



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**As consequências do “Direito ao Esquecimento”
para a liberdade de expressão**

por

Isabella Zalcborg Frajhof

ORIENTADOR: Fábio Carvalho Leite

2015.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

As consequências do “Direito ao Esquecimento” para a liberdade de expressão

por

Isabella Zalcborg Frajhof

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Fábio Carvalho Leite

2015.1

Agradecimentos

Ao meu orientador, Fábio Carvalho Leite, por me orientar desde os tempos de PIBIC.

À minha mãe, Ilana, pela paciência e acolhimento.

Ao Alfredo, por caminhar junto comigo e participar de todos os meus dilemas jurídicos.

Ao meu pai, Leonardo, por comemorar minhas vitórias como se suas fossem.

Aos meus irmãos, Lucas, Nicolas, Laura e Chloé, simplesmente por existirem.

Ao João Arthur, pelo companheirismo e a calma que me traz.

Aos meus amigos e às minhas amigas, por me oferecerem um lugar que sei que posso sempre voltar.

À Heloísa Carpena, minha guru jurídica.

“E se um dia ou uma noite um demônio se esgueirasse em tua mais solitária solidão e te dissesse: "Esta vida, assim como tu vives agora e como a viveste, terás de vivê-la ainda uma vez e ainda inúmeras vezes: e não haverá nela nada de novo, cada dor e cada prazer e cada pensamento e suspiro e tudo o que há de indivisivelmente pequeno e de grande em tua vida há de te retornar, e tudo na mesma ordem e sequência - e do mesmo modo esta aranha e este luar entre as árvores, e do mesmo modo este instante e eu próprio. A eterna ampulheta da existência será sempre virada outra vez, e tu com ela, poeirinha da poeira!". Não te lançarias ao chão e rangerias os dentes e amaldiçoarias o demônio que te falasses assim? Ou viveste alguma vez um instante descomunal, em que lhe responderias: "Tu és um deus e nunca ouvi nada mais divino!" Se esse pensamento adquirisse poder sobre ti, assim como tu és, ele te transformaria e talvez te triturasse: a pergunta diante de tudo e de cada coisa: "Quero isto ainda uma vez e inúmeras vezes?" pesaria como o mais pesado dos pesos sobre o teu agir! Ou, então, como terias de ficar de bem contigo e mesmo com a vida, para não desejar nada mais do que essa última, eterna confirmação e chancela?”

Friedrich Nietzsche, 1882.

Resumo

Por meio do estudo das recentes decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ (caso “Chacina da Candelária”) e 1.335.153/RJ (caso “Aída Curi”), ambos sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, que tratou do “direito ao esquecimento”, foram observadas as decorrências da introdução deste direito no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da análise dos fundamentos do conceito hegemônico de liberdade de expressão ora compreendido, e diante da demonstração de sua importância, este trabalho buscou, ao final, apontar as possíveis consequências que a liberdade de expressão sofrerá. Neste sentido, procurou-se expor as diferentes perspectivas da liberdade de expressão nos EUA e no Brasil, sugerindo como a visão norte-americana poderá apresentar uma nova abordagem sobre o tema. Tendo em vista que o “direito ao esquecimento” é uma construção jurídica dos tribunais, para compreender o seu surgimento, fez-se necessária a análise da jurisprudência internacional e nacional sobre o assunto, sendo destacada a mudança de posição ocorrida. Considerando o conflito existente entre o “direito ao esquecimento” e a “liberdade de expressão”, para sustentar a importância desta, foi invocada a aplicação da doutrina da posição preferencial (*preferred position*), onde em casos de conflito com outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão deverá conter um peso maior no momento da ponderação.

Palavras-chaves: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Direitos da personalidade. Privacidade. Posição Preferencial da liberdade de expressão.

Sumário

Introdução	6
1. Fundamentos da liberdade de expressão	10
1.1. Liberdade de expressão na Constituição americana	23
1.2 Liberdade de expressão na Constituição brasileira de 1988.....	28
2. Conceito e Histórico do “Direito ao Esquecimento”	34
2.1. Análise do “Direito ao Esquecimento” na jurisprudência nacional e internacional	36
2.2. Posição Preferencial da liberdade de expressão em conflito com os direitos da personalidade	52
3. Estudo de caso: O “Direito ao Esquecimento” no STJ: os casos “Aída Curi” e a “Chacina da Candelária”	58
3.1 O caso “Aída Curi”	58
3.2 O caso “Chacina da Candelária”	60
3.3 A motivação do STJ sobre o “Direito ao Esquecimento”	61
3.4. Os problemas com o “Direito ao Esquecimento” em relação aos fundamentos da liberdade de expressão	68
4. Conclusões	72
5. Bibliografia	76

Introdução

O debate sobre o “direito ao esquecimento” tem causado grande repercussão internacional, tendo em vista a recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que impôs aos *sites* Google Inc. e o Google Spain SL a obrigação de excluir de sua lista de resultados *links* de *sites* que contivessem informações que invadissem os direitos de privacidade de determinada pessoa, quando assim fosse requerido.

A partir desta decisão, o “direito ao esquecimento” começou a ser amplamente debatido, ganhando destaque e relevância diante da atualidade do tema. Embora o TJUE tenha analisado aquele direito no âmbito da internet, o presente trabalho o analisará sobre a ótica da mídia televisiva.

Nesse contexto, o tema desta monografia foi motivado pelas recentes decisões proferidas pra 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Recursos Especiais nº 1.334.097/RJ (caso “Chacina da Candelária”) e 1.335.153/RJ (caso “Aída Curi”), ambos sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Nestes dois casos o STJ reconheceu a existência do “direito ao esquecimento”, conceituado como “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores”.

A preocupação maior com a aplicação deste direito decorre do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Assim, o presente trabalho buscou expor uma ideia hegemônica da liberdade de expressão, como esta é atualmente compreendida, pelo estudo de seus fundamentos expostos pelos autores Baruch Espinosa, John Stuart Mill e Alexis Tocqueville.

Estes pensadores demonstram o forte vínculo existente entre a democracia e a liberdade de expressão, sendo esta considerada como condição propulsora do desenvolvimento e do conhecimento humano. As principais ideias destes autores serão relevantes para demonstrar ao final como o “direito ao esquecimento”, da forma como foi importado ao ordenamento jurídico brasileiro, acaba por preterir os fundamentos da liberdade de expressão. Tais como os motivos que justificam os limites impostos à liberdade de expressão apresentado por Espinosa; a ideia de Mill referente à pretensão de infalibilidade dos discursos, demonstrando a importância de expor as opiniões ao debate público; e a afirmação de Tocqueville que compreende os males da liberdade de imprensa, porém prefere garanti-la a suprimi-la.

Para compreender os desafios do “direito ao esquecimento”, será analisado como a liberdade de expressão é compreendida na ordem jurídica americana e na brasileira. Destacou-se a visão norte-americana da liberdade de expressão, pois este país é reconhecido por possuir a jurisprudência mais liberal do mundo sobre o assunto, e a partir da sua análise será demonstrado como esta compreensão poderá ser aproveitada pelo Brasil. Foi atribuído especial destaque à questão da responsabilização da imprensa pela divulgação de fatos verdadeiros e não verdadeiros, onde nos EUA, no caso *New York Times vs. Sullivan*, ficou estabelecido que a imprensa não seria responsabilizada pela publicação de fatos falsos, salvo de houvesse *actual malice* e *reckless disregard*, por parte da imprensa.

O “direito ao esquecimento” surgiu a partir da interpretação dos tribunais quando, em casos concretos, se defrontavam com um conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, onde indivíduos requeriam perante o judiciário que não fossem divulgados – logo esquecidos – fatos que consideravam ser invasivos à sua privacidade e violadores à sua honra. Desta forma, serão apresentados casos que trataram do “direito ao esquecimento”

pelos tribunais dos seguintes países: Estados Unidos da América, França, Alemanha e Brasil. Com exceção do tribunal francês, o STJ analisou decisões oriundas daquelas cortes para embasar sua decisão. Entretanto, os precedentes citados foram superados pelos tribunais de origem, o que sugere que nossa corte superior estaria em dissonância com a jurisprudência internacional sobre o tema.

Tendo em vista que a aplicação do “direito ao esquecimento” necessariamente implicará em um conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, em casos em que aqueles sejam garantidos, isto significará que a liberdade de expressão será sempre preterida. Para sustentar a importância de garantir esta liberdade, esta monografia defende a aplicação da doutrina da posição preferencial (*preferred position*) da liberdade de expressão, onde esta deverá conter um peso maior no momento da ponderação, em razão de sua importância no ordenamento jurídico.

O contexto fático dos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária” serão analisados individualmente e os seus fundamentos apreciados em conjunto, tendo em vista que os argumentos utilizados pelo Ministro Relator foram os mesmos, embora tenham alcançado resultados diversos. Foram destacados os trechos do voto que se fizeram mais relevantes para entender de que forma o “direito ao esquecimento” foi interpretado pelo STJ. Ao longo da análise destes casos, serão feitos comentários críticos ao conceito atribuído ao “direito ao esquecimento” e às compreensões do tribunal sobre o tema, demonstrando que o conceito vago e impreciso daquele direito poderá gerar uma restrição indevida à liberdade de expressão.

Por fim, esta monografia buscou retomar os fundamentos da liberdade de expressão trazidos no primeiro capítulo, e o possível prejuízo que o “direito

ao esquecimento” poderá ocasionar aos benefícios que aqueles trazem à sociedade.

1. Fundamentos da liberdade de expressão

A ideia de liberdade de pensamento e de opinião, como hoje é compreendida, foi amplamente discutida por diversos pensadores a partir do século XVII. A maneira como são desenvolvidos os seus fundamentos apontam para a sua importância, destacando a sua necessidade para a garantia e promoção de uma sociedade democrática. Esta compreensão sobre a liberdade de expressão será analisada neste trabalho sob a perspectiva de Baruch Espinosa, John Stuart Mill e Alexis Tocqueville, optando pela exposição dos autores nesta ordem pela complementariedade de suas ideias, bem como pela contribuição de cada um para os fundamentos da liberdade de pensamento e de expressão.

Neste contexto, havia uma grande preocupação em garantir as liberdades individuais e em proteger o indivíduo face ao Estado em formação. O filósofo Baruch de Espinosa em seu livro “Tratado Teológico-Político”, publicado em 1620, dedica um capítulo inteiro para cuidar da importância da liberdade de pensamento.

O título do referido capítulo entrega de plano ao leitor o caminho escolhido por Espinosa: “Onde se demonstra que num Estado livre é lícito a cada um pensar o que quiser e dizer aquilo que pensa”. Neste tópico, o filósofo trata da relação entre súditos e governantes, indicando que a garantia da liberdade de pensamento por parte das autoridades soberanas é fundamental para a manutenção da paz social.

Contudo, o filósofo aponta que, para frear a discricionariedade do agir deste Estado soberano, representado pelo monarca, deve-se observar que a “vontade de um homem não pode estar completamente sujeita a jurisdição

alheia, porquanto ninguém pode transferir a outrem, nem ser coagido a tanto, o seu direito natural ou a sua faculdade de raciocinar livremente e ajuizar sobre qualquer coisa”.¹

Surge, portanto, a ideia de que a liberdade de pensamento de cada indivíduo seria um direito natural e que a tentativa do soberano em retirar do homem a liberdade de dizer o que pensa, prescrevendo “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”² seria considerado um ultraje e uma usurpação dos direitos de seus súditos, pois a liberdade de pensamento é um direito individual, e, conforme aponta Espinosa, mesmo que se quisesse, não poderia renunciar-lhe.³

A ideia de que a liberdade de pensamento seria um direito natural, inerente ao ser humano, é a base da argumentação de Espinosa. Tal constatação torna-se relevante, pois a consequência lógica desta afirmação seria que, conforme demonstrado acima, a liberdade de pensamento, por ser um direito natural, não seria possível renunciar-lhe, criando ao Estado uma obrigação negativa, um dever de respeitá-lo e de deixar os indivíduos manifestarem aquilo que pensam.

Portanto, se em uma comunidade política for determinado que os indivíduos, “senhor[es] dos seus próprios pensamentos por superior direito da natureza”⁴ sejam impedidos de manterem opiniões diferentes daquelas prescritas pelas autoridades, os resultados seriam desastrosos, pois o Estado estaria violentando seus súditos em seu foro mais íntimo, em sua consciência,

¹ ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*; tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008, capítulo XX: “Onde se demonstra que num Estado livre é lícito a cada um pensar o que quiser e dizer aquilo que pensa”. Pg. 300.

² Ibidem. Pg. 300.

³ Ibidem. Pg. 300

⁴ Ibidem. Pg. 301.

no seu pensamento e em sua opinião. Para o pensador, o governo que nega a liberdade de pensamento seria inevitavelmente considerado violento.

Quando se defende a liberdade de pensamento, uma das preocupações que surgem diz respeito ao seu limite, tendo em vista que o direito à liberdade de expressão, por óbvio, defronta-se com outros direitos. Nos idos de 1620, a preocupação maior com a plena garantia da liberdade de expressão seriam as consequências à paz social. Para Espinosa o próprio fundamento do Estado é a liberdade:

O fim do Estado, repito, não é fazer os homens passarem de seres racionais a bestas 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 que não se digladiem por ódio, cólera ou insídia, nem se manifestem intolerantes uns para com os outros. O verdadeiro fim do Estado é, portanto, a liberdade.⁵

Embora o autor estabeleça que a liberdade seja a finalidade do Estado, ele a diferencia em duas formas de expressão: o agir e o pensar, impondo consequências e limitações diferentes para cada um. Esta dicotomia torna-se importante para compreender que os riscos causados à paz social, e à própria autoridade soberana, serão distintos, haja visto que o nível de perigo atribuído à ação motivada por um discurso em muito se distancia de eventual perigo causado por uma simples opinião. Neste sentido, poderá o indivíduo pensar e julgar as autoridades de acordo com suas próprias convicções, só não poderá atuar contra as normas estabelecidas pelo poder soberano, com o intuito de alterar os próprios fundamentos do Estado. Quando a liberdade for exercida pelo “pensar”, ela ganha potência para ser usufruída em sua plenitude, sem que isso cause qualquer ameaça à autoridade dos governantes, bem como à paz de Estado.

