros países para fundamentar as respectivas decisões, a exemplo do caso “*Lebach*” (Alemanha), citado em ambos os julgados. Barroso explica que a decisão do caso “*Lebach*”:

(...) não serve de paradigma para este tipo de conflito, dadas as grandes especificidades que o cercaram, sobretudo a coincidência temporal entre a iniciativa da exibição do documentário e a soltura de um dos apenados. De parte isto, o temor ao precedente da interdição prévia à veiculação de fatos ou programas não assombra o imaginário político alemão com a intensidade que ocorre no Brasil (Barroso, 2004, p. 122).

Ademais, como já foi dito aqui neste trabalho, o STJ deixou de citar o julgamento do caso que ficou conhecido como “*Lebach II*”, que representa a evolução da jurisprudência alemã, conforme os ensinamentos de Daniel Sarmento. Neste caso, a Corte alemã liberou a divulgação de programa sobre o mesmo crime (Sarmiento, 2015, p. 35). No entanto, o nosso Tribunal Superior não mencionou no julgamento dos recursos esse segundo caso, posterior ao caso “*Lebach*”.

Da mesma forma, o caso “*Melvin vs. Reid*” (nesse caso foi reconhecido o direito ao esquecimento de uma antiga prostituta que, processada e absolvida por um homicídio, teve sua história contada em um filme) foi citado nos julgamentos dos recursos, todavia a jurisprudência norte-americana já evoluiu em matéria de liberdade de expressão, chegando a afirmar que o citado caso está morto, por ser paternalista ao extremo (Sarmiento, p. 34).

E, mesmo se as decisões estrangeiras, de fato, privilegiassem o direito ao esquecimento em detrimento do direito à liberdade de expressão, não seria tão simples transportá-las para o nosso ordenamento. Abrir o campo de visão para “enxergar” decisões de outros tribunais, sejam tribunais brasileiros ou não, é um ato louvável, mas não é simples aplicar aqui uma decisão tomada em outro país, pois o Brasil tem a sua própria história e suas peculiaridades. Nesse sentido, as lições de Sarmento:

De todo modo, é pertinente uma breve reflexão sobre o modo como o Direito Comparado deve ser empregado no caso. O conhecimento das decisões adotadas por outros países e por instâncias regionais e internacionais é sempre positivo, inserindo-se na benfazeja tendência contemporânea ao diálogo internacional no campo da jurisdição constitucional. Porém, não cabe transpor acriticamente orientações adotadas em outros Estados ou instituições para o nosso sistema. É

sempre importante refletir sobre a compatibilidade destas soluções com o nosso ordenamento jurídico, sobre o seu ajuste à realidade e aos problemas nacionais. No caso específico do “direito ao esquecimento”, há várias razões para se preferir, no Brasil, soluções mais inclinadas à proteção das liberdades comunicativas (Sarmiento, 2015, p. 38 e 39).

Outra questão a ser pensada é a seguinte: existe mesmo a necessidade de solicitar a autorização dos envolvidos em fatos criminosos para divulgar as informações relativas ao crime? Uma resposta positiva para esse questionamento, a meu ver, coloca em risco a liberdade de expressão, uma vez que boa parte dos criminosos (para não dizer todos), provavelmente, não irão conceder esta autorização. Dessa forma, uma notícia sobre um crime não vai poder ser veiculada, nem muito menos um programa televisivo vai poder recontá-lo, nem mesmo quando esse crime tiver entrado para a História do país.

Para Barroso, não há necessidade, como regra, dessa autorização quando o fato é noticiável, apurado com negligência e obtido de forma lícita. Inclusive, o jornalista que divulgar fatos sem o devido zelo ou agindo de má-fé na divulgação, poderá ser responsabilizado posteriormente (Barroso, 2004, p. 142). Este posicionamento parece ser mais razoável, uma vez que a exigência de uma autorização coloca em xeque a liberdade de comunicação.

