

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.631.329-RJ

Thiago Lins

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Advogado.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito Civil. Imagem.

Sumário: **1** A atualidade e a importância do chamado direito ao esquecimento – **2** O último julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito ao esquecimento – **3** Considerações sobre os critérios utilizados nos votos proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 1631329-RJ – **3.1.** O significado do direito à privacidade – **3.2.** Outros aspectos da aplicação do direito ao esquecimento no julgamento do recurso especial nº 1631329-RJ – **4** Conclusão

1 A atualidade e a importância do chamado direito ao esquecimento

É objeto de viva controvérsia o denominado direito ao esquecimento, tendo inclusive sido abordado em relevantíssima audiência pública no Supremo Tribunal Federal, em 12.06.2017.¹ O direito ao esquecimento é apto, com supedâneo no direito fundamental à privacidade (CF, art. 5º, X),² a impedir, por exemplo, a

¹ Para mais informações sobre a referida audiência pública, confira-se o *site* do Supremo Tribunal Federal (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346408>>; acesso em: 16 dez. 2017). Há, segundo Anderson Schreiber, três correntes de pensamento: posição pró-informação; posição pró-esquecimento e posição intermediária, sendo esta a do Instituto Brasileiro de Direito Civil, por ele representado na referida audiência pública (Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>; acesso em: 16 dez. 2017).

² Como comenta Sérgio Branco, em “2018, entrarão em vigor na União Europeia novas regras para a proteção de dados pessoais. O Regulamento 2016/679 prevê, em seu art. 17, o direito ao apagamento de dados (“direito a ser esquecido”)” (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 141). O Marco Civil da *Internet* prevê hipótese de eliminação dos dados pessoais coletados na *Internet* na seguinte hipótese: “Art. 7º: X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”. Esse dispositivo, segundo Sérgio Branco, não seria hipótese de direito ao esquecimento, mas um instrumento

exposição de dados privados, mesmo verdadeiros, ocorridos no passado, mas sobre os quais não exista interesse, que seja merecedor de tutela, à informação.³ É o caso do condenado, na esfera penal, que já cumpriu sua pena e não quer mais ser associado, pela imprensa, ao estigma de criminoso.

De fato, o direito ao esquecimento tem sua origem no direito à ressocialização do condenado e surgiria, na lição de Anderson Schreiber, “como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida do crime cuja pena já cumpriu”.⁴

Hoje, a discussão sobre o direito ao esquecimento se espalha, com grande intensidade, no terreno ainda movediço das relações entre Direito e Internet. A Internet, ao mesmo tempo em que democratizou a circulação de informações, parece não encontrar limites na circulação e armazenamento perene de dados, já que, como ressaltam Antonio Negri e Michael Hardt, foi desenhada por seu projeto original para fins militares, com a ideia de ser uma rede de comunicação resistente a ataques e, ainda, operante, mesmo que parcialmente destruída.⁵ A sua estrutura revela, assim, intrincadas dificuldades e inconvenientes, em determinados casos, de se apagar seu conteúdo, como expõe Carlos Affonso Pereira de Souza ao criticar o direito ao esquecimento e apontar seus dilemas, entre eles, justamente, o de que a arquitetura da rede foi feita para não esquecer.⁶

de proteção de dados pessoais ao final de relação contratual (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 179).

³ O direito à informação, apesar de sua inegável importância para a democracia, deve ser objeto de juízo de merecimento de tutela. Ou seja, deve-se avaliar sua afinidade, em exame a ser feito no caso concreto, com o ordenamento jurídico visto como um todo, de forma unitária, sem que prevaleça, portanto, abstratamente e em todos os casos sobre os demais direitos, como o direito à privacidade. Em Direito, na feliz expressão de Pietro Perlingieri, “tudo assume uma dimensão histórico-relativa”, devendo-se, pois, avaliar, em cada caso, o merecimento de tutela do interesse, ali, presente (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 58).

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 164.

⁵ É o que explicam Antonio Negri e Michael Hardt: “O plano original da Internet tinha como objetivo resistir a ataque militar. Como não tem centro e praticamente qualquer pedaço pode operar como um todo autônomo, a rede pode continuar a funcionar mesmo com parte dela destruída. O elemento do desenho que assegura a sobrevivência, a descentralização, é o mesmo que torna tão difícil controlar a rede. Como nenhum ponto da rede é necessário para que os outros pontos se comuniquem, é difícil para a Internet regulamentar ou proibir a comunicação entre eles. Este modelo democrático é o que Deleuze e Guattari chamam de rizoma, uma estrutura de rede não-hierárquica e não-centralizada” (NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 320).

⁶ Carlos Affonso Pereira de Souza, que representou o Instituto de Tecnologia e Sociedade na recente audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, tece relevantes considerações sobre a difícil efetividade do direito ao esquecimento na internet: “Efetividade da medida. O mundo todo precisa esquecer? Caso Google Espanha mostra o dilema da implementação do direito ao esquecimento. Tailândia, Rússia e o nivelamento da liberdade de expressão global pelo seu nível de menor proteção. A discussão sobre o chamado direito ao esquecimento na Europa tem revelado uma importante faceta do problema. Caso se opte pela obstrução do conteúdo, como implementá-lo? No que diz respeito à Internet, vale lembrar que a rede é essencialmente global e que embora existam mecanismos para restringir o acesso a conteúdos apenas para conexões provenientes de um certo país, esse recurso está longe de ser perfeito

De fato, acrescenta-se que, na sociedade contemporânea, a informação se expande por uma estrada sem fim e sem atritos, ao se alimentar de informações e de informações sobre informações, em uma progressão de metainformações sem limites passíveis de cognição pela mente humana, já que esta, como parte do processo de aprendizado, “esquece para poder seguir em frente”, através da seleção de algumas informações e do descarte de outras.⁷