Contudo, a livre expressão não é absoluta, e Espinosa prevê sua limitação às opiniões consideradas “subversivas” ao Estado soberano. São

⁵ Ibidem. Pg. 302.

aquelas “cuja aceitação implica a imediata cessão do pacto pelo qual cada um renunciou ao direito de agir conforme entendesse” compreendendo que as “opiniões que não implicam uma ação, ou seja, que não envolvem a ruptura do pacto, a vingança, a cólera, etc., não são subversivas a não ser, talvez, num Estado de algum modo corrupto”.⁶ Novamente, a dicotomia estabelecida entre o agir e o pensar, ou, ainda, o pensar que incentiva a ação, é restrita ao conceito do pacto social.

No contexto em que o “Tratado Teológico-Político” foi escrito, percebe-se que a liberdade de pensamento pode ser exercida, desde que não ameace o Estado soberano, pois este representa a celebração do contrato social e permite a manutenção e a garantia dos homens na vida em sociedade.

Já em Espinosa é possível observar a preocupação com as consequências da garantia da liberdade de expressão. Naquele contexto um importante limite era a paz social. Parece que o maior temor da plena liberdade de pensamento é o medo do que ainda não existe. É um enorme não saber. Dependendo do tempo e lugar da história, os limites a esta liberdade serão outros.

Embora o próprio Espinosa reconheça que há inconveniências na concessão da liberdade de pensamento, ele indica que tais inconveniências devem ser toleradas. Para o filósofo, a garantia desta liberdade é fundamental para o desenvolvimento das ciências e das artes, que só terão êxito em prosperá-las o indivíduo “cujo pensamento for livre e inteiramente descompromissado”.⁷

⁶ Ibidem. Pg. 304.

⁷ Ibidem. Pg. 305.

Desta forma, conclui que a melhor forma de governar e a que traz menos inconvenientes seria aquela que tolera as diferenças, eis que “é a que mais se ajusta à natureza humana”,⁸ pois:

Num estado democrático (que é o que mais se aproxima do estado de natureza), todos, como dissemos, se comprometeram pelo pacto a sujeitar ao que for comumente decidido os seus atos, mas não os seus juízos e raciocínios; quer dizer, como é impossível aos homens pensarem todos do mesmo modo, acordarem que teria força de lei a opinião que obtivesse o maior número de votos, reservando-se, entretanto, a autoridade de a revogar quando reconhecessem que havia outra melhor. Sendo assim, quanto menos liberdade de opinião se concede aos homens, mais nos afastamos do estado com o de natureza e, por conseguinte, mais violento é o poder.⁹

Como última observação, Espinosa indica que a liberdade de opinião deve ser concedida, e que isso não se caracterizaria como uma ameaça à paz do Estado e aos poderes soberanos, e sim uma forma de preservá-los, devendo ser deixado “a cada um a liberdade de pensar aquilo que quiser e de dizer aquilo que pensa”.¹⁰

O entendimento da importância da liberdade de pensamento colocado por Espinosa é tamanha que o filósofo a coloca como o próprio fundamento dos Estados modernos em surgimento. A importância desta liberdade se colocava necessária para evitar a opressão do indivíduo frente ao novo Estado que despontava. Por isso, naquele cenário político, a liberdade de expressão deve ser entendida como pressuposto dos Estados modernos que estariam emergindo.

Dentro do entendimento hegemônico do conceito de liberdade de expressão escolhido para este trabalho, destacam-se as ideias do filósofo inglês John Stuart Mill, que também entendia este direito como um vínculo inerente à existência de um governo democrático. Inspirado por Jeremy Bentham e também por Alexis Tocqueville, Mill defende o utilitarismo aplicado às

⁸ Ibidem. Pg. 308.

⁹ Ibidem. Pg. 308.

¹⁰ Ibidem. Pg. 310.

liberdades pessoais, ficando esta posição marcada em sua obra "Sobre a Liberdade", escrita durante a época vitoriana, que tinha como contexto uma sociedade profundamente conservadora.

Mill inicia o capítulo "Liberdade de pensamento e discussão" de seu livro sustentado que existem opiniões verdadeiras e opiniões falsas, e que em ambas as situações, silenciar a expressão seria o mesmo que "espoliar a raça humana".¹¹ Para o autor, "todo ato de proibir uma discussão é uma pretensão de infalibilidade",¹² e pondera que não há uma preocupação maior em reconhecer a falibilidade do próprio discurso, seja pelo príncipe soberano, seja pela igreja ou classe a que o indivíduo pertença. Isto geraria uma confiança ilimitada em sua própria opinião, de maneira a enxergá-la em sua verdade, e nunca como uma pretensa falsidade.

A questão da infalibilidade é central no discurso de Mill, pois o autor acredita que uma opinião, para ganhar respeitabilidade, deve ser desafiada e contestada. Para se chegar a uma opinião verdadeira, esta deve ser discutida com terceiros para que o seu interlocutor observe as falibilidades de suas expressões. Neste sentido, explica o pensador inglês que:

Existe a maior diferença entre julgar verdadeira uma opinião porque, havendo toda oportunidade para contestá-la, não foi rejeitada, e presumir a sua veracidade objetivando não permitir nenhuma rejeição. A completa liberdade para contra-dizer e refutar nossa opinião é a genuína condição que nos autoriza a considerá-la verdadeira para objetivos da ação: e não há outras condições que permitam a um ser com faculdades humanas ter qualquer garantia racional de estar certo.¹³

Essa ideia de expor a própria opinião ao julgamento público, para que sejam ouvidas e observadas as suas falhas, é o modo pelo qual se alcançaria o *status* de opinião verdadeira. O indivíduo, para construir esta opinião e adquirir

¹¹CAPALDI, Nicholas; *Da liberdade de expressão - Uma antologia de Stuart Mill a Marcusa*. Fundação Getúlio Vargas Instituto de Documentação Serviço de Publicações: Rio de Janeiro -- GN -- 1974. Pg. 04.

¹² Ibidem. Pg. 06.

¹³ Ibidem. Pg. 07.

confiança de sua verossimilhança, deve disponibilizar esta ideia e estar disposto para a interferência de outros juízos. Para que a opinião de uma pessoa seja merecedora de confiança, argumenta o filósofo britânico, "foi por ter-se habituado a escutar tudo quanto se poderia dizer em contrário".¹⁴

Uma opinião ganha confiança quando confrontada com outras, pois o embate entre elas aperfeiçoa o próprio conhecimento. Faz-se necessário este processo, de objeções e desafios, pois, enquanto este perdurar, sempre haverá a possibilidade de ser encontrada uma verdade melhor, quando a "mente humana estiver apta a recebê-la".¹⁵

Mill introduz a teoria da utilidade aplicada à liberdade de expressão indicando que os governos, ao invés de utilizarem a questão da infalibilidade do discurso, atribuem a determinadas crenças o desígnio da utilidade, sustentando que aquelas seriam indispensáveis ao bem-estar da sociedade. Para o autor, a questão da infalibilidade apenas se desloca de um ponto para outro, pois a "própria utilidade de uma opinião é matéria de opinião: tão discutível, tão aberta à discussão e tão necessitada desta quanta a própria opinião".¹⁶

Ao citar exemplos como Sócrates e o Imperador Marco Aurélio, que foram homens condenados e perseguidos por proferirem ideias a frente de seu tempo, Mill tem como objetivo demonstrar que a história revela que muitas verdades são suprimidas por meio de perseguições ideológicas. Essas, como consequência, acam aqueles pensadores a frente de sua época, que contrariam o senso comum, ou os dogmas e verdades da sociedade, em determinado tempo e determinado lugar. Esta intolerância impede a difusão de ideias que, embora contrariem o entendimento comum da sociedade, conseqüentemente podem ampliar o desenvolvimento e compreensão de determinadas áreas do

¹⁴ Ibidem. Pg. 08.

¹⁵ Ibidem. Pg. 09.

¹⁶ Ibidem. Pg. 10.

conhecimento. Logo, pode-se afirmar que a interiorização do pensamento dissidente ocorre pelo “temor da heresia”.

O fato de um Estado institucionalizar dogmas como política de governo é a intolerância *per se*, pois, a própria definição de dogma¹⁷ pressupõe a não discussão.

Tal intolerância, segundo Mill, faz com que as opiniões consideradas como ideias heréticas sejam desprezadas, não havendo nenhum incentivo para sua difusão. O resultado disso seria uma espécie de “pacificação intelectual”, onde os indivíduos devem internalizar pensamentos dissidentes, e conseqüentemente, não exercer o desafio intelectual de expor e difundir. Este estado seria a verdadeira acomodação ao senso comum, e por isso, a morte do espírito humano.¹⁸

O filósofo britânico ressalta que a liberdade de expressão deve ser garantida não apenas para formar grandes pensadores, mas como algo indispensável para “habilitar a média dos seres humanos a atingirem a estatura mental de que são capazes”¹⁹, indicando que censurar a atividade mental dos indivíduos acabaria com a esperança “de encontrar aquele grau, geralmente elevado, de atividade mental que tornou tão notáveis alguns períodos da história”.²⁰

Assim, pressupõe-se que o medo é um forte aliado dos governos, gerando uma violência moral que obriga a obediência aos dogmas impostos, bem como a interiorização de pensamentos considerados hereges.

¹⁷ “Dogma.: o ponto fundamental e indiscutível duma doutrina religiosa, e, por ext., de qualquer doutrina ou sistema”. Definição prevista no Novo Dicionário Aurélio. Ed. 1986. Pg. 606.

¹⁸ Ibidem. Pg. 20.

¹⁹ Ibidem. Pg. 20.

²⁰ Ibidem. Pg. 21.

Na segunda parte de seu argumento, Mill concentra-se em analisar não mais os discursos que são falsos, e que pretendem ser entendidos como verdades únicas, mas sim os discursos pretensiosamente verdadeiros e que se propõem a serem investigados. A base de sua fundamentação, mais uma vez, é a necessidade de se discutir a opinião considerada verdadeira, pois caso esta não seja posta em discussão, aceitá-la tacitamente é como aceitar palavras com enunciados vazios.

“Quem só conhece a sua própria perspectiva do caso pouco sabe a respeito”.²¹ A partir de tal premissa, o pensador britânico sustenta a importância de saber ouvir e considerar todas as falácias de uma opinião. Entender que aqueles que apontam as falhas do raciocínio não são inimigos – os hereges e os imorais – e sim aliados, que indicam sugestões para complementar determinada opinião, que poderá tornar-se mais “verdadeira” e aprimorar suas inexatidões.

Portanto, a ausência da livre discussão não permite à humanidade entender quais seriam os fundamentos das opiniões amplamente difundidas, pois

(...) na ausência de discussão, não apenas se esquecem os fundamentos da opinião mas, com demasiada frequência, o significado da própria opinião. As palavras que a transmitem cessam de sugerir ideias ou sugerem só pequena parte das originalmente comunicadas. Em vez de uma concepção brilhante e de uma viva concepção, permanecem apenas algumas frases guardadas de cor.²²

Essa observação destaca como se tornaria mais fácil para os governantes manipular o homem comum com ideias já concebidas, em repeti-las sem fim, até que as palavras sejam decoradas e repetidas, sem que sejam discutidas. Assim surge a problemática dos enunciados vazios, pois as palavras

²¹ Ibidem. Pg. 23.

²² Ibidem. Pg. 25.

repetidas não detêm significado algum, são meras reproduções, porque não são conhecidos os seus fundamentos.

Isto é facilmente visualizado quando transposto para o contexto dos discursos religiosos, pois, como se viu acima, os dogmas são imutáveis, e não podem ser discutidos. São repetidos sem serem questionados como verdades absolutas. Por exemplo, os cristãos²³ recebem passivamente a doutrina religiosa, sem sequer questioná-la, sendo louvada como se fosse a verdade divina na terra, e o seu desrespeito significa desvirtuar-se do caminho de Cristo. A problemática se origina diante da ausência de reflexão do ser humano frente às verdades que lhes são postas. Para Mill, enfrentar as contradições de uma opinião “é um dos necessários incidentes da consolidação de opinião (...)”.²⁴

O terceiro argumento trazido para sustentar os benefícios da liberdade de expressão diz respeito às opiniões populares, que possuem verdades, mas nem sempre a verdade total.²⁵ Assim, a estas opiniões, mesmo que parcialmente verdadeiras, é dada grande relevância, isso porque, explica o filósofo, é mais importante que sejam ditas meias verdades do que negligenciar outras verdades que ouvimos. Esta afirmação atribui valor à livre expressão, mesmo que sejam meias-verdades, pois é certo que mais vale uma sociedade que permita esses pensamentos, do que uma sociedade que esconda outras verdades.

Segue o autor explicando que, no século XVIII, as ideias iluministas de Rousseau influenciaram a massa com “porções de verdades que a opinião

²³ Ibidem. Pg. 36

²⁴ Ibidem. Pg. 30.

²⁵ O Pensador observa que, “há, porém, um caso mais comum que qualquer destes quando as doutrinas conflitantes, em vez de serem uma verdadeira e outra falsa, dividem a verdade entre si, necessitando-se de que a opinião discordante venha suprir o resto da verdade, da qual a doutrina admitida corporifica uma parte apenas. Opiniões populares sobre temas não acessíveis à sensibilidade são muitas vezes verdadeiras, mas raramente ou nunca constituem a verdade total”. Ibidem. Pg. 32.

popular desejava”²⁶ agregando à ciência, literatura e filosofia novas verdades. O objetivo é demonstrar a importância de haver na política um embate entre ideias que parecem opostas entre si, pois a oposição entre princípios e valores é o que “conserva cada uma dentro dos limites da razão e sanidade”.²⁷ Ainda, aponta a importância em dar voz à minoria, indicando que, embora possa o mundo estar correto, a opinião dos dissidentes acrescentaria mais à verdade do que o seu silêncio.

Mill finaliza o seu capítulo sobre a liberdade de opinião indicando que a verdadeira moralidade da discussão pública é respeitar a opinião contrária, atribuindo-lhe o devido mérito, de modo a não descreditá-la. A nocividade em proibir a liberdade de pensamento é o enrijecimento do desenvolvimento intelectual e moral da humanidade.