O STJ, recentemente, acatou o pedido do Ministério Público Federal, determinando que os nomes de estupradores constassem por extenso no sistema eletrônico da Justiça Federal. O fato de a Constituição estabelecer como regra a publicidade dos atos processuais influenciou na decisão em questão. Para o Tribunal Superior, a divulgação do nome de um estuprador no sistema da Justiça Federal não tem o condão de violar o direito à intimidade, pois o interesse individual não pode prevalecer sobre o interesse público. Ademais, o segredo de justiça serve para resguardar a privacidade da vítima (Vassallo, 2017)²³.

Os autores das ações (casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) mencionaram que, procurados pelo programa da TV Globo para dar entrevista, manifestaram o descontentamento com a divulgação dos episódios que

²³ Nesta decisão o STJ citou acórdão recente (Recurso em Mandado de Segurança 49.920/SP), em que a Quinta Turma negou pedido para que o nome de um acusado de divulgar pornografia infantil na internet fosse retirado do sistema da Justiça.

recontariam os crimes célebres. Na decisão do STJ, esse descontentamento também foi novamente pontuado. Porém, entendo que a autorização para a divulgação de fato verídico, dotado de interesse público, como são os crimes analisados neste trabalho, não se faz necessária.

Por todo o exposto, a meu ver, parece que o reconhecimento do direito ao esquecimento, conforme fez o STJ, de maneira alargada, é incompatível com a Constituição Federal de 1988 porque fere de morte o direito à liberdade de expressão e comunicação.

4.2. O espaço de aplicação do “direito ao esquecimento”

A aplicação do direito ao esquecimento, nos casos que envolvem interesse público, representa uma grave ameaça à liberdade de expressão, conforme foi demonstrado. Afinal, é muito perigoso deixar que o Estado, através de juízes, decida o que a sociedade pode ou não lembrar.

O reconhecimento do direito ao esquecimento nos termos estabelecidos pelo STJ (nos julgamentos dos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”) parece não ser compatível com a Constituição Federal de 1988 que tanto se preocupou com a tutela da liberdade de expressão e comunicação, ressurgindo contra o nosso passado recente ditatorial, em que a censura aos meios de comunicação imperava. Todavia, sobra um espaço para a aplicação do direito em questão em casos que envolvam apenas interesses privados, como, por exemplo, a proteção de dados pessoais não revestidos de interesse público.

O que acontece é que as pessoas estão cada vez mais se inserindo no mundo tecnológico, o que é de certa forma positivo, tendo em vista a ampliação do acesso à informação de todos os tipos e a integração global. Todavia, o uso desenfreado da Internet, a exposição da intimidade nas redes sociais e o exibicionismo trazem também consequências negativas, como a perda do controle sobre as informações pessoais. Conforme já foi dito neste trabalho, com a Internet a informação circula de forma muito rápida, não requerendo grandes investimentos para tanto. No entanto, os dados pessoais do usuário

são tratados e armazenados pela rede sem barreiras, fugindo do controle do seu titular. Nas palavras de Martins (2017, p. 65):

(...) os usuários da internet, cujos passos são sempre reconstruídos pelas técnicas de rastreamento, são frequentemente privados da escolha quanto à técnica de obtenção de dados e quanto às informações que serão colhidas a seu respeito.

Uma foto, por exemplo, postada numa rede social pode permanecer na nuvem pela eternidade. Ou seja, o botão “deletar” pode não apagá-la, de fato, da rede. Da mesma forma, os hábitos de busca do usuário são armazenados e muitas vezes utilizados de forma errada, a meu ver, para manipular aquele usuário a efetuar uma determinada compra, por exemplo.

Portanto, a Internet trouxe uma série de benefícios, mas trouxe problemas também. A perda do poder sobre os dados pessoais é um desses problemas que precisam ser enfrentados. Ou seja, é preciso pensar em soluções que protejam os usuários da rede.

Fala-se em autodeterminação informativa, que é justamente o direito à proteção de dados pessoais (Sarmiento, 2015, p. 45). Tal direito visa proteger as pessoas da exploração sem limites dos dados pessoais, considerando que o controle sobre os seus próprios dados também faz parte da privacidade de cada um. Nas palavras de Guilherme Martins (2017, p. 67):

A privacidade, hoje, abandonou a sua concepção clássica, pela qual seria vista como o “direito de ser deixado em paz” ou o “direito a estar só”, passando o seu centro de gravidade à possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Então, voltam-se as atenções para o controle, por indivíduos e grupos, do exercício dos poderes fundados na disponibilidade de informações, contribuindo para um equilíbrio sociopolítico mais adequado.