Os exemplos de informações circulantes pela Internet, não por acaso, são inúmeros e cotidianos: vão desde conteúdos inseridos pelos próprios usuários, como textos, fotos, listas de contatos profissionais/pessoais, “aposição de *tags* em fotos que identificam outro usuário e de fornecimento de dados geográficos de onde se está”, até aqueles conteúdos de origem desconhecida, os quais, como aponta, com acuidade, André Brandão Nery Costa: “torna ainda mais grave

e incontornável. Sendo assim, um conteúdo postado no Brasil pode ser acessado dos mais diferentes países. Ao pleitear uma remoção global de informações (como a imposição de que a Google desindexe resultados de pesquisa não de sua chave de busca nacional, mas sim da “.com”) o debate europeu abre espaço para que países que oferecem um regime de liberdade de expressão contestado em várias frentes possam fazer com que certo conteúdo seja eliminado não apenas de suas fronteiras físicas, mas sim de todo o mundo. Caso o chamado direito ao esquecimento sirva para consagrar mecanismos de remoções globais, um juiz da Tailândia, onde é crime criticar a realeza, poderá impor os padrões de discurso do seu país para além de suas fronteiras e apagar conteúdos da Internet global. O mesmo vale para governos de países que se empenham em perseguir blogueiros e proibir memes. Nivelaremos a liberdade de expressão global pelo seu nível mais baixo de proteção. Vale lembrar que já existe discussão sobre remoção global de informações nos tribunais brasileiros. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, um magistrado já recusou o pedido por remoção global de conteúdo por afirmar que ‘este juízo não detém jurisdição para determinar que o vídeo indicado na inicial não seja divulgado em território estrangeiro, tal como Colômbia e Alemanha sob pena de transportar o âmbito de sua competência e incidir em violação da soberania dos demais países.’ (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2.059.415-21.2016.8.26.0000). Em nota ainda sobre a confusão conceitual causada pelo chamado direito ao esquecimento e diferentes perspectivas em cada país, vale lembrar que recentemente a Corte Superior de Karnataka, na Índia, julgou procedente um caso de direito ao esquecimento ao reconhecer que existiria uma ‘tendência ocidental’ ao reconhecimento desse direito que procuraria especialmente proteger a modéstia das mulheres. A Índia, assim como o Brasil, não possui uma lei geral de dados pessoais e a importação de padrões estranhos, como o chamado direito ao esquecimento, não está isento de críticas e confusões” (disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>>).

⁷ Há alguns casos diagnosticados de pessoas com a chamada memória autobiográfica superdesenvolvida, ou “hipertimesia”, que poderia facilitar o acesso a certos dados. É o caso do jovem britânico Aurelien, que foi tema do documentário *The boy who can't forget*, e que, segundo narra a reportagem da BBC de 2012, teria a capacidade de armazenar dados passados e extremamente específicos: “[em] 1º de outubro de 2006, por exemplo, Aurelien diz lembrar que o tempo estava nublado, que escutou a canção *When You Were Young*, da banda *The Killers*, que ele usou uma camiseta azul e que sua casa ficou sem luz durante algumas horas. ‘É como se eu estivesse acessando rapidamente uma pasta arquivada (no meu cérebro)’, disse ele, segundo o jornal *The Daily Mail*”. No entanto, a reportagem destaca que essa hipermemória poderia prejudicar as pessoas no processo de aprendizado, como o próprio Aurelien: “‘Tenho uma boa memória em geral. Mas por ser uma memória autobiográfica, ela não me ajuda com um trabalho acadêmico universitário’, conta. Os cientistas explicam que, em compensação à memória autobiográfica superior, os portadores da síndrome podem apresentar déficit em funções de organização e controle mental” (disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120924_memoria_autobiografica_pai>; acesso em: 14 dez. 2017).

e acentua a dificuldade muitas vezes enfrentada de apagar dados produzidos na rede”.⁸ Sérgio Branco enfatiza que “diversas controvérsias envolvendo redes sociais evidenciaram o quão pouco seus usuários detêm efetivamente o controle de seus dados”. E afirma que essa falta de controle vai desde “o uso de dados sem consentimento” até “experimentos psicológicos secretos”.⁹ O autor cita, ainda, o exemplo de pessoa que exerce a opção de sair do Facebook e que não, necessariamente, terá seus dados deletados.¹⁰

Essa capacidade progressiva de informações, ao mesmo tempo em que amplia a liberdade, *rectius*, acesso à informação, tem o aprisionador efeito de estreitar “o espectro das opções ao tornar fatos passados eternamente vinculados ao presente”, como observa André Nery Costa, que, em alusão à obra *The Scarlet Letter*, de Nathaniel Hawthorne, expõe que, “com as novas tecnologias, está cada vez mais difícil conseguir segundas chances, escapar à *scarlett letter* do passado digital”.¹¹

Como se vê, o direito ao esquecimento envolve um debate necessário dos nossos tempos. Como surge da difícil confluência entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, divide opiniões notadamente entre aqueles que defendem, preferencialmente, a liberdade de expressão e outros que tentam ponderá-la com o direito à privacidade.

Como ambos são direitos fundamentais que possuem a mesma hierarquia normativa, não é possível resolver sua colisão através dos critérios hermenêuticos tradicionais, quais sejam, hierárquico, temporal e de especialização. Isso significa afirmar que não se pode resolver o seu conflito pela mera exclusão, *a priori*, da incidência de um deles, pois o que está em jogo, em última análise, é a preservação da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (Constituição

⁸ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (Org.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 187-188.

⁹ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 141.

¹⁰ “A leitura dos termos de uso do Facebook, por exemplo, demonstra que, quando alguém decide deixar a rede, não necessariamente terá seus dados deletados. Em primeiro lugar, porque existe uma diferença entre desativar e excluir a conta. No primeiro caso, existe apenas a suspensão da prestação de serviços. Assim, o usuário poderá decidir voltar e, nesta hipótese, encontrará seus dados como os havia deixado. Na eventualidade de optar pela exclusão da conta, o Facebook informa que demora cerca de 30 dias para excluí-la, sendo que algumas das informações permanecem armazenadas por até 90 dias. A bem da verdade, como algumas das informações se encontram conectadas a contas de terceiros, é praticamente impossível remover todos os dados do Facebook. Uma vez na rede, os vestígios de sua passagem não podem ser apagados” (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 141).

¹¹ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital, cit., p. 186. A alusão do autor é de uma “história ambientada em Massachusetts, nos Estados Unidos, no século XVII, de uma jovem que tem uma filha fruto de relacionamento adúltero e que luta para construir uma nova vida. Essa jovem é de tal forma estigmatizada na comunidade em que vivia que deve carregar consigo a letra ‘A’ vermelha escarlate bordada em seu peito, como símbolo do pecado” (COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital, cit., p. 186).

Federal, art. 1º, III), que pode se manifestar tanto em relação, por exemplo, à liberdade de expressão, quanto em relação à privacidade em determinados casos. Em suma, nem a privacidade, nem a liberdade de expressão valem mais, em uma análise abstrata, em relação à outra, devendo-se, pelo contrário, sopesar esses direitos fundamentais¹² e analisar, através da técnica da ponderação de valores, qual deles realiza, mais adequadamente, a dignidade da pessoa humana no caso concreto.¹³

É importante a ressalva de Anderson Schreiber, ao comentar as diferentes correntes sobre o direito ao esquecimento e a sua posição intermediária sustentada na audiência pública no STF sobre o tema, já aqui aludida. Confira-se:

A Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão. Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas,

¹² De fato, a disciplina do tratamento dos dados pessoais não pode ser resolvida de forma abstrata e com a prevalência indiscriminada do direito à informação. Danilo Doneda propõe um tratamento unitário: ele utiliza a simples terminologia “proteção de dados pessoais”, que compreende “a problemática da privacidade e igualmente a da informação, que teria como ponto de referência os direitos da personalidade e estaria isenta de uma acepção patrimonialista ou contratual, ao mesmo tempo que não remonta ao direito à liberdade em uma acepção demasiado ampla” (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de danos pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 201).