Assim, conclui:

Que a humanidade não é infalível; que suas verdades, na maioria, são apenas meias-verdades; que a unidade de opinião, a menos que resulte da comparação mais plena e mais livre de opinião opostas não é desejável; e que a diversidade não é um mal, mas um bem, até que a humanidade seja muito mais capaz do que agora de reconhecer todos os aspectos da verdade (...). Como é útil para a humanidade, enquanto imperfeita, existam diferentes opiniões (...).²⁸

O filósofo inglês ainda propõe uma ideia de um princípio denominado como “auto-proteção, que tem como objetivo orientar as formas que justificariam a intervenção da sociedade na esfera individual. O exercício de poder sobre outro indivíduo apenas se justificaria para impedir que seja causado dano a outrem, pois “o indivíduo só era responsável perante a sociedade pela parte da sua conduta que se relacionava com terceiros; naquela

²⁶ Ibidem. Pg. 33.

²⁷ Ibidem. Pg. 34.

²⁸ Ibidem. Pg. 42.

parte que dizia respeito somente a si mesmo, a liberdade e independência do indivíduo haviam de ser absolutas”.²⁹

Segundo Samantha Ribeiro,

Essa esfera de liberdade individual relacionada exclusivamente ao próprio indivíduo compreendia, de acordo com o princípio, o domínio interior da consciência, a liberdade de pensamento, de sentimento, de opinião e, inclusive de expressão, que, apesar de já estar ligada a relações com terceiros, é parte inseparável das outras.³⁰

Isso implicava na necessidade da tolerância com a conduta alheia, onde não poderia haver interferência na esfera de terceiros, salvo para evitar danos. Este princípio fortalecia a garantia das liberdades de pensamento e de expressão, uma vez que impõe à sociedade tolerância às opiniões e aos discursos divergentes.

Ainda, considerando a concepção de liberdade de expressão apresentada neste trabalho, também no século XIX, Alexis de Tocqueville, ao analisar a sociedade norte-americana, reconheceu a importância da liberdade de imprensa, embora afirme que assim o faz mais pelos males que ela impedia do que pelos bens que promovia.³¹ O pensador francês destaca que, em determinados países, os agentes públicos podem cometer atos ilícitos sem que sejam garantidos aos oprimidos instrumentos capazes de pleitear por sua responsabilização. A independência da liberdade de imprensa, nestes contextos, seria não apenas uma das garantias, mas a única garantia de promover efetiva liberdade e segurança aos cidadãos.

²⁹ RIBEIRO, SAMANTHA SOUZA DE MOURA. *A Dinâmica dos Direitos Coletivos a partir da auto-compreensão do Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro, março de 2007. 123f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pg. 21.

³⁰ Ibidem. Pg. 21.

³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*; tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pg. 207.

A ideia central para Tocqueville é entender a soberania do povo e a liberdade de imprensa como coisas inteiramente correlativas,³² pois ao atribuir à sociedade o direito de governar, é impensável que essa não tenha garantida a capacidade de escolher sua própria opinião.³³ Percebe-se no autor uma abordagem utilitarista, onde conclui que “em matéria de imprensa, não há realmente meio entre a servidão e a licença. Para colher os bens inestimáveis que a liberdade de imprensa proporciona, é preciso submeter-se aos males inevitáveis que ela gera”.³⁴

Portanto, por meio dos autores ora estudados – Baruch Espinosa, Stuart Mill e Alexis de Tocqueville – percebe-se uma correlação indissociável entre os fundamentos da liberdade de pensamento e o exercício da democracia.

Em Espinosa, este direito é observado a partir da necessidade da proteção do indivíduo face ao Estado, onde a liberdade de pensamento encontra limite na manutenção da paz social. Destaca-se a importância na dicotomia entre o agir e o pensar de uma expressão e as diferenças da proteção em cada esfera de ação. Mill observa a liberdade de expressão sob a perspectiva das falibilidades dos discursos, apontando a relevância do debate público e do enfrentamento das opiniões para o desenvolvimento do pensamento humano. Por último, Tocqueville aborda a liberdade de imprensa como um “mal necessário”, sendo melhor garanti-la do que suprimi-la.

Os fundamentos da liberdade de expressão ora analisados serão a base para uma análise crítica na segunda parte deste trabalho, que cuidará da incorporação do “direito ao esquecimento” ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será observado como a liberdade de expressão é abordada pelo direito americano, considerando sua tradição liberal de ampla garantia desta

³² Ibidem. Pg. 209.

³³ Ibidem. Pg. 209.

³⁴ Ibidem. Pg. 211.

liberdade, bem como pelo direito brasileiro, vez que será analisada a receptividade do “direito ao esquecimento” e suas consequências para a liberdade de expressão.

1.1. Liberdade de expressão na Constituição americana

A partir da leitura das palavras contidas na Primeira Emenda, percebe-se uma linguagem muito ampla: “O Congresso não deverá fazer qualquer lei [...] restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”. Tais palavras poderiam sugerir uma proteção absoluta contra atos de governo que tentassem restringir estes quatro elementos da liberdade de expressão: opinião, imprensa, reunião e petição. Contudo, em razão do seu significado amplo, surgem dúvidas sobre até que ponto a Constituição americana garantiria a proteção destes direitos.³⁵

A Suprema Corte americana, até o momento, não aderiu a uma interpretação literal de quais expressões estariam protegidas pela Primeira Emenda. Na realidade, o que tem sido estabelecido é que apenas algumas expressões – sejam estas verbais, escritas ou manifestadas por ações – poderiam ser restringidas, tendo como parâmetro o efeito que a expressão poderia gerar.

Desta forma, a Suprema Corte americana desenvolveu ao longo de sua jurisprudência diferentes parâmetros (*standards*) a serem aplicados, quando a liberdade de expressão está sendo questionada.³⁶

³⁵ EPSTEIN, Lee. *Constitutional law for a changing America: a short course*. 4 Ed. CQ Press: Washington, 2009. Pg. 411.

³⁶ *Ibidem*. Pg. 411.

Inicialmente, este direito fundamental é previsto na Primeira Emenda da constituição americana, aprovada em 15 de dezembro de 1791. Sua origem tinha como contexto uma “mistura turbulenta de leis repressivas e imprensa audaciosa”.³⁷ Naquela época estava em vigor a lei estadual de difamação sediciosa que tipificava como crime a publicação de escritos que desrespeitassem o Estado, a Igreja ou seus representantes.³⁸ Desbravados jornalistas escreviam matérias criticando, principalmente, os políticos da época, justificando que o que escreviam seria verdade. Entretanto, na maior parte das vezes, os jornalistas sofriam as consequências nos tribunais, sob o argumento que estariam violando a lei de difamação sediciosa.

Sete anos após a promulgação da primeira emenda, em 04 de julho de 1798, foi aprovada pelo Senado uma lei que transformava a difamação sediciosa em crime federal. Importantes processos se originaram desta lei, o que gerou um grande debate político, que incluía a discussão sobre a Constituição e a Primeira Emenda.³⁹

Os Federalistas e os Republicanos começaram a discutir a lei de difamação sediciosa, iniciando debates sobre qual seria a relevância da Primeira Emenda para a sociedade. Para os Federalistas, que sustentavam o argumento do jurista Blackstone, a sua importância era rejeitada sob o argumento que a “cláusula que garantia a ‘liberdade de imprensa’ desautorizava apenas restrições prévias – e a Lei de Sedição possibilitava punição posterior”,⁴⁰ pois consideravam que ter o poder de prevenir ataques sediciosos na imprensa era considerado algo necessário em qualquer governo. Em contrapartida, o republicano Alan Gallatin atacava frontalmente a tese de Blackstone, pois reconhecia ser “ridículo” afirmar que a punição de

³⁷ Ibidem. Pg. 22.

³⁸ Ibidem. Pg. 18.

³⁹ Ibidem. Pg. 27.

⁴⁰ Ibidem. Pg. 32.

determinado ato não seria, na realidade, o mesmo que restringir a liberdade de praticá-lo.⁴¹

Anthony Lewis aponta que foram os argumentos trazidos pelo republicano John Nicholas que iriam antecipar a “teoria da livre expressão”⁴² que seria utilizada dois séculos depois. O autor explica que enquanto os federalistas sustentavam que a Lei de Sedição poderia ser considerada liberal porque se aplicava, em teoria, apenas a ideias falsas, Nicholas contra-atacava esta afirmação indicando que diferenciar o verdadeiro do falso seria incoerente com a própria liberdade, pois as críticas políticas feitas por jornalistas seriam acusadas de falsidade, e estes teriam medo de publicá-la, pois seria difícil demonstrar a veracidade de modo a satisfazer tribunais.⁴³

A “teoria da livre expressão” apontada por Lewis seria utilizada pela Suprema Corte americana em 1964, no caso *New York vs. Sullivan*, onde se afirmou que em um debate livre seria inevitável proferir afirmações errôneas, devendo estas expressões serem protegidas para que a liberdade de expressão possa ser efetivamente garantida.

Ressalte-se que o argumento utilizado pelos federalistas em muito se assemelhava ao parâmetro fixados por Mill no que toca a importância em distinguir as ideias falsas daquelas verdadeiras, que será aprimorada sob a perspectiva americana no caso *New York Times vs. Sullivan*, conforme se observará adiante.

Este caso foi paradigmático, pois garantiu uma forma de proteção totalmente nova à liberdade de imprensa e de expressão. A partir deste julgamento, que reformou a decisão de primeira instância, restou estabelecido

⁴¹ Ibidem. Pg. 32.

⁴² Ibidem. Pg. 33.

⁴³ Ibidem. Pg. 33.

que estas liberdades protegeriam inclusive os discursos considerados falsos.⁴⁴ Criou-se, assim, a doutrina do *actual malice*, que seria um parâmetro (*standard*) para medir a responsabilização do jornalista pela divulgação da matéria que continha, supostamente, elementos falsos, onde seria analisado se o jornalista tinha conhecimento da falsidade dos fatos ou foi negligente em avaliar a sua falsidade ou não.

Este *standard* varia de acordo com o sujeito afetado pela matéria, sendo necessário distinguir a pessoa pública da pessoa comum. Caso a notícia trate de pessoa pública, esta teria o ônus de (i) provar a falsidade da notícia, (ii) provar se o jornalista teria conhecimento da possibilidade de falsidade da notícia, ou (iii) demonstrar a sua negligência ao tomar conhecimento dos fatos utilizados para a matéria jornalística. Caso a notícia cuidasse de pessoa comum, a esta bastava provar a negligência do jornalista na cobertura dos fatos da matéria.

Este parâmetro busca dar maior segurança à imprensa, para que possa exercer seu papel informador e manter o debate público.

Entusiastas dos direitos civis e da liberdade de expressão vibraram com a decisão proferida no caso *Sullivan*. Alexander Meiklejohn, famoso defensor da liberdade de expressão, comentou que a referida decisão deveria ser uma oportunidade a ser comemorada “dançando nas ruas”.⁴⁵

Antes do julgamento do *New York Times vs. Sullivan*, quando ações que envolviam a liberdade de expressão chegavam à Suprema Corte americana, esta tinha uma abordagem que permitia a “*repressão de toda expressão que tivesse ‘tendência nociva’*”.⁴⁶ O ministro Holmes foi responsável pela

⁴⁴GOLD, Susan Dudley. *New York Times Co. v. Sullivan: freedom of the press or libel?* Marshall Cavendish Benchmark: New York, 2007.Pg. 92.

⁴⁵ MEIKLEJOHN, Alexander. Apud. GOLD, Susan Dudley. *New York Times Co. v. Sullivan: freedom of the press or libel?* Marshall Cavendish Benchmark: New York, 2007Pg. 104.

⁴⁶ LEWIS, Anthony. *A liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo, Arcati: 2011. Pg. 40.

mudança de visão da Corte em relação ao significado da Primeira Emenda, tendo paulatinamente mudado sua visão sobre a liberdade de expressão. Contudo, ele sempre restava vencido, em razão da sua perspectiva mais abrangente de proteção deste direito, onde era acompanhado pelo ministro Brandeis.

O ministro Holmes proferiu diversos votos, que foram vencidos, (*Abrams vs. United States*, *Gitlow vs. United States*, *Whitney vs. California* e *United States vs. Schwimmer*) até que fosse possível formar uma sólida construção doutrinária sobre o valor da liberdade de expressão, o que daria, finalmente, uma maior efetividade ao texto constitucional, caminhando a um esclarecimento sobre o significado da Primeira Emenda. Tais votos seriam o horizonte para que os futuros tribunais começassem a repensar sobre o que a Primeira Emenda protegeria.⁴⁷

Holmes e Brandeis atribuíam alto valor à intenção dos Pais Fundadores em sua reflexão sobre a liberdade de expressão. Para eles, a liberdade seria indispensável, e o medo que sua garantia poderia trazer não seria pior do que a sua repressão, pois a repressão gera o ódio e o ódio ameaça a própria estabilidade do governo.⁴⁸

A conclusão do voto de Holmes no caso *United States vs. Schwimmer* (1929) reflete bem sua visão sobre a liberdade de expressão:

(...) 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 a liberdade para as ideias que odiamos. Acredito que devemos aderir a esse princípio em relação ao ingresso e à vida neste país. (...).⁴⁹

⁴⁷ Ibidem. Pg. 52.

⁴⁸ Ibidem. Pg. 53. Voto de Brandeis em *Whitney vs. California*.

⁴⁹ Ibidem. Pg. 54.

Embora ainda surjam casos perante a Suprema Corte americana questionando o papel da imprensa e a extensão garantida à liberdade de expressão, o caso *New York Times vs. Sullivan* é recordado como um dos mais celebrados precedentes da moderna doutrina legal dos EUA com respeito à liberdade de expressão. Pode-se afirmar que a abordagem norte-americana sobre este direito representa uma das interpretações mais liberais, e portanto, diferenciada, quando comparada com outros ordenamentos jurídicos. Por este motivo, o presente trabalho destacou a visão americana com o objetivo de comparar com a perspectiva brasileira sobre este direito.