Sendo assim, o conceito atual de privacidade compreende também o controle sobre os dados pessoais do indivíduo. A meu ver, é aqui que o direito ao esquecimento encontra o seu espaço, funcionando como garantia do direito à autodeterminação informativa.

Guilherme Martins (2017, p. 70) explica que o desenvolvimento das tecnologias, sobretudo da Internet, inverteu a lógica das coisas, fazendo com que, nos dias de hoje, a “memória” se tornasse regra e o “esquecimento” exceção. Para o autor, o direito ao esquecimento tutela o usuário que não quer mais “que seus dados pessoais sejam processados ou salvos por um controle

de dados, e se não tiver nenhuma razão legítima para mantê-los, os dados devem ser removidos do sistema” (Martins, 2017, p. 72).

O reconhecimento do direito ao esquecimento nos termos citados acima (relativo aos dados pessoais do usuário da rede, despidos de qualquer interesse público, vale frisar) se concilia com a nossa Constituição, diferentemente do direito ao esquecimento como concebido pelo STJ, nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”. Nos julgamentos desses casos, conforme já dito aqui neste trabalho, o STJ conceituou o direito em questão de forma muito ampla (podendo ser reivindicado sempre que alguém se sentir desconfortável em relação à divulgação de algum fato, inclusive de natureza criminal, que fez parte do seu passado).

Sendo assim, acredito que o espaço que sobra para o direito ao esquecimento diz respeito ao controle sobre dados puramente pessoais. Ainda assim, é difícil impor o “esquecimento”. Para explicar a afirmação que acabo de fazer vou usar como exemplo o caso julgado pelo TJUE (caso “*Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*”), em que um cidadão espanhol solicitou o esquecimento, obtendo a devida providência.

Conforme já narrado anteriormente, esse cidadão desejava que não aparecesse mais na lista de resultados de pesquisa do *site Google*, pois toda vez que o seu nome era digitado, aparecia uma notícia antiga sobre um leilão de um imóvel em decorrência de uma dívida do passado com a seguridade social. Pois bem, o autor teve o seu pleito atendido, porém, atualmente, ao digitar o seu nome no buscador do *site Google*, aparece como resultado a emblemática decisão do TJUE e, portanto, de todo jeito, a informação de que ele era devedor não foi esquecida, pelo contrário, depois da decisão da corte regional, possivelmente, aumentou o número de pessoas que ficaram sabendo dessa informação. Isso acontece porque o “esquecimento” é algo difícil de se entregar como prestação judicial. Inclusive, pleitear o direito ao esquecimento pode ser como “um tiro no pé”. Ou seja, a pessoa pode terminar sendo mais lembrada que nunca.

Para Gustavo Binembojm, a Itália encontrou uma saída que consegue equilibrar o direito ao esquecimento e o direito de acesso à informação:

A corte de cassação italiana chegou à conclusão que não seria possível eliminar as informações dos sites de notícias, mas que poderia se exigir que os jornalistas atualizassem as informações para passar ao público a verdade daquele momento. (Binenbojm apud Giselle Souza, 2015)

A saída encontrada pela Justiça da Itália, a meu ver, é bem interessante, pois a informação vai chegar para a sociedade de forma mais completa e atualizada e ninguém vai ser vítima de informação desatualizada. Trazendo para a prática, podemos pensar, como exemplo, numa matéria na Internet que trata de um sujeito que foi considerado suspeito de um homicídio. Caso esse sujeito venha a ser absolvido posteriormente, o que pode gerar outra matéria, basta que o *site* inclua um *link* na matéria mais antiga com a informação atualizada.