¹³ Nesse sentido, é a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em todas as suas manifestações. Não pode, portanto, ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário. A concepção revela o seu proveito de forma ainda mais incisiva quando se tem de enfrentar os difíceis conflitos nos quais há a colisão de interesses relativos à proteção da personalidade. Não parece possível solucionar em termos de titularidade ou não de direitos subjetivos os recorrentes conflitos envolvendo a proteção da personalidade, especialmente quando, do outro lado, é também a expressão da dignidade de outra pessoa que está em jogo. Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, honra ou privacidade, de outro – o melhor caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deverão ser examinados através do já amplamente aceito mecanismo da ponderação, com o objetivo de verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 128).

chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito). Independentemente da posição que se adote sobre esse tema tão candente, a audiência pública evidenciou duas grandes dificuldades que terão de ser enfrentadas pelo STF. Primeiro, o termo “direito ao esquecimento” não é o melhor: sugere um controle dos fatos, um apagar da História que, além de ser impossível e indesejável, não se coaduna com o significado técnico por trás da expressão, consubstanciado na tutela da identidade pessoal e do direito de toda pessoa humana de ser corretamente retratada em suas projeções públicas.¹⁴

O direito ao esquecimento, embora essa nomenclatura seja controversa justamente porque ninguém tem o direito de apagar a História ou impor aos outros que esqueçam fatos já incorporados à História,¹⁵ pode-se mostrar digno de tutela no caso concreto, invocando-se inclusive a proteção – quiçá, mais clara, menos polêmica e mais efetiva – do direito à privacidade,¹⁶ através de um processo de interpretação jurídica, que é “um processo cognoscitivo unitário”, e não de etapas sucessivas e excludentes das anteriores.¹⁷ Na medida em que há

¹⁴ Grifo no original. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

¹⁵ Veja-se a observação de Sérgio Branco e a alusão ao caso da atriz Barbra Streisand: “O esquecimento não pode ser imposto. Aliás, a experiência humana demonstra justamente o contrário: quanto mais se deseja o esquecimento, mais se desperta a curiosidade alheia e mais a memória aviva. A esse fenômeno, inclusive, se convencionou chamar ‘Efeito Streisand’, em razão de a atriz e cantora norte-americana Barbra Streisand ter tentado remover uma foto de sua casa de um site alegando preocupações com sua privacidade e, em razão disso, o site viu um aumento considerável de visitas de usuários que queriam ver a referida foto” (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 146).

¹⁶ Como sustenta Sérgio Branco: “Tratando-se a privacidade contemporânea como a possibilidade de controle sobre dados pessoais, em cujo debate se inserem fortemente conceitos como consentimento para coleta e tratamento de dados e sua finalidade, parece-nos que a definição é suficiente para abarcar o que se considera como direito ao esquecimento. Ou seja, apesar da nomenclatura distinta, deveria estar circunscrito ao direito de privacidade, sendo um aspecto dele. Afinal, se até mesmo dados que pouco ou nada revelam sobre seu titular são objeto de proteção pelo direito de privacidade, com igual razão devem ser tutelados, sob o mesmo direito, dados pretéritos que podem vir a causar dano ao titular caso sejam revelados tempos depois” (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 171).

¹⁷ Pietro Perlingieri leciona que “as interpretações literais, lógicas, sistemáticas não são nem podem ser fases cronológicas e logicamente distintas; elas são perfis e critérios de um processo cognoscitivo unitário. Seria absurdo reconhecer entre os critérios, uma espécie de concorrência ou de contraste ‘quase como se fossem configuráveis como pretendentes em luta entre si, aspirantes a uma aplicação exclusiva’”

um processo unitário de aferição do direito à privacidade, com delicada análise do peso, no caso concreto, de todos os valores fundamentais em jogo, que não são, pois, excluídos, é impossível defender, abstratamente, a sua inferioridade com fundamento na prevalência da liberdade de expressão sobre a privacidade¹⁸ – embora sejam relevantes as preocupações de consagrada doutrina sobre o direito ao esquecimento, ao defender a posição preferencial da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade.¹⁹

O desafio é conjugar a liberdade de expressão com os demais direitos fundamentais, como o direito à privacidade, já que a composição posterior do dano, ao mesmo tempo em que evitaria a censura prévia de publicações jornalísticas, frustraria a tutela da privacidade: uma vez divulgada uma imagem ou dado sensível de uma pessoa (como uma doença), será muito difícil esquecer esse dado, ante a capacidade crescente de armazenamento de dados na Internet

(PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616).

¹⁸ Vale lembrar a defesa de Menezes Cordeiro dos direitos da personalidade mesmo em relação a “certos direitos fundamentais, com o relevo para a liberdade de opinião e a liberdade de expressão”. Confira-se: “Os direitos da personalidade servem a pessoa singular que se apresente, apenas, como pessoa: opõem-se – ou podem opôr-se – a todos os interesses organizados e, particularmente: ao Estado, ao poder econômico, ao poder político e ao poder da comunicação social. Por isso, contra os direitos da personalidade, vão ser brandidos: o interesse público (Estado), outros direitos privados reconhecidos (direito de propriedade e ‘direito’ de iniciativa privada) ou mesmo certos direitos fundamentais, com o relevo para a liberdade de opinião e a liberdade de expressão. Os direitos da personalidade beneficiam, todavia, também de um pré-entendimento favorável. Estão em jogo seres humanos, na sua esfera mais íntima. Toda a tradição greco-cristã ocidental vai no sentido da tutela da pessoa singular. Ninguém, mormente após a queda de Berlim, em 1945, e do muro de Berlim, em 1989, iria defender a supressão dos direitos das pessoas, em nome de ‘interesses’ superiores: não há interesses superiores aos das pessoas. As limitações aos direitos da personalidade têm de passar, sempre, sob a máscara de outros direitos respeitáveis” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral, Tomo III (Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004, p. 75-76).

¹⁹ “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. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte Americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação” (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 Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, out./dez. 2003, p. 82). Daniel Sarmiento crítica o direito ao esquecimento defendendo a prevalência da liberdade de expressão e de imprensa sobre outros princípios, mas reserva um espaço restrito ao direito ao esquecimento, no sentido de que seria necessária a proteção de certos dados pessoais sem interesse público, especialmente no campo da informática (SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira – Parecer. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017; cf. especialmente p. 42 e seguintes sobre o espaço que reserva o autor ao direito ao esquecimento).