1.2 Liberdade de expressão na Constituição brasileira de 1988

João dos Passos Martins Netto destaca que a liberdade, em sentido jurídico, significa a “ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento”.⁵⁰ Ou seja, existem normas jurídicas proibitivas de comportamentos que impõem obrigações de não-fazer, e há normas jurídicas mandamentais que instituem obrigações de fazer.

As liberdades podem ser classificadas como legais ou constitucionais. Nesse contexto, a liberdade de expressão encontra-se dentro desta segunda categoria, e consiste no direito de se comunicar-se, como locutor ou destinatário da mensagem, sobre qualquer informação. A expressão pode ser exercida sob variadas formas, seja por linguagem escrita ou oral, imagem ou ação, podendo abranger diversos temas. Conforme observa Martins, “este é um conceito de mera aproximação, que traduz a essência, sem iluminar completamente”.⁵¹

⁵⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008. Pg. 25.

⁵¹ *Ibidem*. Pg. 27.

Na constituição brasileira, a liberdade de expressão encontra guarida constitucional em diversos dispositivos ao longo de seu texto. Em seu art. 5º, inciso IV, prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e também no inciso XIV do mesmo artigo assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Martins Neto expõe que a Constituição estabelece algumas restrições à liberdade de expressão, como a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem (arts. 5º, inciso, V e 220 § 1º da Constituição Federal), e permite também que o legislador ordinário possa regular determinados tipos de discurso, como o da publicidade de bebidas alcoólicas, medicamentos, tabaco, etc. Embora haja determinadas limitações a esta liberdade prevista expressamente no texto constitucional, há outros discursos que, em razão de seu potencial polêmico, o legislador ordinário poderá reprimir, cabendo ao judiciário se manifestar posteriormente sobre a constitucionalidade ou não da restrição.⁵²

No âmbito do judiciário, outra problemática que a liberdade de expressão enfrenta é o conflito, no caso concreto, com outros direitos fundamentais igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, como, por exemplo, os direitos da personalidade. Quando há colisão, feita a ponderação, é importante avaliar quais são as consequências que decorrem em preterir a liberdade de expressão. Neste sentido:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões

⁵² Ibidem. Pg. 34.

valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.⁵³

Ocorre que é justamente quando há a colisão deste direito com outros direitos fundamentais que se torna relevante analisá-lo, pois é neste momento que se pode ter a percepção do grau da liberdade de expressão que é garantido à sociedade. Enquanto previsão estática no texto da Constituição, as liberdades comunicativas figuram como um ótimo retrato; entretanto, a colisão faz perceber quais os benefícios e os males que este direito promove, e indica qual é o valor que o judiciário lhe atribui.

Revela-se também a importância em assegurar a pluralidade de opiniões, visto que os atos comunicativos devem ser garantidos, sejam eles valiosos ou não. Entretanto, apenas encontram guarida constitucional, aqueles que tenham valor expressivo, o que ocorre quando “são aplicáveis a ele [ato comunicativo] uma ou mais das possíveis razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão”.⁵⁴ Entretanto, não deve ser exercido juízo de valor sobre o conteúdo deste ato comunicativo, que “independe do assentimento alheio”⁵⁵:

Aos olhos de terceiros, leigos, estudiosos ou autoridade, uma versão da história pode parecer inexata, a crítica de uma obra literária, infundada. Um sentimento religioso pode parecer insensato um apelo por reformas políticas, improcedentes. Mas aceitação e receptividade por parte dos outros não são condições de valor do pensamento e da mensagem que lhe corresponde.⁵⁶

Só poderão desfrutar de proteção constitucional os atos comunicativos que detenham expressão, ou seja, que tenham o intuito de informar, sem que seja exercida qualquer censura valorativa ao seu conteúdo, devendo ser respeitada e tolerada a sua diversidade.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Branco; GONET Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 297

⁵⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008. Pg. 46.

⁵⁵ *Ibidem*. Pg. 46.

⁵⁶ *Ibidem*. Pg. 76.

Em razão do valor atribuído à liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, há a pretensão de que o Estado não exerça censura. Isso implica garantir que nenhum tipo de manifestação de pensamento, seja escrita, verbal ou por meio de ação, possa ser submetido à prévia aprovação governamental, apesar de ser possível a responsabilização posterior, no âmbito cível e criminal.

Embora seja um direito fundamental, previsto na Constituição, o seu exercício não é ilimitado. Até mesmo nos EUA, onde a visão sobre a liberdade de expressão pode ser considerada como uma das mais liberais no mundo, quando comparado com decisões de outras Cortes Constitucionais, este direito encontra restrições quanto aos tipos de discursos que seriam permitidos pela Primeira Emenda.

No Brasil, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, um dos limites que esse direito encontra, no âmbito da liberdade de imprensa, é o direito à verdade, afirmando que “a informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação de opinião” onde o dever de informar deve atender “ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade”.⁵⁷ Pelo inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal poder-se-ia dizer na possibilidade de o jornalista ser responsabilizado posteriormente à veiculação da notícia. Contudo, a prova da verdade poderá ser arguida como um elemento de excludente de responsabilidade.⁵⁸

A verdade, portanto, deve ser observada pelo jornalista em todo o processo de escrita de sua matéria a ser veiculada, sob pena de ser responsabilizado. O jornalista ao buscar diligentemente os fatos utilizados para

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Branco; GONET Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 309.

⁵⁸ *Ibidem*. Pg. 309.

a elaboração da matéria, aqueles com aparência de verdadeiro, não merecerão ser censurado.⁵⁹

Esta perspectiva sobre a “verdade” se diferencia bruscamente daquela adotada pela Suprema Corte americana no caso *New York Times vs. Sullivan*, onde se estabeleceu, inclusive, que a expressão que fosse falsa seria protegida pela Primeira Emenda. O valor atribuído à liberdade de expressão se revela no seguinte trecho do voto do ministro Brennan: “no livre debate é inevitável a afirmação errônea.. esta deve ser protegida para que a liberdade de expressão tenha ‘um espaço para respirar’ necessário.. para sua sobrevivência”. É notável essa constatação, pois é justamente no momento da controvérsia sobre a proteção da liberdade de expressão, de um ato comunicativo polêmico, que aquela é resguardada e valorizada.

Enquanto a abordagem nos EUA sobre a liberdade de expressão parece ser mais abrangente, no Brasil o foco da discussão não cuida tanto do ato comunicativo em questão, mas sim da maneira como o indivíduo que está sendo noticiado recebe a matéria jornalística, com a possibilidade de reparação, que será de acordo com a extensão do dano.⁶⁰ Inegável que há um interesse subjetivo latente nesta avaliação, pois considerando que não existe apenas uma única verdade, e que uma mesma verdade pode ser reproduzida sob diferentes perspectivas, o jornalista, muitas vezes, fica refém da subjetividade do noticiado, podendo sofrer posterior responsabilização, gerando inegável insegurança jurídica e eventual autocensura.⁶¹

A seguir será analisado como o “direito ao esquecimento”, da forma que foi recepcionado pelo STJ no ordenamento pátrio, sugere entrar em conflito com a liberdade de expressão, e, conseqüentemente, preterir outros valores que

⁵⁹ Ibidem. Pg. 309.

⁶⁰ Código Civil de 2002, art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁶¹ No capítulo seguinte será abordado o que se denominou como o *chilling effect*, que seria considerado uma consequência à autocensura.

decorrem desta, como o direito de ter acesso à informação e de ser informado. Portanto, será preciso observar como o “direito ao esquecimento” tem sido abordado pelas cortes internacionais, e sopesar a sua aplicação no direito brasileiro.

2. Conceito e Histórico do “Direito ao Esquecimento”

O “direito ao esquecimento” surgiu a partir da interpretação dos tribunais quando, em casos concretos, se defrontavam com um conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, onde indivíduos requeriam perante o judiciário que não fossem divulgados – logo, esquecidos – fatos que consideravam ser invasivos à sua privacidade e prejudiciais à sua honra.

Atualmente há notícia de que o México previu expressamente este direito na Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais em Posse de Particulares, determinando que “*cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas*”.⁶² No âmbito da União Europeia, a Vice-Presidente da Comissão, Viviane Redings, propôs uma mudança na Diretiva 95/46/CE, que cuida dados pessoais, ainda em tramitação. Uma das inovações sugeridas consistiria na previsão de um “direito ao esquecimento” que permitiria aos indivíduos administrarem seus dados pessoais e suprimi-los quando julgassem inexistentes motivos legítimos para o seu tratamento.⁶³

Embora seja considerado um assunto relativamente recente, os tribunais internacionais têm se debruçado sobre o tema há algumas décadas. No contexto Europeu, a origem histórica do “direito ao esquecimento” encontra fundamento na longa tradição de proteção de direitos privados, enunciado na

⁶² BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <<http://civilistica.com/control-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 30.05.2015. Pg. 12.

⁶³ *Ibidem*. Pg. 12.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, que introduz o direito de ver respeitada a vida privada e familiar.⁶⁴

Historicamente, o “direito ao esquecimento” surge da necessidade “de um indivíduo em determinar o desenvolvimento da sua vida de uma maneira autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizado como consequência de um ato específico realizado no passado”.⁶⁵

Segundo Fellner,⁶⁶ há duas versões divergentes sobre a raiz histórica deste direito. Em uma primeira versão, o “direito ao esquecimento” teria surgido no âmbito das condenações criminais, onde ex-condenados que haviam cumprido sua pena alegavam que não gostariam de ser associados com o seu passado criminoso. Em razão disso, deveria haver uma ponderação entre o direito de um indivíduo de impedir a divulgação de fatos associados ao seu passado delinquente e o direito da sociedade de ter acesso à informação que seja considerada *newsworthy* (digno de notícia). Logo, tal direito é baseado na crença de que o ser humano é capaz de mudar.

A segunda versão do “direito ao esquecimento” seria a possibilidade de garantir ao indivíduo que dados privados que tenham sido passivamente disponibilizados sejam apagados ou “deletados”, quando assim requeridos (*the right to erasure*).⁶⁷ Esta seria uma forma mais ampla de garantia desse direito que surge como uma reação ao surgimento de novas formas de publicidade e

⁶⁴ AMBROSE, Mega Leta; AUSLOOS, Jef. *The Right to Be Forgotten Across the Pond*: Journal of Information Policy, vol. 3 , 2013. Pg. 06

⁶⁵ MANTELERO, Alessandro. *The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”*: Computer Law & Security Review, vol. 29, 2013. Pgs. 229-235. Disponível em <
http://www.academia.edu/3635569/The_EU_Proposal_for_a_General_Data_Protection_Regulation_and_the_roots_of_the_right_to_be_forgotten> Acesso em 30.05.2015. Pg. 230.

⁶⁶ FELLNER, Robert. *The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime*. Grin Verlag GmbH, 2014. Pg. 02.

⁶⁷ AMBROSE, Mega Leta; AUSLOOS, Jef. *The Right to Be Forgotten Across the Pond*: Journal of Information Policy, vol. 3 , 2013. Pg. 02.

de acesso à informação, que foram facilitadas pela internet.⁶⁸ Neste sentido, ambas as versões compartilham da intenção em proteger a vida privada do indivíduo, mas divergem quanto ao conteúdo da informação.

2.1. Análise do “Direito ao Esquecimento” na jurisprudência nacional e internacional

O constitucionalista Daniel Sarmento⁶⁹ foi consultado pela empresa Globo Comunicação e Participações S.A”, no âmbito dos recursos extraordinários n^os 833.248 e 789.246, para se manifestar sobre a constitucionalidade do “direito ao esquecimento”. Estes recursos têm origem nos recursos especiais n^os 1.334.097 (caso “Chacina da Candelária) e 1.335.153 (caso “Aída Curi”), nos quais a empresa foi condenada a pagar indenização aos autores, com fundamento no “direito ao esquecimento”.

Em seu parecer, Sarmento expõe diversas decisões de tribunais internacionais e nacionais que traçam a origem deste direito. A partir da análise da jurisprudência trazida pelo professor, percebe-se a mudança de posição das cortes sobre a possibilidade de invocação do esquecimento. Este ponto é importante, pois, como se verá oportunamente quando da análise das decisões do STJ sobre o tema no capítulo 03, a jurisprudência internacional utilizada como fundamento pelos ministros foi superada pelas próprias cortes. Portanto, embora tenha havido sim muitas decisões internacionais em favor da defesa do “direito ao esquecimento”, fato é que por meio da ponderação com outros

⁶⁸ HOBOKEN, van Joris. *The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, prepared for the European Commission*. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf> Acesso em 30.05.2015.

⁶⁹ O professor Daniel Sarmento foi consultado pelo advogado e professor Gustavo Binenbojm a elaborar parecer acerca da constitucionalidade do “direito ao esquecimento”, referente às decisões proferidas pelo STJ nos recursos especiais n^os 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ. O parecer está disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>

princípios e direito fundamentais, a jurisprudência alterou seu entendimento, e alcançou resultados diversos daquelas primeiras posições dos Tribunais sobre o tema.

Conforme indica o jurista, foi na França que se originou o termo *droit a l'oubli* (*the right to oblivion*, traduzido como o “direito ao esquecimento”) trazido pelo Professor Gerard Lyon-Caen, em 1965, no comentário à decisão judicial no caso *DelleSegret vs. Soc Rome Film*. O caso tratava da ex-amante de um *serial killer* que buscava indenização pela exibição de um filme que reproduzia fatos ocorridos no seu passado, que ela desejava que fossem esquecidos. O Tribunal julgou improcedente a demanda, sob a alegação de que o filme era lícito, tendo em vista que tais fatos já eram de conhecimento público, pela publicação pela própria autora de seu livro de memórias.

Alguns anos depois, contudo, o Tribunal de Paris superou este entendimento, reconhecendo a possibilidade de se invocar o “direito ao esquecimento”, no caso *Madame M. vs. Filipachi et Congedipress* (1981). O argumento utilizado pela corte era que não seria justificável a divulgação de informação sobre um crime ocorrido quinze anos antes, pela ausência de necessidade de divulgação daquela informação.