A decisão do TJUE, no caso *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*, foi baseada na Diretiva 95/46 da Comunidade Econômica Europeia, que aborda o tratamento e circulação de dados pessoais. Na referida decisão, o Tribunal de Justiça europeu determinou que o *Google Spain* era responsável pelo tratamento dos dados pessoais. Tal posição não se assemelha com a adotada pela justiça brasileira, no caso “Xuxa vs. *Google*”²⁴, que considerou o *Google* como mero facilitador/indexador, não sendo responsável pelo tratamento dos dados.

Não obstante ter reconhecido a responsabilidade do *Google*, o TJUE afirmou que a decisão poderia ter sido diferente, no caso concreto, conforme o “papel desempenhado pelo interessado na vida pública” (Martins, 2017, p. 76). Tal afirmação, feita na parte final da decisão, demonstra a preocupação com o interesse público e com a tutela da liberdade de expressão. Nesse sentido, se o requerente fosse uma pessoa pública, o resultado do julgamento possivelmente seria diferente, pois pessoas públicas sofrem mais restrições em seus direitos da personalidade, conforme demonstrado no segundo capítulo deste trabalho.

O “Estadão” publicou notícia, em 24 de julho de 2016, afirmando que os Tribunais de Justiça acatam 1/3 dos recursos por direito ao esquecimento. De acordo com a notícia, “de ao menos 94 processos já analisados por

²⁴ Agravo em Recurso Especial 103.125-RJ

desembargadores no País, 67 negaram o pedido de se esquecer o passado” (Amendola, 2016). Ou seja, apenas em 27 processos o direito em questão foi aplicado.

Os 94 processos citados no parágrafo acima são dos Tribunais de Justiça dos estados de SP, RJ, RS, PB, SC, PR, MG, MS e do DF.

Na reportagem em comento, a diretora do Instituto Palavra Aberta²⁵, Patrícia Blanco, afirmou que “toda e qualquer regra que estabeleça a retirada de conteúdo ou *link* de acesso a determinado conteúdo fere a liberdade de expressão e de imprensa” (Blanco *apud* Amendola, 2016). Para ela, já existem regras, no ordenamento jurídico, que protegem o cidadão de eventuais abusos, não existindo, portanto, a necessidade de se criar uma nova lei para tratar de um direito que não existe (Amendola, 2016).

Ainda sobre a reportagem do “Estadão”, julgo importante ressaltar as considerações feitas por Luiz Antônio Dias, professor de História da PUC-SP. Ele afirma que o historiador deve “lembrar o que a sociedade quer esquecer” (Dias *apud* Amendola, 2016). O professor explica que o depoimento de uma pessoa que foi torturada durante a ditadura civil-militar é de extrema importância histórica, embora entenda que alguns familiares ou o próprio torturado preferem não falar. Todavia, é complicado ser favorável ao direito ao esquecimento, não sendo admissível que este direito crie barreiras para que o país se depare com a sua própria história.

O Supremo Tribunal Federal (STF) deve decidir em breve sobre a aplicabilidade do chamado “direito ao esquecimento”. Conforme já mencionado neste trabalho, os irmãos de Aída Curi recorreram da decisão do STJ, que considerou o caso “Aída Curi” inesquecível. O Recurso Extraordinário (RExt)²⁶ já possui repercussão geral e, portanto, o que ficar decidido vai definir o posicionamento que o Judiciário brasileiro deverá seguir a partir de então.

²⁵ Trata-se de um instituto sem fins lucrativos, que defende a plena liberdade de ideias, pensamentos e opiniões. O instituto surgiu da união de esforços de entidades importantes, como Associação Nacional de Jornais – ANJ, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Associação Nacional de Editores de Revistas – ANER e Associação Brasileira de Agências de Propaganda – ABAP.

²⁶ Recurso Extraordinário 1010606

Vale ressaltar que o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, assumiu posição contrária à tese que defende a aplicabilidade do direito ao esquecimento. Ele afirmou que o direito ao esquecimento “ainda não foi reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro” (Janot apud Amendola, 2016). Portanto, para Janot, não se pode restringir a liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia.