(inclusive de conteúdos da mídia tradicional inseridos, ali, posteriormente ou concomitantemente). E não se pode esquecer que a tutela da pessoa humana deve ser garantida não apenas sob uma “ótica de proteção essencialmente repressivo-ressarcitória”,²⁰ mas inibitória.

Não se defende, aqui, através da tutela da privacidade, a possibilidade de censura prévia de informações,²¹ o que, aliás, é proibido pelo art. 220, §2º, da Constituição Federal, mas apenas a divulgação de determinadas informações pretéritas de uma pessoa, sobre as quais não existe um interesse merecedor de tutela à divulgação, restando, assim, proteger a privacidade de sua titular. Não se pode olvidar que, em determinado contexto, a imprensa pode ser, de fato, capaz de exercer violência sobre a pessoa, como observa Manuel da Costa Andrade,²² a qual pode até ter sua vida profissional ou pessoal arruinada com o uso de certas informações descontextualizadas pelos veículos de comunicação. Mas isso não justifica, nem pode dar incentivo à edição de leis que, a pretexto de proteger um chamado direito ao esquecimento, permitam, sem qualquer critério, a supressão de dados, como o Projeto de Lei nº 7.881/2014, de autoria do já cassado deputado Eduardo Cunha. Esse “projeto” continha somente uma única norma: “Art. 1º. É obrigatória a remoção de *links* dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 127.

²¹ Maria Celina Bodin de Moraes defende que os limites à liberdade de expressão não podem ser confundidos com a censura prévia, cuidando-se de controle jurídico ou legal: “o controle da legalidade da conduta dos órgãos de imprensa não pode ser confundido com a censura, proibida expressamente nos termos do art. 220, §2º, da Constituição. O ato do juiz configura-se como controle jurídico ou legal, com vistas à proteção da pessoa humana” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 140).

²² “Noutra perspectiva não pode desatender-se a manifesta e desproporcionada desigualdade de armas entre a comunicação social e a pessoa eventualmente ferida na sua dignidade pessoal, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar. Os meios de comunicação social, sobretudo os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autônomos, obedecendo a ‘políticas’ próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as ‘irritações’ do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo. Nesta linha e a este propósito, Gadamer fala mesmo de ‘violência’ sobre a pessoa. A violência de uma opinião pública administrada pela ‘política’ da comunicação de massas e atualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar. A informação – explícita o autor – já não é direta, mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão seletivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes órgãos estão controlados nos estados democráticos através da opinião pública. Mas sabemos também como a pressão objetiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controles. Com outras palavras: exerce-se violência. Na síntese de Weber: entre o indivíduo e a imprensa dificilmente pode falar-se de igualdade de armas; aqui é o *ordinary citizen* que aparece invariavelmente como mais fraco e que tudo tem de esperar da proteção dos tribunais. A sua honra é por assim dizer sacrificada no altar da discussão política, isto é, socializada” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 64-65).

É importante, assim, que o chamado direito ao esquecimento não seja um apanágio de determinados grupos para sua utilização como subterfúgio para o anonimato ou a imposição de censura disfarçada de direito ao esquecimento, o que implicaria, seja como for, a inconstitucionalidade de eventual norma com esse conteúdo. Nesse sentido, é a advertência de Raul Choeri:

O diritto all'oblio, à luz do direito à identidade, não deve ser confundido com o anonimato, vedado constitucionalmente (artigo 5º, inciso IV), pois constitui abuso de liberdade de pensamento quando utilizado para acobertar quem ataca alguém por meio de infâmias e injúrias, ocultando maliciosamente sua identificação (dados pessoais), com o intuito de esquivar-se às responsabilidades civis e criminais.²³

Feitas essas ressalvas, pode-se afirmar que é, nesse contexto de vulnerabilidade da pessoa humana em relação ao poder das mídias, que se situa a controversa existência do direito ao esquecimento ou – *rectius* – da privacidade, que não pode ser, *a priori*, negada através da invocação abstrata de interesses coletivos supostamente superiores. A sua tutela assume, assim, um papel relevante de promoção da pessoa humana, considerando a função promocional do Direito, que não deve se limitar a reproduzir o *status quo*, como aponta Maria Celina Bodin de Moraes: “O direito é justamente uma força de transformação da realidade; é sua a tarefa civilizatória, reconhecida através de uma intrínseca função promocional ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*”.²⁴

E, em tempos de Internet, a qual não esquece,²⁵ a garantia da privacidade se afigura de vital importância. Como aponta, com precisão, Danilo Doneda, “ganha peso a imagem do computador como o cão de guarda da sociedade da informação, que não esquece jamais”.²⁶ A vulnerabilidade é, portanto, uma nota marcante de nossos tempos, do que é prova a força da Internet, com a perenidade de seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, como o Google e outros motores de busca.

É dentro desse contexto complexo, e que clama pela importância dos valores envolvidos – como a liberdade de expressão, de informação e seus corolários

²³ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 264.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 46-47.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 163.

²⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de danos pessoais*, cit., p. 178.

de circular informações e de ser informado, e, de outro, a privacidade, imagem, dentre outros direitos da personalidade (como o nome) –, que se insere o delicado direito ao esquecimento, que começa a ser enfrentado, de modo específico, pelos Tribunais brasileiros.

2 O último julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito ao esquecimento

Por esse motivo, é de grande importância e atualidade o julgamento que tratou da alegada violação ao direito ao esquecimento por emissora de televisão, realizado em 24 de outubro de 2017, pelo Superior Tribunal de Justiça, após dois outros importantes julgamentos sobre o tema.²⁷ Cuida-se do Recurso Especial, distribuído sob o nº 1.631.329 – RJ, e interposto por Glória Perez, no qual figurou como recorrida a Rádio e Televisão Record S.A., que veiculou, em programa de televisão exibido “quase 20 (vinte) anos após o assassinato de Daniella Perez, [...], longa reportagem [...] na qual o assassino confesso, Guilherme de Pádua Thomaz, [...] deu sua versão dos fatos que resultaram no fatídico episódio que vitimou a atriz”.²⁸

O objeto do julgamento foi “definir se a veiculação não autorizada da imagem da filha da autora em programa televisivo configura dano moral indenizável, além de ensejar a reparação por danos materiais, haja vista o caráter comercial da reportagem”. O referido recurso tem origem em ação movida por Glória Perez contra a Rádio e Televisão Record S.A. – Rede Record de Televisão e Guilherme de Pádua Thomaz por reportagem feita pela referida emissora muitos anos após o homicídio, que foi amplamente divulgado nos anos 90, cometido por Guilherme de Pádua e Paula Thomaz, sua mulher na época, do qual foi vítima Daniela Perez, então atriz e filha de Glória Perez, conhecida autora de novelas televisivas. Tendo o pedido sido julgado improcedente nas instâncias ordinárias, a autora da ação interpôs recurso especial apenas quanto ao capítulo do acórdão que julgou improcedente seu pedido indenizatório contra a Rede Record.