Em 1983, a jurisprudência francesa no caso *Papon* melhor definiu os limites do “direito ao esquecimento”, conforme havia sido reconhecido dois anos antes no caso *Madame M.*⁷⁰ Maurice Papon era um oficial do exército Vichy francês acusado de emitir ordens de prisão e deportar judeus durante os anos de 1942 e 1944, tendo sido sentenciado em abril de 1998 a dez anos de prisão pela cumplicidade em crimes contra a humanidade.

⁷⁰ TAMO, Aurelia; GEORGE, Damian. *Oblivion, Erasure, and Forgetting on the Digital Age*. Disponível em <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997/#ftn.N103D9>> Acesso em 30.05.2015.

Embora na França seja proibido o uso de câmeras de filmagem para registrar julgamentos, a Lei de Badinter autorizava a gravação audiovisual de alguns julgamentos quando houvesse interesse em manter arquivos históricos de justiça. Neste contexto, o caso de Maurice Papon, entre outros, foi filmado, tendo seus advogados contestado perante o tribunal para que o julgamento não fosse gravado, sob a alegação de ser um “*procès spectacle*”. Entretanto, não obtiveram sucesso, tendo tal pedido sido rejeitado pelo Presidente do Tribunal.⁷¹

O canal de televisão *History Channel*, ao tentar transmitir o julgamento gravado pelo tribunal, foi proibido pela corte local de Paris, em razão do pleito formulado pelos advogados de Papon. Contudo, o Tribunal Regional de Paris (*Tribunal de Grand Instance*) reverteu esta decisão, autorizando a sua veiculação. Nesta oportunidade, a Corte estabeleceu que não era seu dever, ou competência de juízes franceses, decidir como um episódio especial da história deveria ser lembrado ou caracterizado na história. Ainda, argumentou-se que um historiador só poderia ser responsabilizado caso fossem divulgados fatos inexatos ou deturpados, ou quando a veiculação de determinado acontecimento não fosse justificado por um interesse histórico quando o indivíduo em questão ainda estivesse vivo.⁷²

Embora parecesse consolidado o entendimento das altas cortes e tribunais regionais de que “um evento público, passado suficientemente um longo tempo, pode se tornar, para a pessoa que figurou como protagonista, um fato da vida privada de novo, que poderá permanecer em segredo ou esquecido”⁷³ foi com alguma surpresa que a Corte de Cassação – última

⁷¹ BERBER, Myrian. *Le procès Papon enfin à la television, RFI*. Disponível em <http://www1.rfi.fr/actufr/articles/062/article_33739.asp> Acesso em 30.6.2015.

⁷² TAMO, Aurelia; GEORGE, Damian. Op. Cit.

⁷³ Ibidem. No original: “*A public event, after the passing of a sufficiently long time, can become, for the person who was its protagonist, a fact of private life again, which may remain secret or forgotten*”

instância da justiça francesa – no julgamento do caso *Mme Monanges vs. Kern*, rejeitou a invocação do “direito ao esquecimento”.

O caso trata de uma mulher que requereu a supressão de trechos de um livro que narravam as suas atividades durante o período de ocupação nazista entre 1940-1945.⁷⁴ Em sua decisão, a Corte descartou a ideia de que *the right to oblivion* pudesse ser invocado quando a informação em questão já tivesse sido veiculada pela imprensa local, e, por isso, a informação não poderia pertencer à esfera privada.⁷⁵

Contudo, remete-se aos Estados Unidos, no caso *Melvin vs. Reid*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, uma das primeiras decisões relevantes sobre o “direito ao esquecimento”. Ressalte-se que este caso foi citado nos fundamentos do voto do Ministro Felipe Salomão nos julgamentos de “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, que abordaram a questão sobre o “direito ao esquecimento”.

Gabrielle Darley, nome de solteira da autora da demanda, era uma antiga prostituta em meados da década de 20, que foi processada e absolvida de homicídio. Após este acontecimento, ela abandonou a prostituição e veio a se casar com Bernard Melvin, vivenciando uma “vida exemplar, virtuosa, honrosa e direita; assumindo um lugar respeitoso na sociedade e fez muitos amigos que não tinham conhecimento dos incidentes do início de sua vida”.⁷⁶

Em julho de 1925, Dorothy Davenport Reid, sem o consentimento ou conhecimento de Melvin, produziu o filme *The Red Kimono*, baseado em fatos

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>> Acesso em 10.03.2015. Pg. 36.

⁷⁵ TAMO, Aurelia; GEORGE, Damian. Op. Cit.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Gabrielle Darley Melvin vs. Dorothy Davenport Reid. Relator Justice John Bernard Marks. Julgado em 28.02.1931. Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>.

reais de sua vida passada, no qual o nome da personagem principal era o nome de solteira de Melvin, Gabrielle Darley. Segundo as alegações da autora, seu círculo social, pela primeira vez, tomou conhecimento dos lamentáveis episódios do início de sua vida, fazendo com que seus amigos a excluíssem e a abandonassem, causando-lhe grande sofrimento. Diante dessa situação, a autora pleiteou indenização no valor de 50 mil dólares, sob o argumento de que seu direito à privacidade teria sido violado.

Em sua decisão, o *Justice Marks* argumentou que não haveria problema se o filme tivesse apenas divulgado os incidentes registrados em seu processo de homicídio, por se tratar de documentos públicos.⁷⁷ A pretensão da autora, segundo o relator, teria fundamento no fato de o filme ter utilizado seu nome de solteira e ter associado a este nome fatos verdadeiros de sua vida passada, com a divulgação de que a história do filme seria baseada em fatos reais da vida passada de Gabrielle Darley que era, então, Gabrielle Darley Melvin.

Nos termos do voto do *Justice*, o direito à privacidade da autora era previsto como um direito fundamental, garantido expressamente na Constituição da Califórnia, na seção 1 do artigo 1º que diz que os cidadãos têm o “direito a buscar e obter segurança e felicidade”. O desenvolvimento desta garantia incluía o direito de um indivíduo viver livremente de ataques não autorizados sobre sua liberdade, propriedade e reputação, e assegurando que “qualquer cidadão que viver uma vida de retidão [teria] tem o direito à felicidade, que inclui a liberdade de ataques desnecessários ao seu caráter, posição social e a reputação”.

O uso do nome verdadeiro de Melvin, em conexão com os incidentes de sua vida passada com a narrativa e divulgação do filme, teria sido considerado

⁷⁷ Como ressaltou *Justice Marks* em sua decisão: “*when the incidents of a life are so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private*”.

“desnecessário e indelicado”, violando a “caridade que deve nos acompanhar em nossas relações sociais”, para evitar o “escárnio e desprezo” de membros considerados direitos da sociedade. Portanto, pelo fato de a autora ter se “redimido” de sua vida passada, ela deveria ser permitida a continuar esta nova etapa sem que a sua reputação e posição social fossem afetadas pela divulgação do filme.

É interessante notar o critério utilizado pela Corte quando determina quais são os fatos publicáveis e aqueles que não são. Fica claro que os incidentes relatados no processo de homicídio, por estarem registrados em documentos públicos do judiciário, podem ser divulgados. Contudo, não podem ser veiculados eventos também verdadeiros, em que Melvin não nega a sua ocorrência, que tratam de seu passado de prostituição, sob a justificativa de sua “reabilitação à sociedade”. É no mínimo curioso que a Corte entenda que a divulgação de uma acusação de um homicídio seja menos penoso à autora que a divulgação de sua vida como prostituta.

Note-se que o que foi censurado, na realidade, foi o conteúdo do que foi divulgado, pois neste caso, é incontestado que todas as informações divulgadas são verdadeiras, tanto a acusação de homicídio, quanto a narrativa da vida da ex-prostituta.

Daniel Sarmiento indica que este precedente foi “superado pela evolução da jurisprudência norte-americana em matéria de liberdade de expressão”, no que diz respeito ao direito constitucional e a valorização histórica da Primeira Emenda.⁷⁸

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>> Acesso em 10.03.2015. Pg. 34.

Dez anos depois do caso *Melvin vs. Reid*, em 1940, a Corte de Apelação do Segundo Distrito dos EUA apreciou o caso *Sidis vs. F-R Publishing Corp.* O caso cuidava da publicação de matéria jornalística no *New York Times* descrevendo a trajetória do menino prodígio, William James Sidis, que teria se formado em Harvard aos 16 anos, sem, contudo, ter posteriormente alcançado certa prosperidade em sua vida profissional. O autor da demanda pleiteava indenização à revista pela publicação da matéria sem o seu consentimento, e também pela violação ao seu direito à privacidade.

Em suas razões de decidir, a Corte de Apelação fez referência ao famoso artigo publicado por Warren e Brandeis, *The Right to Privacy*, no qual pela primeira vez na doutrina constitucional americana pensou-se sobre a necessidade de impor limites às publicações de jornais e de revistas quando os fatos forem de natureza pessoal, ainda que verdadeiros. Neste artigo, os juristas defendiam a existência de restrições de notícias que envolvessem figuras públicas.

No contexto do julgamento do caso *Sidis*, a Corte entendeu que:

a despeito da eminente opinião em contrário, nós ainda não estamos dispostos a proporcionar uma imunidade absoluta aos curiosos da imprensa todos os detalhes íntimos da vida privada. Todos irão concordar que em algum momento o interesse público em obter informação se torna dominante em relação ao desejo individual pela privacidade. Warren e Brandeis estavam dispostos a levantar um pouco o véu em casos que cuidassem de figuras públicas. Nós iríamos além, embora nós ainda não estamos preparados para afirmar quão longe. Pelo menos nós permitiríamos um escrutínio estrito da vida “privada” de qualquer pessoa que tenha alcançado, ou tenha sido imposta, o inquestionável e indefinido *status* de “figura pública”.⁷⁹

⁷⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Segundo Distrito. Apelação. William James Sidis vs. F-r Publishing Corp., Relator Justice Clark. Julgado em 20.07.1940. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>. No original: “*despite eminent opinion to the contrary,^[3] we are not yet disposed to afford to all of the intimate details of private life an absolute immunity from the prying of the press. Everyone will agree that at some point the public interest in obtaining information becomes dominant over the individual's desire for privacy. Warren and Brandeis were willing to lift the veil somewhat in the case of public officers. We would go further, though we are not yet prepared to say how far. At least we would permit limited scrutiny of the "private" life of any person who has achieved, or has had thrust upon him, the questionable and indefinable status of a 'public figure'.*”

Portanto, neste caso, a Corte destacou que pessoas privadas que tenham alcançado um *status* de “figura pública” devem sacrificar sua privacidade, expondo sua vida ao escrutínio público, em razão do reconhecido interesse público e curiosidade popular que elas despertam. Desta forma, tratando-se de relatos sobre pessoas públicas, a liberdade de imprensa deve prevalecer sobre os direitos de privacidade do indivíduo, considerando a existência de inegável interesse público sobre aqueles personagens.

Sarmiento informa que ainda há na jurisprudência americana outros precedentes que indicam a prevalência das liberdade de expressão e de imprensa sobre os direitos da personalidade, tais como *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn* e *The Florida Star vs. B.J.F.*⁸⁰

Na Alemanha, em 1973, foi julgado pelo Tribunal Constitucional o caso *Lebach I*, que também foi mencionado como fundamento nos julgamentos do STJ sobre o “direito ao esquecimento”. O caso trata do assassinato de quatro militares alemães que guardavam um arsenal de armas e munições, em que os responsáveis pelo crime acabaram presos e condenados. O canal de televisão alemão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) pretendia exibir um documentário relatando o episódio, mas foi impedido, pois um dos condenados pleiteou em juízo a não exibição do programa, em razão da proximidade da sua data de soltura.

Os tribunais inferiores rejeitaram o pedido do autor, sob o fundamento de que os direitos da personalidade não poderiam ser evocados para impedir a transmissão de fatos históricos em que aquele estivesse envolvido.⁸¹ Contudo, o Tribunal Constitucional reverteu essa decisão e reconheceu a existência de um conflito entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade,

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. Pg. 34.

⁸¹ JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>> Acesso em 30.05.2015.

observando que “não se possa definir, *a priori*, a supremacia de um desses direitos em colisão”.⁸²

O tribunal entendeu que em razão de “contornos temporais” da informação, ou seja, em razão de o canal ZDF divulgar fatos antigos, e não atuais, possibilitava que a liberdade comunicativa pudesse ser restringida, caso acarretasse dano à pessoa envolvida naquele fato e prejudicasse sua ressocialização. Note-se que a questão temporal referente à divulgação da informação é um elemento central na ponderação da justiça alemã, o qual, como se verá mais adiante, também o foi no julgamento do STJ sobre o “direito ao esquecimento”.

Contudo, em 1999, o Tribunal Constitucional alemão revisitou o tema no caso *Lebach II*, obtendo resultado diverso do primeiro julgamento.⁸³ A demanda trata de um canal de televisão, SAT 1, que desejava produzir uma série sobre crimes que entraram para a história, entre eles, o crime objeto do caso *Lebach I*. Diferentemente do que ocorreu no documentário produzido pela ZDF, a SAT 1 optou por mudar os nomes dos envolvidos nos crimes, bem como não exibir a imagem dos condenados.

Desta vez, a Corte germânica rejeitou o pedido dos envolvidos, que consistia na proibição da exibição do programa da SAT 1, sob o fundamento de que a sua veiculação não interferiria no desenvolvimento da personalidade dos demandantes, tendo em vista o lapso temporal de trinta anos desde a ocorrência do crime, não havendo, portanto, riscos para a ressocialização dos condenados. Ressalte-se que, em suas razões, o Tribunal Constitucional entendeu que no *Lebach I* havia “uma questão de intensidade do ato”, que interferiria no desenvolvimento da personalidade do condenado, e no *Lebach II*

⁸² Ibidem.

⁸³ JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>> Acesso em 30.05.2015

“o mero fato de ter cumprido a pena de prisão não significa que o criminoso adquiriu o “direito a ser deixado em paz” (ou, mais literalmente, “direito a ser deixado só”)”.⁸⁴

Outro julgamento que chegou ao Tribunal Constitucional alemão (2009) sobre o tema cuidava do caso de um ex-jogador de futebol, condenado pelo crime de estupro,⁸⁵ que ajuizou uma ação indenizatória em face de um página na internet que noticiara tal fato e sua posterior condenação. O ex-jogador requereu liminarmente a retirada da notícia, pedido este negado pelo Tribunal Superior Regional (*Oberlandesgericht München*).