Recentemente, em 12 de junho de 2017, o Supremo realizou uma audiência pública para discutir sobre a aplicabilidade do “direito ao esquecimento”. A audiência contou com a explanação de 18 especialistas. O STF deverá decidir sobre a controvérsia que envolve o direito ao esquecimento (baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade) e o direito à liberdade de expressão e comunicação.

O Supremo julgou controvérsia semelhante, no caso das biografias não autorizadas. Esse caso envolveu decisões judiciais que proibiram autores de biografias de publicar seus livros, pois não existia autorização do biografado ou da família (nos casos em que o biografado já era falecido). O STF, ao analisar o conflito, privilegiou o direito à liberdade de expressão, considerando desnecessária a exigência de autorização prévia para publicação de biografias.

De acordo com Giselle Souza, a ação das biografias aponta como o STF pode julgar o direito ao esquecimento. Segundo ela, “o Supremo Tribunal Federal sinaliza que também deve prestigiar a liberdade de expressão em outro caso em tramitação na corte: o que trata do direito ao esquecimento” (Souza, 2015).

A mesma avaliação foi feita por Gustavo Binenbojm, que atuou na ação das biografias não autorizadas como advogado da Associação Nacional dos Editores de Livros e também atua na demanda sobre o direito ao esquecimento que deve ser julgada em breve pelo Supremo:

Me parece que, em relação ao direito ao esquecimento, a tendência seja de dizer que não será o titular da história quem poderá exercer um veto sobre o direito dos jornalistas e historiadores contarem a história, pois isso é algo que envolve o direito de toda a coletividade. (Binenbojm apud Souza, 2015)

No mesmo sentido, Taís Gasparian disse que o perfil atual do Supremo “não deve abrir as portas para a Lei do Esquecimento” (Gasparian *apud*

Amendola, 2016). Ela afirma que a aplicação do direito ao esquecimento representa um retrocesso e que até mesmo os erros sobre informações públicas são importantes para estudos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, a discussão acerca do suposto “direito ao esquecimento” é recente no Brasil. O desenvolvimento das novas tecnologias contribuiu bastante para o surgimento do debate em torno do “esquecimento”, uma vez que a Internet modificou a forma como as pessoas lembram da informação. Atualmente, as informações veiculadas na rede tendem a se eternizar. Nesse contexto, alguns conflitos passaram a surgir, envolvendo justamente o chamado “direito ao esquecimento” (ligado ao direito à privacidade) e o direito à liberdade de expressão.

A presente pesquisa discutiu se o posicionamento do STJ nos casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” representa uma ameaça à liberdade de expressão e comunicação.

Assim, neste trabalho ficou demonstrado que a forma como o Superior Tribunal concebeu o direito ao esquecimento, nos casos citados acima, representa uma afronta à Constituição Federal de 1988, que tanto se preocupou com a censura aos meios de comunicação, pois foi resultado de uma abertura política pós-ditadura civil-militar. O STJ conceituou o direito ao esquecimento de forma muito ampla, afirmando que o mesmo pode ser pleiteado sempre que o sujeito não pretender ser lembrado contra a sua vontade por fatos desabonadores que fizeram parte do seu passado, inclusive fatos de natureza criminal.

Trata-se de um conceito vago que abre margem para o total aniquilamento do direito à memória coletiva, permitindo que a História seja apagada, sempre que alguém se sentir incomodado com algum fato desagradável em que se envolveu no passado. Portanto, o esquecimento é justamente a antítese da memória e, conforme demonstrado neste trabalho, não deve o direito ao esquecimento ser aplicado quando o fato envolver qualquer interesse público, pois os episódios históricos e dotados de interesse público merecem proteção, uma vez que a sociedade precisa conhecer o seu passado para entender o presente e construir um futuro melhor, evitando repetir os mesmos erros que já foram cometidos.

A forma como o “direito ao esquecimento” foi concebido pelo STJ gera uma inegável insegurança jurídica, uma vez que os veículos de comunicação passarão a exercer uma autocensura pelo temor da responsabilização, pois não é possível ter certeza se a veiculação de uma determinada notícia vai abalar os direitos da personalidade de alguém.