²⁷ O STJ, no julgamento do REsp nº 1.334.097/RJ (Rel. Min. Luis Felipe Salomão), em 10.09.2013, entendeu legítimo o direito de absolvido no episódio da “Chacina da Candelária” – um violento massacre de menores por policiais em frente à Igreja da Candelária em 1993 –, de ter seu nome e imagem expostos em programa de televisão sobre a tragédia, embora tenha reconhecido, ali, a relevância do fato histórico. No segundo caso, o Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, julgado em 28.05.2013 (Rel. Min. Luis Felipe Salomão), o STJ negou o direito dos irmãos de Aída Curi de pleitear indenização pela exibição de programa que os teria feito lembrar-se de homicídio notório havido em 1958, por reconhecer que a imprensa não podia ser impedida de retratar a figura da vítima, ante a notoriedade do caso abarcado, segundo o acórdão, no âmbito do domínio público.

²⁸ STJ. 3ª T. REsp nº 1.631.329/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julg. em 24.10.2017. O acórdão trata de outras questões de direito, mas esta análise está restrita à aplicação do direito ao esquecimento.

Prevaleceu, por maioria, o voto da Ministra Nancy Andrighi, que confirmou o mencionado acórdão e suas respectivas premissas fáticas, no sentido de que a reportagem não teve “denotação vexatória ou que denigra a imagem da recorrente ou de sua filha”, nem expôs, com “destaque”, “a intimidade da vítima ou de sua mãe”. Arrematou que “as imagens divulgadas na reportagem se limitam a noticiar o fato histórico de repercussão social” e que “o fato já foi ampla e notoriamente divulgado desde a sua ocorrência”, sem que tenha havido “a exploração comercial na exibição do conteúdo informativo”.²⁹

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu voto vencido e se debruçou sobre outros elementos de fato da causa: (i) a ausência de consentimento do uso de imagem de Daniela Perez por sua mãe; (ii) a exibição da reportagem em dois programas com horários de ampla audiência; (iii) a longa duração da reportagem e a exibição, por 33 vezes, da imagem de Daniela Perez; (iv) a exibição de “fotos e trechos de vídeos da vida particular da autora e de sua filha, inclusive em viagem para o exterior, de caráter estritamente familiar”; e, por fim, (v) a circunstância de que a reportagem foi exibida “poucos dias antes de se completarem 20 (vinte) anos do assassinato da atriz”.³⁰

Tanto o voto vencedor quanto o vencido revelam aspectos que merecem análise no que diz respeito à incidência do direito ao esquecimento, em ambos invocado expressamente,³¹ ao qual, supostamente, faria jus Glória Perez em relação à exploração da imagem de sua filha Daniela Perez como vítima de um homicídio ocorrido há décadas.

Segundo os termos do voto vencido, os elementos de fato aludidos demonstrariam certa extrapolação do direito constitucional à informação através da “exposição exagerada da imagem da vítima”, que não preservaria “seus familiares de desnecessárias lembranças de fato de inegável dor”.³² Já o voto vencedor consignou que não seria aplicável, ao caso, o direito ao esquecimento, notadamente, sob os fundamentos de que “as imagens divulgadas na reportagem se limitam a noticiar o fato histórico de repercussão social” e que “o fato já foi ampla e notoriamente divulgado desde a sua ocorrência”.³³

²⁹ Voto da Ministra Nancy Andrighi, p. 34.

³⁰ Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 18. Segundo ali consta, esses fatos não teriam sido objeto de controvérsia pelas partes e não teriam sido afastados pelas instâncias ordinárias, sendo, assim, passíveis de exame na via do recurso especial, pela não incidência do Enunciado nº 7 da súmula do STJ.

³¹ Como esta análise é sobre o direito ao esquecimento, optou-se por não comentar o voto do Ministro Moura Ribeiro, já que este, em seu voto-vista, afirmou o seguinte: “Importante, ainda, registrar que em nenhum momento nos autos se tratou o tema sob a perspectiva do direito ao esquecimento. Tratou-se, isso sim, de direito à imagem, alegando-se que a utilização não autorizada dela enseja dever de indenizar” (Voto do Ministro Moura Ribeiro, p. 39).

³² Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 18.

³³ Voto da Ministra Nancy Andrighi, p. 34.

Não obstante ambos os votos estejam fundamentados por parâmetros de incidência do direito ao esquecimento, convém, aqui, e à doutrina, comentá-los e fornecer outros critérios para a jurisprudência, estabelecendo, com isso, um diálogo profícuo. Não se pode desconsiderar que a relevância histórica da doutrina é ressaltada por Antônio Manuel Hespanha,³⁴ assim como que a tradição jurídica luso-brasileira é marcada pela forte influência doutrinária, vez que “desde as nossas mais fundas origens, o *mos italicus* refletido exemplarmente na obra de Bartolo de Saxoferrato, conformou uma mentalidade”.³⁵ Essa necessidade de diálogo entre jurisprudência e doutrina, para o qual se pretende, dentro dos limites deste comentário, contribuir a seguir, recrudescer no denominado direito ao esquecimento, que se situa na zona fronteira e nebulosa de colisão de princípios constitucionais.

3 Considerações sobre os critérios utilizados nos votos proferidos no julgamento do Recurso Especial nº 1631329-RJ

Nos dois votos, resta evidente a preocupação de verificar se houve uso indevido da imagem, através da exposição da intimidade de Daniela Perez e de seus familiares. Enquanto o voto vencedor entendeu que não teria havido destaque à intimidade da vítima ou de sua mãe (a autora da ação), o voto vencido considerou que teria havido exposição da imagem de ambas em fotos e vídeos de natureza particular e familiar.

3.1 O significado do direito à privacidade

É importante, no entanto, fazer um adendo: o denominado direito ao esquecimento não deve ser aferido a partir do prisma do direito à privacidade como

³⁴ Ao discorrer sobre a influência da doutrina nas épocas medieval e moderna em Portugal, Antônio Manuel Hespanha ressalta a opinião decisiva dos juristas nas questões jurídicas e até políticas do Antigo Regime: “A formação de uma ciência jurídica erudita e de um correspondente corpo de juristas letrados e profissionais teve conseqüências profundas na prática jurídica: [...] c) Por outro lado, gerou forte espírito de corpo entre os juristas profissionais que, combinado com a sua função social de árbitros das grandes questões sócio-políticas, com a sua insindicabilidade prática e com os efeitos de uma literatura orientada para a defesa dos seus privilégios estamentais (cf. Antônio de Sousa Macedo, *Perfectus doctor*, Londini, 1643; Jerônimo da Silva Araújo, *Perfectus advocatus*, Ulyssipone 1743; Gabriel Alvarez de Velasco, *Iudex Perfectus*, Lugduni 1642), os constituiu numa camada politicamente decisiva, cujas alianças e funcionamento político-social se começa hoje a estudar”. (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*: Síntese de um Milênio. 3. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América Ltda., 2003, p. 204).

³⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA, Judith Martins. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 191.

sinônimo de intimidade. Isso porque, como acentua Stefano Rodotà, “o objeto do direito à privacidade amplia-se, como efeito do enriquecimento da noção técnica da esfera privada, a qual compreende um número sempre crescente de situações juridicamente relevantes”.³⁶ E arremata: “ao se falar em privado, não se identificam necessariamente áreas às quais se atribui uma proteção especial por razões de intimidade”.³⁷

Privacidade não se confunde, pois, com intimidade, nem com o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*), fruto do liberalismo individualista característico do século XIX, como explica Maria Celina Bodin de Moraes:

Segundo Stefano Rodotà, cumpre ressaltar um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade: da originária definição – *the right to be let alone* – ao direito de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada, bem como ao direito de manter o controle sobre as próprias informações. O direito à privacidade, visto assim, configura-se como um instrumento fundamental contra a discriminação e a favor da igualdade e da liberdade.³⁸

Partindo da definição de privacidade exposta, nota-se que a privacidade, atualmente, assume um aspecto muito mais dinâmico do que o mero direito à reclusão, pois possibilita à pessoa humana controlar não só sua esfera íntima, mas todas as informações que possam ser usadas com intuito discriminatório.³⁹ A invocação do direito ao esquecimento surge, ainda, quando a pessoa constrói nova imagem social e não quer, assim, ser associada à sua identidade antiga, em respeito ao direito à identidade pessoal, como expõe Raul Cleber da Silva Choeri:

Situação jurídica peculiar, ainda na confluência dos direitos à identidade e de liberdade de manifestação de pensamento, é aquela na qual fatos verdadeiros, ocorridos há algum tempo sobre determinada pessoa, que tenha mudado de vida (seja no aspecto ideológico, moral, político, sexual) e conquistado nova imagem social, são reinvocados na atualidade, ferindo sua identidade pessoal. Trata-se do aspecto dinâmico da identidade, passível de constante modificação e sempre em processo de reconstrução psicossocial, o qual deve ser tutelado pelo Direito.⁴⁰

³⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.

³⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 93.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 141.

³⁹ Não se sustenta, aqui, contudo, que a lesão à privacidade apenas se configuraria quando houvesse intuito discriminatório na exposição de algum atributo da pessoa humana.

⁴⁰ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 262.

Seria possível, ainda, invocar o direito ao esquecimento, mesmo quando a pessoa possui identidade pessoal igual àquela que apresentava à época do fato a ser esquecido? Imagine-se uma pessoa, que nunca foi eleita para algum cargo do Poder Público, e que sempre tenha comungado dos ideais de determinada corrente de pensamento político, mas que, atualmente, não deseja que as mídias associem sua imagem a ela (mesmo que continue a comungar de seus ideais), pelo justo receio de que pode vir a sofrer discriminações nos ambientes de trabalho e social. A identidade pessoal dessa pessoa permanece inalterada, mas ele pode manter reservadas, no âmbito de sua privacidade, suas preferências ideológicas, mesmo que isso seja um paradoxo, como esclarece Rodotà.⁴¹

Embora as informações sobre as preferências políticas não façam parte, propriamente, da esfera íntima da pessoa, elas podem até se inserir no âmbito da privacidade. Nesse sentido é que a tutela da privacidade não pode ser invocada apenas quando a pessoa assume nova identidade pessoal, pois apesar do fato de que “a identidade pessoal pode mudar e frequentemente muda com a evolução da pessoa”,⁴² isso não significa que ela, sem qualquer mudança em suas preferências políticas, não possa querer mantê-las, em determinado contexto, no âmbito de sua privacidade. O direito ao esquecimento se justificaria com a tutela, não apenas da nova identidade pessoal, mas quando o direito à informação não prevalecesse, no caso concreto, sobre o direito à privacidade, entendido este em acepção ampla, e não restrita, pois, à intimidade.

⁴¹ Embora as opiniões políticas de uma pessoa integrem, em um Estado Democrático de Direito, a sua esfera pública, podem elas ser fator de discriminação, e, por isso, também integrarem a sua esfera privada, o que evidencia um paradoxo da privacidade, como indica Stefano Rodotà: “A necessidade de intimidade dilatou-se para muito além das informações relacionadas à esfera íntima da pessoa, constituída esta pelos dados que o interessado quer ver excluídos de qualquer tipo de circulação. Do exame de textos relevantes nessa matéria, percebe-se claramente que o núcleo duro da privacidade é ainda hoje constituído por informações que refletem a tradicional necessidade de sigilo (por exemplo, aquelas relacionadas à saúde ou aos hábitos pessoais): internamente, porém, assumiram cada vez maior relevância outras categorias de informações, protegidas sobretudo para evitar que pela sua circulação possam nascer situações de discriminação, com danos aos interessados. Trata-se, em especial, de informações relacionadas às opiniões políticas e sindicais, além daquelas relativas à raça ou ao credo religioso. Ora, a particularidade dessa situação decorre do fato de que as opiniões políticas e sindicais não podem ser confinadas somente na esfera privada: pelo menos nos estados democráticos elas são destinadas a caracterizar a esfera pública, fazem parte das convicções que o indivíduo deve poder manifestar em público, contribuem a determinar a sua identidade pública. A classificação desses dados na categoria de dados sensíveis, particularmente protegidos contra os riscos da circulação, deriva de sua potencial inclinação para serem utilizados com finalidades discriminatórias. Exatamente para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações, que recebem um fortíssimo estatuto privado, que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação. Pode-se chamar a isso de o ‘segundo paradoxo da privacidade’” (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 95-96).

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 139.