O Tribunal Constitucional, ao apreciar a questão, reconheceu que a cobertura jornalística sobre um fato verdadeiro, referente ao cometimento de um crime, não poderia ser restringida sob o fundamento da proteção do direito à privacidade, ressaltando-se que a cobertura sobre o fato foi prolongada no tempo, e não apenas de forma esporádica. Inclusive, o Tribunal Constitucional rechaçou expressamente o precedente do caso *Lebach I*.

Desta forma, percebe-se que os Tribunais europeus e americanos foram paulatinamente mudando sua jurisprudência, sendo reconhecida certa primazia das liberdades de expressão e comunicativas sobre o direito à privacidade.

No que diz respeito à jurisprudência nacional sobre o tema, além dos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, Daniel Sarmento expõe que o Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, já apreciou questão semelhante, como no caso em que a apresentadora de TV, Xuxa Meneguel,

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem. A decisão completa do Tribunal Constitucional alemão encontra-se disponível em: http://www.presserecht.de/index.php?option=com_content&task=view&id=765&Itemid=42

requereu a restrição de resultados de pesquisa no Google que associassem a apresentadora à pedofilia.⁸⁶

Neste caso, a relatora Ministra Nancy Andrichi, em seu voto, discorreu didaticamente sobre os limites da responsabilidade do Google, destacando diferentes funções que são exercidas pelos provedores de Internet e de outras espécies que este gênero exerce. Concluiu a Ministra pela impossibilidade de onerar os provedores de pesquisa para restringir os resultados de buscas realizadas pelo seu sistema, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação.

Por outro lado, André Brandão Nery Costa, em seu texto publicado no livro “Direito e Mídia”, coordenado por Anderson Schreiber, critica as decisões de tribunais estaduais que isentam o Google de responsabilidade ao veicular o nome de determinado indivíduo à notícias que “não seriam condizentes com sua conduta social, além de ofensivas a sua honra”.⁸⁷ Como exemplo, o autor traz acórdão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro,⁸⁸ que entendeu que o Google não poderia ser onerado pela disponibilização em seu resultado de pesquisa de notícias referentes ao crime cometido por determinada pessoa, destacando-se a licitude de sua conduta, e observando que os fatos do crime poderiam ser acessados mediante simples consulta ao *site* do Tribunal. Sua crítica seria que a criação de uma identidade virtual, formada através da disponibilização de informação na internet, que difere daquela desenvolvida no meio sócio cultural, violaria a dignidade da pessoa humana.

⁸⁶ STJ, Recurso Especial nº 1.316.921, 3ª Turma, sob a relatoria da Min. Nancy Andrichi, j. em 26.06.2012.

⁸⁷ COSTA, Nery André Brandão. *Direito ao Esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. Pg. 203.

⁸⁸ TJRJ, Apelação Cível nº 0148281-75.2009.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Guaraci de Campos, j. em 22.06.2010.

Na realidade, note-se que a notícia veiculada não deixa de ser verdadeira, pois é um relato de um episódio verídico a que o próprio autor da demanda deu causa. Por isso, como acertadamente decidiu o juízo de primeira instância do caso em referência “tais informações são verídicas, conforme a própria autora afirma na inicial, razão pela qual não houve nenhuma ilegalidade com a publicação”.

André Brandão traz ainda outro julgado, que, embora critique a posição adotada pelo Tribunal, o voto do relator faz importantes considerações sobre o tema, ressaltando que

(...) o conteúdo veiculado em matéria jornalística ou mesmo na internet e que se limita a reproduzir acontecimentos não tem o condão de causar danos à imagem de uma pessoa, pois apenas informa um fato ocorrido em relação aquele determinado sujeito. Por tal razão, encontra-se inserido no âmbito do direito à informação, também consagrado pela Constituição.⁸⁹

O caso que gerou maior repercussão sobre o “direito ao esquecimento” foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no julgamento do *Google Spain SL e Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*, julgado em 13 de maio de 2014.⁹⁰

Em 2010 o cidadão espanhol Mario Costeja apresentou uma reclamação perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra o jornal *La Vanguardia Ediciones SL* e o *Google Spain SL e Google Inc.*. O demandante argumentava que a notícia no *site* espanhol sobre o leilão de seu imóvel, ocorrido muitos anos antes, em decorrência de dívidas com a seguridade social, seria localizada por pesquisa no Google, e a sua disponibilização violaria seus direitos à privacidade. Embora a execução já tivesse sido encerrada há algum tempo, Costeja ainda era associado àquela dívida na internet. Foi requerido,

⁸⁹ TJRJ, Apelação nº 0280797-93.2008.8.19.0001, 9ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Relator Rogério de Oliveira Souza, j. em 15.02.2011.

⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-131/12. *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*, j. em 13.05.2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-04.pdf>.

especificamente, ao *La Vanguardia* que fossem alteradas ou removidas as páginas de notícias que continham suas informações privadas, e, ao *Google Spain SL* e *Google Inc.*, que removessem os resultados de busca que o associassem àquela execução.

A AEPD julgou improcedente o pedido referente à *La Vanguardia*, pois considerou que a notícia tinha sido legalmente publicada, mas julgou procedente o pedido em face do Google. A empresa, então, recorreu para a Audiencia Nacional (Corte Nacional Espanhola), que direcionou o caso para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), para que fosse decidido, preliminarmente, se o Google, em atenção à Diretiva de Proteção de Dados 95/46/EC e aos artigos 7 e 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, poderia ser compelido a apagar dados pessoais requeridos individualmente.

O Tribunal julgou procedente o pedido de Gonzales, entendendo que “mesmo um tratamento inicialmente lícito de dados exatos pode-se tornar, com o tempo, incompatível com esta diretiva, quando esses dados já não sejam necessários, atendendo às finalidades para que foram recolhidos ou tratados”.

Quanto à questão do “direito ao esquecimento” o TJUE afirmou que:

(...) importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à referida informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Dois pontos merecem destaques na decisão do Tribunal. O primeiro é a diferença feita entre pessoas privadas e figuras públicas, observando que em relação ao último poderá haver um maior escrutínio sobre a disponibilização de informações, em razão do interesse público da sociedade.

O segundo seria a amplitude em que se configuraram as hipóteses de “direito ao esquecimento” podendo este ser garantido sempre que a informação disponibilizada cause “prejuízo” à pessoa. A subjetividade é inerente a este “parâmetro” adotado pelo Tribunal, causando grande insegurança jurídica aos provedores de Internet, bem como aos *sites* de notícias, uma vez que estes ficam à mercê da subjetividade do indivíduo noticiado.

Causou estranheza o fato de o TJUE ter proferido decisão contrária à opinião do Advogado Geral do Tribunal, Niilo Jääskinen, que, em seu parecer, argumentou que admitir a possibilidade de um “direito ao esquecimento” implicaria o sacrifício de outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de informação. Destacou que “na sociedade da informação contemporânea, o direito de pesquisar informação publicada na Internet por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer esse direito fundamental [liberdade de expressão e de informação]”.⁹¹

Após este julgamento, um intenso debate ocorreu entre os defensores da liberdade de expressão e os defensores do direito à privacidade, tendo aqueles apresentado diversas críticas. Por exemplo, o tema chegou a ser debatido com preocupação na UNESCO, onde o Professor Ronaldo Lemos, diretor do Instituto de Pesquisa de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro, chamou atenção ao fato de que os termos utilizados pelo tribunal – “inexatos”,

⁹¹ Parecer do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, apresentado no caso C-131/12 em 25.06.2013. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5f135a8cf97c945cbaeeeb1724a24d99.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNmNe0?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=293688>.

“inadequadas”, “irrelevantes” ou “excessivas” – são extremamente subjetivos. Como consequência, isto acabaria permitindo que os próprios provedores fizessem uma censura privada, sem a observância de um critério objetivo para definir o conteúdo que poderá ou não ser removido da internet⁹².

Apenas dois meses após a decisão do TJUE, o Google divulgou que dos 70.000 pedidos requerendo a remoção de *links*, 12% eram pedófilos, e o restante eram políticos acusados de corrupção. Diante do desafio em analisar a enorme quantidade de solicitações, considerando que a multa pelo seu não cumprimento correspondia a 2% de seu lucro anual, o Google aceitou a maior parte dos requerimentos. Jimmy Wales, fundador da Wikipedia considerou a decisão uma “censura radical”.⁹³

Parece preocupante a possibilidade de o Google exercer censura privada, sem ter estabelecido qualquer parâmetro objetivo, gerando inevitável prejuízo à liberdade de expressão. Inclusive, a obrigação imposta ao *sites* de motores de pesquisa, como o Google, possibilita uma maior vigilância sobre dados privados disponibilizados, uma vez que o *site* deverá analisar se a pessoa que requer a retirada de determinada informação tem ou não o direito de fazê-lo.⁹⁴ Estas agravantes fazem questionar se os juízes do TJUE consideraram as consequências de sua decisão.

Outra consequência deste julgamento seria a provocação do *Streisand Effect* que se refere a uma situação onde a informação ganha maior publicidade em razão – e inclusive como resultado – da tentativa de escondê-la ou censurá-

⁹² <http://observatoriodainternet.br/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco/>

⁹³ VILIC, Filipe; ALLEGRETTI, Fernanda. O direito de ser esquecido é um bem que pode fazer mal. Revista Veja, 12.07.2014. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vidadigital/o-direito-de-ser-esquecido-e-um-bem-que-pode-fazer-mal>. Acessado em 30.06.2015.

⁹⁴ RIBEIRO, SAMANTHA SOUZA DE MORA. *When Privacy Feed Surveillance: The ECJ's Decision on Google vs AEPD and the Brazilian Experience*. Birkbeck Law Review. Vol 3. Issue May 2015. Pg. 122.

la, pois o pedido de retirada de informação da internet justamente direciona total atenção para aquele que deseja se ocultar.⁹⁵

O termo *Streisand Effect* foi cunhado em 2005 por Mike Masnick, fundador do *site* Techdirt, quando em 2003, a cantora Barbra Streisand tomou conhecimento de que a foto de sua casa em Malibu teria sido divulgada em uma página da internet.⁹⁶ A cantora ajuizou uma ação em face do fotógrafo e do *site* que estava exibindo as fotos, requerendo uma indenização de US\$ 50 milhões sob a justificativa de que sua privacidade estava sendo violada. Contudo, com a propositura da demanda, meio milhão de pessoas visualizaram o *site*, gerando o efeito oposto do seu pedido inicial.⁹⁷

Por meio dessa análise de direito comparado sobre a jurisprudência internacional e nacional que trataram sobre o “direito ao esquecimento” pode-se perceber que não há um consenso sobre o seu reconhecimento, na realidade, há cada vez mais dissenso, pois o tema sempre traz intensos debates, diante do conflito entre princípios tão caros ao ordenamento.

Ainda, o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter utilizado precedentes que foram superados pela jurisprudência internacional aponta que a compreensão do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro parece defasado.

⁹⁵ Apud. FELLNER, Robert. *The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime*. Grin Verlag GmbH, 2014. Pg. 16.

⁹⁶ PARKINSON, Justin. *The Perils of Streisand effect*. BBC News. 31.07.2014. Disponível em <<http://www.bbc.com/news/magazine-28562156>> Acesso em 07.06.2015.

⁹⁷ HANDERSON, Jonathan. *Abraham v. T. Henry Construction, Inc., and the “Streisand Effect”*. Disponível em: <http://www.davisrothwell.com/articles/pdf_files/Abraham.pdf> Acesso em 07.06.2015.

2.2. Posição Preferencial da liberdade de expressão em conflito com os direitos da personalidade

Conforme extensamente exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a liberdade de expressão tem origem nas liberdades políticas e religiosas, sendo um dos direitos fundamentais que teriam incentivado o livre desenvolvimento do intelecto humano, se configurando como um dos pilares da construção dos Estados modernos e posteriormente o fundamento dos Estados Democráticos de Direito.

A promulgação da Constituição de 1988, representando a libertação do país das amarras da ditadura militar, consagrou um amplo rol de direitos fundamentais. Dentre tais direitos, é conferido especial destaque à liberdade de expressão. Nesse sentido, tem-se afirmado que esta garantia fundamental ocupa uma posição preferencial, significando que, em casos de conflito aparente de normas constitucionais, faz-se necessário um escrutínio judicial estrito sobre a restrição feita em relação ao direito em questão.

A doutrina da posição preferencial (“*preferred position*”) se origina na jurisprudência constitucional americana, e defende que, em razão da relevância da liberdade de expressão, é preciso fixar rígidos limites a hipóteses de sua restrição, seja esta restrição por atividade do legislativo, com a promulgação de lei, seja por decisão judicial, tanto em casos que envolvam situações de interesse público, quanto em casos de colisão com outros direitos fundamentais.⁹⁸

Logo, esta doutrina determina que, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, um destes deverá assumir uma dimensão superior ao outro, onde esta hierarquia deve ser avaliada pelos intérpretes em casos de ponderação

⁹⁸ SCHREIBER, Simone. *Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007. Pg. 236.

(*balancing test*). O julgador, portanto, inicia a ponderação “colocando mais peso em um dos pratos da balança”,⁹⁹ e considerando a natureza do direito fundamental em jogo, o intérprete deverá aplicar um padrão mais rígido (*strict scrutiny*) ou menos rígido para analisar a legitimidade da restrição daquele direito. Em suma:

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 estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade.¹⁰⁰

Assim, embora a Suprema Corte já empregasse testes diferenciados para o escrutínio de constitucionalidade em casos de constrição de direitos fundamentais,¹⁰¹ foi apenas na famosa nota de rodapé nº 04 do voto do *Justice Stone*, na decisão do caso *United States v. Carolene Products* (1938), que a teoria é explicitada e aplicada até os dias atuais. Esta doutrina ganhou especial relevância para a Primeira Emenda, pois indicou que o judiciário deveria proceder com um escrutínio especial ao enfrentar leis que restringissem a liberdade de expressão.¹⁰²

Nesta oportunidade, estabeleceram-se critérios para o controle de constitucionalidade de leis que colidissem com direitos individuais, e entendeu-se que os direitos fundamentais previstos nas primeiras dez emendas da constituição deveriam receber maior proteção, exigindo do Judiciário um controle mais rígido da validade das leis restritivas (*strict scrutiny*). Em relação

⁹⁹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista Seqüência, nº 48, p. 91-117, jul. de 2004. Pg. 100.