Também foi demonstrada a importância do direito à liberdade de expressão e comunicação, considerado de caráter instrumental para a efetivação de todos os outros direitos fundamentais, já que é através do acesso à informação que o cidadão conhece os seus direitos. Ademais, a liberdade de expressão é essencial para o desenvolvimento da personalidade humana, bem como para a construção de uma sociedade democrática, não existindo democracia sem liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão não é absoluto, encontrando limites na própria Constituição, porém goza de posição preferencial diante do conflito entre direitos fundamentais. Essa posição preferencial confere peso maior ao direito à liberdade de expressão (em razão dos seus fundamentos), no momento da ponderação com outro direito fundamental.

Diante do exposto, o espaço que sobra para a aplicação do direito ao esquecimento estaria restrito aos fatos de caráter exclusivamente privados, despidos de qualquer interesse público. Ainda assim, foi demonstrado, que não é fácil de entregar o “esquecimento” como prestação judicial.

REFERÊNCIAS

AMENDOLA, Gilberto. **TJs acatam 1/3 dos recursos por direito ao esquecimento.** 2016. Estadão. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tjs-acatam-13-dos-recursos-por-direito-ao-esquecimento,10000064593> Acesso em: Março/2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Nota Pública: 20 anos da chacina da Candelária – Não vamos esquecer!** 18 de julho de 2013. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/nota-publica-20-anos-da-chacina-da-candelaria-nao-vamos-esquecer/> Acesso em: Abril/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de imprensa.** Revista de Direito Privado. São Paulo, SP, v. 5, n. 18, p. 105-143, abr-jun. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAYER, Diego. **Na série “Julgamentos Históricos”: Ainda Curi, o Júri que marcou uma época.** Justificando: mentes inquietas pensam direito. Carta Capital. 13 de março de 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/> Acesso em: Abril/2017.

BERTONI, Eduardo. **El Derecho al Olvido: un insulto a la historia latinoamericana.** e-Bertoni. 24 de setembro de 2014. Disponível em: <http://ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvido-un-insulto-la.html> Acesso em: Julho/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor.** 2014. Disponível em: www.jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor-16102014 Acesso em: Março/2017.

BOCCHI, Olsen Henrique. **A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Uma abordagem ética e solidária.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, nº. 2715, 7 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17981/a-liberdade-de-expressao-no-estado-democratio-de-direito> Acesso em: Março/2017.

BOTERO, Catalina. **Direito ao esquecimento ‘não existe’ e é usado para censura, afirma advogada.** Folha de S. Paulo, Cotidiano. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1799831-direito-ao-esquecimento-nao-existe-e-e-usado-para-censura-afirma-advogada.shtml?cmpid=compfb> Acesso em: Dezembro/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1334097/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: Julho/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335153/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: Julho/2016.

_____. CJF. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Coordenador Geral do Evento: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view> Acesso em: Junho/2016.

BRUM, Caroline Bussoloto de. **Análise constitucional do direito ao esquecimento**. Boletim. ANO 24 – Nº. 288 – Novembro/2016 – ISSN 1676-3661. Disponível em: http://www.academia.edu/29663249/An%C3%A1lise_Constitucional_do_Direito_ao_Esquecimento Acesso: Junho/2017.

BUCAR, Daniel. **Controle Temporal de Dados: o direito ao esquecimento**. civilistica.com, Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2. n. 3. 2013. Disponível em: civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/ Acesso em: Setembro/2016.

CANÁRIO, Pedro. **STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez**. Revista Consultor Jurídico. 05 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa#author> Acesso em: Agosto/2016.

CAPALDI, Nicholas. **Da liberdade de expressão – Uma antologia de Stuart Mill a Marcuse**. Fundação Getúlio Vargas Instituto de Documentação Serviço de Publicações. Rio de Janeiro – GB – 1974.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **A Privacy norte-americana e sua relação com o Direito Brasileiro**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº. 1199, 13 de fevereiro de 2015. Disponível em: www.tex.pro.br/artigos/302-artigos-fev-2015/6907-a-privacy-norte-americana-e-sua-relacao-com-o-direito-brasileiro Acesso em: Dezembro/2016.