O direito à privacidade, em todas as suas ricas manifestações, assim como os direitos da personalidade, não pode ser definido por um tipo rígido, pois, sempre que uma exigência existencial da pessoa humana justificar a sua incidência, ele pode ser invocado.⁴³ Exatamente pela necessidade de tutela da pessoa estar afinada, *pari et passu*, com as transformações sociais, Gustavo Tepedino sustenta que: “torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular”.⁴⁴ Menezes Cordeiro defende que “os direitos de personalidade não são meras posições defensivas: quais castelos erguidos em torno dos bens de personalidade e destinados a torná-los inexpugnáveis”. Mas são, antes de mais nada, segundo o autor, “realidades dinâmicas, que correm lado a lado com os seus titulares em todas as vicissitudes que acompanham o ser humano, do nascimento à morte”.⁴⁵

3.2 Outros aspectos da aplicação do direito ao esquecimento no julgamento do Recurso Especial nº 1.631.329-RJ

Feitas essas considerações sobre o direito à intimidade, invocado nos votos, é possível afirmar que, a partir da análise do caso concreto e de suas

⁴³ A metodologia civil-constitucional rompe a barreira do “conceitualismo”, que procura definir os institutos por *fattispecies* rígidas e abstratas. Esse rompimento do “conceitualismo” se nota, em especial, nos direitos da personalidade, como o direito à privacidade. Não é possível enquadrá-lo, portanto, em um conceito rígido, sob pena de se diminuir o alcance da cláusula geral de tutela da pessoa humana, tal como se dá, por exemplo, com o entendimento de que os direitos da personalidade seriam taxativos. Confirma-se, a esse respeito, a lição de Pietro Perlingieri: “A presença, na Constituição, de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana (art. 2), leva a excluir a tipicidade dos direitos da personalidade em termos quantitativos e permite considerar de forma qualitativamente diversa, o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva. Assim, exigências existenciais como a informação e o acesso às suas fontes, a privacidade dos fatos particulares, a mudança de sexo, a integridade psíquica além da física, a identidade pessoal, a normal vida de relação, encontram na previsão geral da tutela da pessoa um fundamento normativo específico, idôneo para qualificar tais exigências como juridicamente merecedoras de tutela, com imediatas conseqüências nas próprias relações intersubjetivas” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 586). Maria Celina Bodin de Moraes defende que os direitos da personalidade sejam enquadrados em uma categoria aberta e, portanto, não rígida: “A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como uma categoria aberta” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos da personalidade*, cit., p. 127).

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 36.

⁴⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral, Tomo III (Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004, p. 113.

peculiaridades (mesmo considerando os limites do recurso especial e o óbice do reexame de fatos e provas), o Superior Tribunal de Justiça buscou avaliar se a exposição da imagem de momentos privados da família Perez se justificava dentro do contexto de exibição da reportagem, que, como acabou se decidindo, possuiria cunho meramente informativo sobre homicídio de grande repercussão no passado. Parece que o referido Tribunal, tanto no voto vencedor quanto no vencido, buscou analisar as questões de direito do recurso especial de acordo com os elementos do caso concreto, e não de forma abstrata, o que se afigura adequado.

Ao reconhecer, de acordo com os elementos do caso concreto, ainda que por maioria, que “as imagens divulgadas na reportagem se limitam a noticiar o fato histórico de repercussão social”,⁴⁶ veja-se que o Superior Tribunal de Justiça não chega a negar a existência de um instituto do direito ao esquecimento, já admitida por ele em outros julgados, mas apenas consignou que um homicídio de grande repercussão nacional consubstancia fato histórico, cuja proibição de divulgação não pode ser imposta à imprensa. Afinal, são os elementos do caso concreto que indicarão se o direito ao esquecimento se verificará ou não, já que, como afirma Anderson Schreiber:

[...]o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.⁴⁷

O ponto inusitado do caso concreto, objeto desta análise, é que a reportagem contava com a entrevista do réu Guilherme de Pádua após cumprir a sua pena, enquanto que o direito ao esquecimento, como dito, tradicionalmente surge do direito do condenado a não ter sua imagem vinculada ao crime. É o que se deu no tão comentado caso Lebach, em que um dos participantes de roubo

⁴⁶ Voto da Ministra Nancy Andrighi, p. 34.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*, cit., p. 165-166.

às Forças Armadas Alemãs, na década de 60, e do qual decorreram diversos homicídios e lesões corporais a soldados, invocou o direito ao esquecimento contra emissora que queria, anos após o episódio e depois do cumprimento da pena, exibir documentário a respeito, tendo, ao final, conseguido proibir a exibição integral do programa, já que se fazia, ali, menção ao seu nome e exibia-se sua fisionomia.⁴⁸

No caso concreto, é relevante a preocupação do voto vencido quanto à exibição de fotos e vídeos da vida íntima de Daniela Perez e de sua família, pois o modo e a finalidade de uso de imagens, ainda que de pessoas públicas, é relevante, já que estas conservam, como se sabe, o direito à imagem, pois se afigura atributo irrenunciável da pessoa humana.⁴⁹

Porém, não parece ser possível a simples pretensão de proibição de reportagens sobre o referido crime, e a exigência de que elas não mencionem, por exemplo, o nome de Daniela Perez, atriz que, à época de seu homicídio, participava de telenovela de grande repercussão. E, assim, não parece admissível que não seja possível a exibição, por exemplo, de imagens de sua atuação pública como atriz, ou, ainda, de depoimentos de envolvidos na época do crime em cotejo com essa imagem.

O fato de o crime ter ocorrido há décadas, por si só, não retira a liberdade de divulgar informações, dentro de certos parâmetros, sobre sua ocorrência e os envolvidos (inclusive do nome da atriz), sob pena de inviabilizar e enfraquecer a imprescindível liberdade de imprensa ou de franquear ao Poder Judiciário um papel que não lhe cabe, que seria o de editar detalhes de reportagens, programas, o que, inevitavelmente, frustraria a liberdade de imprensa.

Destaque-se que, no julgamento do recurso especial que tratou do direito ao esquecimento dos irmãos de Aída Curi e do seu respectivo direito à alegada indenização por reportagem que os teria feito recordar notório homicídio havido em 1958, o STJ entendeu que a imprensa não podia ser impedida de retratar a figura da vítima, ante a notoriedade do caso abarcado, segundo o acórdão, pelo domínio público. Do voto do relator, constou essa preocupação em não obstar o livre exercício da imprensa:

⁴⁸ O caso, já bem discutido na doutrina (cf., *inter plures*, SARMENTO, Daniel. Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira – Parecer, cit., p. 35), assim como suas repercussões sobre casos nacionais, é tratado por Sérgio Branco em seu livro sobre a memória e o esquecimento na Internet (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, cit., p. 123 e seguintes).

⁴⁹ Anderson Schreiber afirma que “a mais bonita e a mais midiática das celebridades conserva seu direito à imagem, como manifestação irrenunciável da sua própria condição humana” e, assim, arremata que “não se trata de considerar pública a pessoa em sua plenitude, mas certos atos, acontecimentos ou declarações dirigidas ao público, ou de seu legítimo interesse” (SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38).

Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. [...] Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.⁵⁰

Porém, o critério de que “o fato já foi ampla e notoriamente divulgado desde a sua ocorrência”,⁵¹ que constou do voto vencedor do caso Glória Perez, não serve, separadamente, para afastar o direito ao esquecimento, já que, a depender do contexto histórico, o direito àquela informação, mesmo que amplamente divulgada anteriormente, pode prevalecer, ou não, sobre o direito à privacidade de algum familiar. Embora no caso Aída Curi, o STJ tenha negado o direito ao esquecimento a seus familiares, dali extrai-se ressalva na qual se defende o ponto aqui exposto: “É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera”.⁵²

O critério para aferição, no caso concreto, do direito à privacidade não é meramente quantitativo, mas mais complexo. É que, como defende Stefano Rodotà, a informação não vale por si mesma, mas em virtude do contexto no qual está inserida, ou pelas finalidades para as quais é utilizada, ou, ainda, pelas outras informações às quais tem sido associada. As regras sobre a circulação de dados devem considerar contextos, funções, associações. Em última *ratio*, a informação deve, pois, ser contextualizada:

Foi o próprio tratamento automático dos dados a demonstrar, à evidência, que nenhuma informação tem valor por si mesma, mas em

⁵⁰ STJ. 4ª T. REsp nº 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julg. em 28.05.2013, p. 8.

⁵¹ Voto da Ministra Nancy Andrichi, p. 34.

⁵² STJ. 4ª T. REsp nº 1.335.153/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julg. em 28.05.2013, p. 8.

virtude do contexto no qual está inserida, ou pelas finalidades para as quais é utilizada, ou pelas outras informações às quais tem sido associada. As regras sobre a circulação dos dados então tendem a ser cada vez mais orientadas para a consideração de contextos, funções, associações.⁵³

A necessidade de contextualização das informações é, particularmente, sensível no tema do direito ao esquecimento. Isso porque, muitas vezes, o direito ao esquecimento serve para impedir que a pessoa humana seja retratada de acordo com sua antiga identidade. É o caso clássico, exatamente, de ex-detento que já cumpriu sua pena criminal e, anos após o crime, encontra-se integrado, com um trabalho, amigos e novos familiares, a uma nova comunidade, a qual ignora, por completo, sua antiga identidade criminosa. Assim, a aferição da atual identidade pessoal da pessoa não pode ser feita em abstrato, mas dentro de um determinado contexto temporal e considerando-se, ainda, a atual identidade da pessoa.

Tendo em vista a necessidade de considerar o contexto concreto de divulgação de determinado dado, não é possível defender, por si só ou abstratamente, que certas informações privadas, mesmo pertencentes a pessoas famosas, sejam, automaticamente, incorporadas à história e à sociedade. É possível sustentar, mesmo no caso de celebridades, que informações de sua vida privada, que já tenham sido esquecidas, não possam ser divulgadas em outro contexto histórico, no qual soem descontextualizadas e traduzam violação à dignidade humana de seus familiares.

De fato, cada um tem o direito de ser retratado como é atualmente, ou seja, de maneira contextualizada (e, em qualquer hipótese, com o uso de informações verdadeiras). Deve-se retratar o indivíduo fielmente, como certa pessoa e não apenas como pessoa, como indica Raul Choeri:

Não se deve afirmar que o *diritto all'oblio* é antagônico ao direito à verdade pessoal, pois, em relação à identidade, o que se tem em mira é o poder conferido à pessoa de revelar-se tal qual ela é, em sua realidade existencial e coexistencial. Veja-se o caso do transexual operado que quer ser reconhecido por sua nova identidade sexual, pretendo ver omitida (esquecida) toda e qualquer referência à sua identidade antiga.⁵⁴

⁵³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 77.

⁵⁴ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, cit., p. 263.

Diante desse quadro, a pessoa humana tem direito de excluir dos demais, ou seja, de manter, no seu âmbito privado, aqueles fatos que não mais representam a sua identidade pessoal. A atualidade da identidade pessoal é um critério importante, mas não esgota a complexa problemática da tutela da privacidade.

Além da necessidade de contextualização da informação, faz-se necessário compreender a finalidade de utilização dos dados. A utilização dos dados deve ser limitada à finalidade específica que ensejou o fornecimento dos dados, autorizando, assim, a destruição quando cumprida a aludida finalidade (é a hipótese, por exemplo, da destruição dos dados pessoais relacionados à dívida com pretensão de exigibilidade prescrita: *vide* o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor).

Nesse sentido, Stefano Rodotà relaciona o direito ao esquecimento como subprincípio da finalidade da coleta de dados. Segundo o revolucionário autor, deve haver a “eliminação ou a transformação, em dados anônimos, das informações que não são mais necessárias (princípio do direito ao esquecimento)”.⁵⁵

Ainda que seja preferível abarcar o direito ao esquecimento dentro da mais ampla disciplina do direito à privacidade, não se pode deixar de ponderá-lo, por seu amplo alcance, no caso concreto, com a liberdade de expressão e com outros valores do ordenamento jurídico, o que apenas mostra a necessidade de interpretá-lo, de forma unitária, como sustenta a metodologia do Direito Civil-Constitucional.

4 Conclusão

O objetivo deste comentário de jurisprudência foi chamar atenção para o direito ao esquecimento, aspecto relevante do julgamento do Recurso Especial nº 1.631.329-RJ, e que deve ser objeto, no porvir, de outros comentários mais autorizados, pois se trata de tema desafiador, já que desponta do conflito entre a imprescindível liberdade de expressão e o indispensável, ainda mais na sociedade da vigilância,⁵⁶ direito à privacidade (que não se confunde com o direito à intimidade e ganha relevo no controle dos dados pessoais em quaisquer mídias, mesmo, e até por conta, das dificuldades intrínsecas de sua efetividade na Internet).

Procurou-se, a partir do julgado mencionado, além de comentá-lo e estabelecer um diálogo com a jurisprudência, fornecer alguns critérios para auxiliar o

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, cit., p. 59.

⁵⁶ Por todos, confira-se, em sua integralidade, a obra de Stefano Rodotà: RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, cit.

intérprete na árdua e relevante tarefa de interpretar o caso concreto, que demande a análise da incidência do direito ao esquecimento.

Por fim, espera-se que a jurisprudência não banalize o instituto e nem o julgue de maneira abstrata e com a invocação genérica a princípios jurídicos, relevando, aqui, mais do que nunca, a necessidade de fundamentação adequada, detalhada e que leve em conta todas as peculiaridades fáticas do caso, assim como todo o ordenamento jurídico.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LINS, Thiago. Análise da aplicação do direito ao esquecimento no julgamento do REsp nº 1.631.329-RJ. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 177-197, jan./mar. 2018.