¹⁰⁰ Ibidem. Pg. 100.

¹⁰¹ Sobre este assunto, o texto de Leticia de Campos Velho Martel e de Simone Schreiber acima citados, narram o histórico completo do surgimento da doutrina de direitos preferenciais.

¹⁰² EPSTEIN, Lee. *Constitutional law for a changing America: a short course*. 4 Ed. CQ Press: Washington, 2009. Pg. 418.

aos direitos que cuidavam da livre atividade econômica, considerados não preferenciais, o Judiciário teria que respeitar as escolhas restritivas do Legislativo, que teriam maior autonomia em suas restrições.¹⁰³

Embora se reconheça que o direito à liberdade de expressão não seja um direito absoluto, em razão da sua importância no ordenamento jurídico, aquele deve conter um peso maior no momento de ponderação quando entrar em conflito com outros direitos fundamentais.

Assim, para Simone Schreiber,

A doutrina da posição preferencial enfraquece (ou mesmo inverte) a presunção de constitucionalidade das leis restritivas, exigindo a demonstração de que o interesse público que se pretende realizar é extremamente relevante (*compelling*), e que não há meio menos restritivo para atingir aquele fim¹⁰⁴.

No Brasil, a ideia de posição preferencial da liberdade de expressão é ainda pouco conhecida e difundida. Uma possível explicação, conforme sugere Fábio Carvalho Leite, seria o fato de se entender que os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade poderiam e deveriam ser resolvidos “numa harmonização de direitos” pela simples leitura dos incisos IV e V do art. 5º da Constituição. Por este motivo, “não haveria um ‘problema’ a demandar uma solução aparentemente tão controversa e radical como a de reconhecer *a priori* uma posição preferencial de um direito fundamental sobre outro (de mesma hierarquia e importância)”.¹⁰⁵ Contudo, aponta que esta harmonização de direitos é apenas aparente, pois de fato, o julgador ao garantir a preferência à liberdade de expressão estará desatendendo os interesses da

¹⁰³ SCHREIBER, Simone. *Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007. Pg. 246.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Pg. 247.

¹⁰⁵ LEITE, Fábio Carvalho Leite. *Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema*. In: CLÉVE, Clemérson Merlin; FREIRA, Alexandre (Coord.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. Pg. 399

outra parte.¹⁰⁶

A doutrina da posição preferencial, aos poucos, vem encontrando respaldo na jurisprudência internacional,¹⁰⁷ bem como na jurisprudência nacional. Daniel Sarmento destaca que o STF tem reconhecido em algumas oportunidades a posição preferencial das liberdades de expressão e de imprensa. Conforme transcrito pelo Professor, os votos dos Ministros Carlos Britto e Luiz Fux, nas ADPF 130 e 187, respectivamente, explicitam a proeminência destas liberdades, *in verbis*:

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.¹⁰⁸

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*.¹⁰⁹

A partir desta premissa, questiona-se se o “direito ao esquecimento” é uma justificativa legítima para restringir a liberdade de expressão. Parece que a utilização desse novo direito para limitar o acesso à informação gera uma legítima insegurança jurídica. Acrescente-se a isso, o fato de não haver qualquer norma jurídica constitucional que preveja expressamente este direito. Ele decorre apenas da interpretação dos tribunais sobre o direito à privacidade.

Nas palavras de André Brandão: “alterou-se qualitativamente o direito à privacidade, que passa a englobar não apenas a defesa da esfera privada contra invasões externas, mas também a possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito (...).¹¹⁰ Contudo, merece ser ressaltado que a possibilidade de um indivíduo, em juízo discricionário, requerer que um fato

¹⁰⁶ Ibidem. Pg. 401.

¹⁰⁷ Simone Schreiber expõe precedentes Europeus e da Corte Europeia de Direitos Humanos (pgs. 250-257).

¹⁰⁸ STF, ADPF 130, sob a relatoria do Min. Ayres Britto, j. em 16.02.2010.

¹⁰⁹ STF, ADPF 187, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, j. em 15.06.2011.

¹¹⁰ COSTA, Nery André Brandão. *Direito ao Esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. Pgs. 196.

público seja esquecido, ou apagado, gera um juízo subjetivo do conteúdo das informações que poderão ser disponibilizadas. Neste sentido, “a exigência de clareza e determinabilidade das restrições a direitos fundamentais destina-se a conter a discricionariedade dos que as aplicam a casos concretos, e a conferir maior previsibilidade e segurança aos seus titulares”.¹¹¹

A insegurança jurídica e o real receio de responsabilidade posterior gera o que a doutrina chama de *chilling effect*, ou “efeito censor”, que tem como consequência o desencorajamento do exercício legítimo do direito de livre pensar e de se manifestar, pela ameaça de uma sanção.

O “direito ao esquecimento” no acórdão do caso da “Chacina da Candelária” foi conceituado pelo Ministro Felipe Salomão como “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores”. Estes amplos termos em que foi definido este direito trazem inegável vagueza e indeterminação, gerando riscos a uma restrição arbitrária à liberdade de expressão.

A possibilidade de impedir a veiculação de informação, e no caso da internet, de apagá-la, também gera danos inegáveis à História e à memória coletiva. O professor argentino Eduardo Bertoni, em seu artigo chamado “O Direito ao Esquecimento é um Insulto à História da América Latina”,¹¹² recorda que os países que viveram os regimes militares fazem uso da memória do passado para reconstruir o futuro. O professor termina o artigo recomendando “*more information, not less*”.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>> Acesso em 10.03.2015. Pg. 30

¹¹² BERTONI, Eduardo. *The Right to Be Forgotten: An Insult to Latin American History*. Disponível em <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html> Acesso em 30.05.2015.

Cabe analisar a seguir como o “direito ao esquecimento” foi incorporado pelo STJ nos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, para melhor compreender os termos em que o dito direito foi concebido, bem como analisá-lo criticamente para averiguar as suas implicações na ordem jurídica brasileira.

3. Estudo de caso: O “Direito ao Esquecimento” no STJ: os casos “Aída Curi” e a “Chacina da Candelária”

Nesse capítulo serão analisados os recursos especiais n^{os} 1.335.153/RJ (o caso “Aída Curi”) e 1.334.097/RJ (o caso “Chacina da Candelária”) , ambos de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgados em 25.05.2013, onde foi inaugurado no Superior Tribunal de Justiça o debate sobre o conflito em torno do “direito ao esquecimento” e da liberdade de expressão, que já vinha sendo enfrentado pelas cortes inferiores, na doutrina brasileira e nas Jornadas de Direito Civil (Enunciados 404 e 531).¹¹³

Os argumentos utilizados pelo STJ no acolhimento do “direito ao esquecimento”, serão analisado em conjuntos, visando este criticar os seguintes pontos (i) a jurisprudência internacional utilizada pelo STJ para embasar o acolhimento deste direito foi superada pelos próprios tribunais de origem; (ii) a definição do “direito ao esquecimento” como um “direito à esperança” é um conceito de inegável vagueza e subjetividade, o que causa inegável insegurança jurídica, e (iii) a posição do STJ violou frontalmente o entendimento do STF sobre a posição preferencial da liberdade de expressão.

3.1 O caso “Aída Curi”

Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, ajuizaram ação de reparação por danos materiais, morais e à imagem em face da TV Globo Ltda. Os autores, únicos irmãos vivos de Aída Curi – vítima de homicídio ocorrido em 1958, crime este que ganhou forte repercussão nacional

¹¹³ BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/control-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 30.05.2015.

em razão do noticiário da época – alegam o cometimento de ato ilícito pela TV Globo Ltda. pela veiculação do caso no programa televisivo *Linha Direta-Justiça*, pois a empresa ré teria sido notificada pelos irmãos para não fazê-lo.

Sob a alegação de que a transmissão do episódio teria reaberto “antigas feridas dos autores”, estes pleitearam indenização a título de danos morais – tendo em vista que a reportagem fez com que os autores revivessem dores de seu passado – e danos materiais, pela exploração comercial com fins econômicos da imagem de Aída Curi.

Em primeira instância, o juízo da 47^a Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedente os pedidos autorais. Em sede de apelação a sentença de primeiro grau foi mantida, tendo a 15^a Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, privilegiando a liberdade de expressão registrando que “os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa”, e que “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”.

Interposto o recurso especial, o mesmo não foi admitido na origem. Com a interposição do agravo em recurso especial, o mérito da questão foi apreciado pelo STJ, tendo o relator Ministro Felipe Salomão entendido em seu voto que, naquele caso específico, feita a ponderação de valores, a liberdade de imprensa (art. 220, da Constituição Federal) deveria prevalecer sobre a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 220, § 1º e 5º da Constituição Federal). Foi considerado como o cerne da questão a historicidade do crime noticiado. Ao final, o Ministro Relator negou o pedido de indenização por danos morais requeridos pelos autores.

Restaram vencidos os Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, que sustentaram pelo provimento do recurso especial, pois entenderam que a TV Globo Ltda. divulgou imagens da falecida irmã dos autores contra suas vontades, que foram expressamente manifestadas, fazendo incidir o que prescreve o art. 20 do Código Civil de 2002 e a aplicação da súmula 403 do Tribunal.

3.2 O caso “Chacina da Candelária”

Jurandir Gomes de França ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda., afirmando ter sido procurado pela emissora para entrevistá-lo para o programa *Linha Direta – Justiça* que iria abordar a sequência de homicídios ocorridos em julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecido como a Chacina da Candelária. O autor teria declinado do convite para participar da entrevista, pois não queria ter sua imagem veiculada em rede nacional mais uma vez, porque embora tenha sido indicado como coautor/partícipe do mencionado episódio, foi absolvido por negativa de autoria por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Argumentou o autor que a divulgação de seu indiciamento, anos depois de ter sido absolvido, teria reascendido a imagem de “chacinador” e o ódio social em sua comunidade, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, causando prejuízo também aos seus familiares. Sustentou que a notícia causou-lhe intenso abalo moral, razão pela qual pleiteou indenização por danos morais. Ao apreciar a demanda, o juízo da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedente o seu pedido, e, somente em grau de apelação, em julgamento realizado pela 16ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, a sentença foi revertida para condenar a TV Globo ao pagamento de indenização de R\$ 50.000,00, a título de danos morais.

Opostos embargos infringentes, foram, por maioria, rejeitados, confirmando a condenação imposta à TV Globo. Interposto o recurso especial, a este foi, por unanimidade, negado seguimento, tendo a matéria sido apreciada pelo STJ por força da decisão proferida no Ag. nº 306.644/RS. Ao apreciar o caso em referência, sob o fundamento de que, na ponderação de valores, entre a liberdade de informação (art. 220 da Constituição Federal) e a vida privada (art. 5º da Constituição Federal), o STJ entendeu que este deveria prevalecer, pois ao permitir novamente a veiculação da notícia, causaria ao autor uma segunda violação à sua dignidade, razão pela qual deveria lhe ser garantido o “direito ao esquecimento”. Embora tenha sido reconhecida a licitude da notícia, sustentou-se que se o nome e a imagem do autor tivessem sido ocultados, sua honra não teria sido maculada.

3.3 A motivação do STJ sobre o “Direito ao Esquecimento”

Embora os julgamentos dos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária” tenham alcançado resultados diferentes, a fundamentação jurídica e a forma que o Ministro Relator organizou seu raciocínio lógico ao longo de seus votos foram muito semelhantes. Importante frisar, inicialmente, que os julgados optaram por restringir a análise do “direito ao esquecimento” no contexto da mídia televisiva, retirando da abrangência da decisão a sua aplicação na internet. Foi apontado que nesses casos seria necessária uma solução legislativa ou judicial específica sobre o assunto.

Nos casos ora analisados, o STJ reconheceu a existência do conflito entre a liberdade de informação e de expressão e dos direitos inerentes à personalidade, ambos previstos na ordem constitucional. Assim, ao iniciar o seu voto, o Ministro Relator indicou que em casos em que há conflitos entre publicações jornalísticas e violações aos direitos da personalidade, o Tribunal

tem analisado este conflito pelo viés da ilicitude da matéria jornalística, bem como pelo contexto da contemporaneidade da notícia.

Conforme demonstrado por Bucar,¹¹⁴ a Corte expôs os seguintes parâmetros para o legítimo exercício da liberdade de expressão: (i) compromisso ético com a informação verossímil; (ii) preservação dos direitos da personalidade, mitigados quando se tratar de pessoas notórias; (iii) vedação à crítica com o intuito difamatório deliberado, e (iv) contemporaneidade da notícia.

Por outro lado, o STJ aponta os seguintes pontos como sendo contrários à tese do “direito ao esquecimento”: (i) a violação à liberdade de expressão; (ii) a possibilidade de perda da história; (iii) a privacidade como censura dos tempos atuais; (iv) o privilégio da memória individual em detrimento daquela da sociedade; (v) a ausência de registro sobre crimes perversos; (vi) a inexistência de ilicitude no ato; (vii) a preservação do interesse coletivo; e (viii) a extinção de programa policiais.¹¹⁵

Note-se que no momento de ponderação entre os argumentos a favor e contra a tese do “direito ao esquecimento”, aquela posição possui argumentos com um viés mais subjetivo do que esta. Por isso, a corte parece ter sido guiada pela subjetividade, fugindo de um olhar racional sobre o direito, o que teria agregado maior segurança e autoridade à tese do “direito ao esquecimento”.

Em seguida, o Ministro Relator traz em seu voto o contexto atual da sociedade, denominando-o como uma época de *hiperinformação*. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman é citado para evidenciar traços desta sociedade, que, nas palavras do Relator, vive um “processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade” reinando uma “filosofia tecnológica” que valoriza a exposição,

¹¹⁴ Ibidem. Pg. 04.