CHAVES, Reinaldo. **Em um dia, Google recebe 12 mil pedidos para apagar informações**. Consultor Jurídico. 2 de junho de 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jun-02/dia-google-recebe-12-milpedidos-apagar-informacoes Acesso em: Novembro/2016.

COHEN, Ana Carolina Trindade. **O efeito bola de neve na internet e a eficácia das decisões judiciais que garantem o direito ao esquecimento**. In: CORREIA JUNIOR, José Barros, Vivianny Galvão (organizadores). Direito à memória e direito ao esquecimento. Maceió: EDUFAL, 2015.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; Konstantin Gerber. **Diálogo judicial, proteção de dados e soberania informativa.** In: Marco civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 259-276. Disponível em: http://www.academia.edu/29830328/Di%C3%A1logo_Judicial_-_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_e_Soberania_Informativa_direito_ao_e_squecimento Acesso em: Junho/2017.

CORREIA JUNIOR, José Barros, Vivianny Galvão (organizadores). **Direito à memória e direito ao esquecimento.** Maceió: EDUFAL, 2015.

CORREIA JUNIOR, José Barros; Lucas Holanda C. Galvão. **Direito Civil: Da memória ao esquecimento.** In: CORREIA JUNIOR, José Barros, Vivianny Galvão (organizadores). Direito à memória e direito ao esquecimento. Maceió: EDUFAL, 2015.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político.** Tradução, introdução e notas Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação:** teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FELLNER, Robert. **The Right to Be Forgotten in the European Human Rights Regime.** Grin Verlag GmbH, 2014.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação:** direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FISS, Owen. **A Ironia da liberdade de expressão.** Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LEITE, Fábio Carvalho. **Liberdade de expressão e Direito à honra:** novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. , p. 395-408.

LEWIS, ANTHONY. **Liberdade para as ideias que odiamos:** Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LIMA, Erik Noleta. **Direito ao Esquecimento. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil.** Revista de Informação Legislativa. Ano 50, nº. 199, julho/setembro 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1> Acesso em: Outubro/2016.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Hierarquização de Direitos Fundamentais:** a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da

Suprema Corte norte-americana. Revista Sequência, nº 48, p. 91-117, jul. de 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na internet e a proteção dos consumidores.** Revista Luso # 25 – Março 2017 – Alteração págs. 7 e 9. Indd 62. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109406/direito_esquecimento_internet_martins.pdf Acesso: Junho/2017.

MATE, Reyes. **Em torno a uma justicia anamnética.** In: La Ética ante las víctimas. Barcelona: Anthopos Editorial, 2003.

MILL, Jonh Stuart. **Sobre a liberdade.** Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L & PM, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade.** In: José Ribas Vieira. (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. , p. 369-388.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; Jaquiel Robinson Hammes da Fonseca. **A função dos precedentes na concretização do direito geral de personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 317-345, jun. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104739> Acesso: Junho/2017.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 46, p. 179-188, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROJAS, Sebastián Zárate. **La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa.** ISSN: 1988-2629. Nº. 13. Nueva Época. Março-Maio, 2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O caso Aída Curi.** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50615/o-caso-aida-curi> Acesso em: Junho/2017.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira.** 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> Acesso: Julho/2016.

SARMENTO, George; Taynara Freire Santos. **Direito à memória e justiça de transição no Brasil: permanência do legado autoritário ou concretização de um estado democrático?** In: CORREIA JUNIOR, José Barros; Vivianny Galvão

(organizadores). Direito à memória e direito ao esquecimento. Maceió: EDUFAL, 2015.

SOUZA, Giselle. **Ação das biografias aponta como o STF pode julgar direito ao esquecimento.** 2015. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-22/acao-biografias-aponta-stf-julgar-direito-esquecimento> Acesso em: Junho/2017.

TOLLER, Fernando M.. **O Formalismo na Liberdade de Expressão.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VASSALLO, Luiz. **Nome de estuprador não deve ficar em sigilo.** 2017. Estadão. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nome-de-estuprador-nao-deve-ficar-em-sigilo-decide-stj/> Acesso em: Agosto/2017.