¹¹⁵ Ibidem. Pg. 04.

o que ocasiona a mitigação de valores tão caros aos seres humanos, como a privacidade e autonomia individual.

Embora o quadro fático da sociedade atual tenha sido bem retratado, as pessoas que se expõem, considerando que haja uma cultura que imponha esse desejo e esse exibicionismo, assim o fazem por liberalidade própria. A espionagem na vida privada é viabilizada pelos próprios indivíduos, com o seu próprio consentimento, uma vez que estes se propõem a estar nesta posição.

Esta observação sobre o voto se torna relevante uma vez que para o “direito ao esquecimento” a questão do consentimento é de extrema relevância, e dentro disso, também a necessária separação entre a figura pública e a figura privada. Isso porque quando há a divulgação de informação sobre pessoa pública, no exercício de seu cargo público, não há a necessidade de seu consentimento, pois aquele *status* atrai maior interesse público sobre a vida daquela pessoa. Há situações, ainda, em que figuras privadas, ao serem noticiadas, se tornam públicas, ainda que de forma momentânea.

Contudo, o interesse público não se restringe apenas às atividades estatais e políticas, há também um interesse legítimo em matérias corriqueiras que tratem da vida social. Conforme destacado por Daniel Sarmento, “o debate destas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer através da reflexão coletiva”.¹¹⁶ Por isso, a possibilidade de restringir o acesso à informação pelo pleito do “direito ao esquecimento” conduz inevitavelmente a uma sociedade menos informada, menos capaz de promover o adequado funcionamento da democracia, a verdade, o conhecimento e a autonomia de consciência.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043-Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao>> Acesso em 10.03.2015. Pg. 10.

Ao analisar o conflito no caso concreto entre a liberdade de informação e o direitos protetivos à pessoa humana (i.e. inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem, etc), o Ministro Relator entendeu haver “uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”. Este entendimento, contudo, é frontalmente oposto à doutrina da posição preferencial da liberdade expressão, que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A exposição midiática de crimes realizado por programas televisivos como o Linha-Direta, exibidos pela TV Globo, é criticada no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, sob o fundamento de que a permissão de nova exibição do crime causaria um “segundo abuso à dignidade humana, porque o primeiro já fora cometido no passado”. Nestes casos, no entendimento do tribunal, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” significaria um corretivo à divulgação exacerbada do crime, ressaltando que a questão da historicidade do crime pode ser ponderada caso a caso.

Ao examinar a questão do interesse público, o tribunal se restringiu ao campo das ações penais públicas, no qual estabeleceu-se que o interesse público nem sempre deve se sobrepôr à privacidade ou à intimidade dos envolvidos.

O STJ, ao enfrentar a aplicação da tese do “direito ao esquecimento”, destacou que “o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados”. Nesse sentido, a corte apreciou aquele direito com foco na relação entre Tempo e Direito, referente à questão do controle temporal de informações, onde possibilitaria que, após certo período de tempo, um indivíduo poderia pretender não mais ser lembrado por acontecimentos passados.

O tribunal entendeu que o ordenamento jurídico brasileiro prevê institutos que visam trazer segurança jurídica no futuro por meio da “estabilização do passado”, como a prescrição, a decadência, o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ao colacionar julgados internacionais que acolheram o “direito ao esquecimento”, o STJ não observou que tais julgados foram superados pelos próprios tribunais de origem, conforme exposto no capítulo 02. A utilização destes precedentes para sustentar a aplicação do “direito ao esquecimento” demonstra que o tribunal não acompanhou o desenvolvimento da jurisprudência internacional com sua consequente superação.

O entendimento da corte que “a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica” não pode ter a pretensão de uma verdade absoluta, pois a memória coletiva necessita da constante lembrança do passado para reafirmar o presente e o futuro. Por exemplo, a criação da Comissão Nacional da Verdade, por meio da promulgação da Lei nº 12.528/2011, tem como finalidade o esclarecimento das graves violações de direitos humanos praticadas no período da ditadura militar (1964 e 1988), e demonstra a necessidade de trazer à tona, mais de 20 anos depois, a dura realidade das torturas praticadas pelos militares. É inegável que este estudo irá reverberar na esfera dos partícipes dos crimes, causando sofrimento a eles e a seus familiares, mas a sua exposição é fundamental para que o Estado revele à sociedade estes fatos históricos, para que se possam conhecer os erros cometidos no passado do país e evitar repeti-los no futuro.

A memória destes crimes, bem como daqueles ocorridos nos casos da “Aída Curi” e da “Chacina da Candelária”, merecem ser revividas ou recontadas para evitar o cometimento de crimes semelhantes. É preferível que os casos que tratam do “direito ao esquecimento” não sejam analisados de forma casuística para que não se perca a perspectiva do impacto que aquele

direito poderá gerar na história, no acesso à informação, à memória coletiva, na liberdade de expressão, e em outros campos, fazendo com que acontecimentos públicos se tornem segredos privados.

Embora seja reconhecido nos julgados o valor da historicidade dos fatos narrados, não se pode negar que a garantia do “direito ao esquecimento” tende a negar a história, pois impedir que fatos verdadeiros sejam divulgados não deixa de ser uma forma de apagar a história.

Ao tratar da liberdade de informação, os julgados ora em análise afirmam que esta deve cumprir dois requisitos para o seu legítimo exercício: (i) a verossimilhança da informação e (ii) o consentimento do indivíduo.¹¹⁷ Quanto ao primeiro requisito, se afirmou que a notícia verídica poderá tornar-se ilícita com o lapso temporal, e em casos de notícias criminais esta teria uma “vida útil”, que passado este tempo sua utilização tenderia a “perpetuar no tempo as misérias humanas”. Considerando que fatos nunca se tornam ultrapassados,¹¹⁸ a pretensão de ilicitude de notícias verdadeiras pelo simples passar do tempo parece carecer de efeito prático. Por exemplo, o que aconteceria se uma informação que teria sido considerada ultrapassada ou irrelevante com o passar do tempo de repente se tornasse relevante de novo?¹¹⁹

Inclusive, esta consideração parece curiosa diante do precedente estabelecido no caso *New York Times vs. Sullivan*, em que se entendeu que a imprensa não poderia ser responsabilizada pela divulgação de fatos falsos, salvo se comprovados o *actual malice* e o *reckless disregard*. Enquanto nos EUA se entende que a veiculação de fatos falsos estaria protegido pela liberdade de expressão, no Brasil se afirma que fatos verdadeiros possam se

¹¹⁷ Sobre este segundo requisito, o STJ não teceu grandes considerações a serem destacadas.

¹¹⁸ GIDARI, Albert. Jr. *In Right to Be Forgotten Proceedings, Who Represents the Public Interest?*. Apud. FELLNER, Robert. *The Right to be Forgotten in the European Human Rights Regime*. Grin Verlag GmbH, 2014. Pg. 15.

¹¹⁹ *Ibidem*. Pg. 16.

tornar ilícitos com o decorrer do tempo. Isto demonstra que o valor da liberdade de expressão na América do Norte pretende uma maior pretensão.

Ainda, a necessidade de a notícia conter informações “verdadeiras” faz com que o “direito ao esquecimento” seja um artifício retórico, pois seria possível requerê-lo quando fossem divulgados ou publicados dados inteiramente falsos e que nunca existiram? Seria possível cogitar esquecer algo que sequer se concretizou? Embora sejam dados inverossímeis, é evidente que o indivíduo teria seus direitos da personalidade ofendidos, mas poderia ser requerido especificamente o “direito ao esquecimento” sobre esta informação?

Neste contexto, o tribunal recepcionou o “direito ao esquecimento” entendendo que este seria um “direito à esperança”, visto que, enquanto a memória representa o vínculo do presente com o passado, a esperança seria o vínculo do futuro com o presente. Esta argumentação se assemelha ao entendimento da Suprema Corte estadunidense no caso *Melvin vs. Reid*, julgado em 1931, e que foi superado pela jurisprudência americana. Naquele caso entendeu-se que embora os fatos da vida pregressa de Melvin fossem verdadeiros, tendo estes sido divulgados pelo livro de memórias da autora, seria ilícito divulgá-los, pois a ex-prostituta teria se esforçado para se reinserir na sociedade, abandonando sua vida imoral. Esta argumentação se assemelha ao “direito à esperança”, que seria a oportunidade do indivíduo se reinserir na sociedade sem máculas passadas.

No caso “Aída Curi” o STJ tinha que decidir duas questões (i) o pedido de indenização fundado no “direito ao esquecimento”, e (ii) o uso comercial da imagem da falecida. No que toca o item (i) acima, argumentou-se a necessidade de ponderar o “direito ao esquecimento” com a questão da historicidade do fato, entendendo que, no caso em tela, aquele direito não prevaleceria em razão da historicidade do crime. Destacou-se, ainda, que a sua

garantia “não conduz necessariamente ao dever de indenizar”, pois esta possibilidade configuraria uma afronta desproporcional à liberdade de imprensa, se comparado com o incômodo gerado pela lembrança. Já a questão indicada no item (ii), restou compreendido que não houve uso comercial indevido da imagem da falecida irmã dos Autores.

O recurso especial no caso “Chacina da Candelária” interposto pela TV Globo Ltda., em seu mérito, foi julgado improcedente, pois se entendeu que aquele fato histórico poderia ter sido contado de maneira fidedigna, sem que fossem retratadas a imagem e o nome do autor da ação, pois veicular novamente em rede nacional o crime, envolvendo o autor da ação, seria considerado uma segunda ofensa à sua dignidade. Houve a preocupação em avaliar se a inclusão da imagem e do nome do autor da ação, quando da narrativa dos fatos da Chacina da Candelária pela TV Globo, importaria em restringir o acesso à informação e afetando o interesse público, entendendo que a omissão destes fatos não afetaria estes direitos.

Contudo, ao contrário do que ocorreu no julgamento do caso “Aída Curi”, no caso “Chacina da Candelária” foi mantida a condenação no valor de R\$ 50.000, 00 por danos morais.

3.4. Os problemas com o “Direito ao Esquecimento” em relação aos fundamentos da liberdade de expressão

A decisão do TJUE sobre o “direito ao esquecimento” engatilhou o debate sobre o seu conflito com outros direitos, como a liberdade de expressão, o direito à memória coletiva, o valor da historicidade, o direito de ter acesso à informação, entre outros. A decisão do STJ sobre o “direito ao esquecimento”

nos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária” também suscitam esta mesma preocupação.

Os fundamentos da liberdade de expressão, compreendidos a partir de uma ideia hegemônica deste direito, que foram analisados no primeiro capítulo deste trabalho, certamente são afetados pela possibilidade de que indivíduos possam pleitear no judiciário que informações que lhes dizem respeito sejam esquecidas ou até apagadas.

O “direito ao esquecimento”, na forma como foi interpretado pelo STJ, implica, na prática, em a possibilidade de requerer em juízo que até fatos verdadeiros que foram divulgados possam ser “esquecidos”. Em paralelo ao discurso de Mill, indaga-se se este pedido não teria uma pretensão de infalibilidade. Os problemas que surgem a partir desta pretensão, conforme já extensamente demonstrado, seria impedir o desenvolvimento e a compreensão de determinadas áreas do conhecimento. Ao fim e ao cabo, isto poderia levar a uma “pacificação intelectual”. Segundo Mill, uma ideia só poderá ser tida como “confiável” quando esta tiver se habituado de tudo que se poderia dizer ao contrário. Por isso, a informação se aperfeiçoa justamente quando amplamente debatida. O seu esquecimento prejudica, inclusive, que a sua verdade seja alcançada.

A pretensão da verdade absoluta dos fatos é altamente falível, pois sob um mesmo episódio podem surgir diversas interpretações. Até para evitar que sobre determinado evento haja uma interpretação que desagrade ao autor do fato, é melhor que este tenha a possibilidade de discuti-lo e, se necessário, de corrigi-lo, do que pedir que o apague. A informação será aperfeiçoada quando debatida, por isso, quando aquela é suscitada novamente esta possibilidade deve ser vista como uma oportunidade de corrigir eventuais inverdades. Esta

situação não apenas beneficia aquele que está sendo noticiado, mas também a sociedade, que certamente ficará mais bem informada.

Ainda, conforme assinalado por Tocqueville, é melhor garantir a liberdade de expressão mais pelos malefícios que ela impede, do que pelos benefícios que proporciona. Nesse sentido, indaga-se se o TJUE poderia imaginar as consequências de sua decisão, como o pedido de pedófilos e políticos corruptos requerendo que fossem removidos *links* do Google, que eram direcionados para *sites* com notícias suas sobre o crime cometido ou sobre sua má gestão, respectivamente. Ou ainda, quais seriam as consequências destas informações para a Wikipedia, considerada uma enciclopédia virtual e colaborativa. Seu fundador, Jimmy Wales, em entrevista concedida ao jornal inglês *The Guardian*, afirmou que a garantia do “direito ao esquecimento” não teria nenhum impacto na vida privada das pessoas, pois acreditava que “informações verdadeiras publicadas em jornais, por força de decisão judicial, não poderiam ser consideradas como informações privadas”, o que dificultaria ainda mais um real progresso na questão da privacidade.¹²⁰

De fato, o pedido para ser esquecido, muitas vezes, não terá efetividade, pois com a propositura de uma demanda judicial, como ocorreu nos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”, acaba dando mais destaque aos fatos que se deseja esconder. Como sugerido, isso seria o que se denominou como o *Streisand Effect*.

Para Espinosa, a liberdade de pensamento era um dos fundamentos do próprio Estado. Tal direito não era absoluto e encontrava seu limite nas opiniões que ameaçassem o Estado soberano, e conseqüentemente, a manutenção do contrato social. A sua ruptura significava o caos. Indaga-se,

¹²⁰ HALLIDAY, Josh. *Google search results may indicate 'right to be forgotten' censorship*. Disponível em <<http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/08/google-search-results-indicate-right-to-be-forgotten-censorship>> Acesso em 30.05.2015.

portanto, se no âmbito do “direito do esquecimento”, a restrição à garantia da liberdade de expressão seria justificável, em vista das consequências que repercutem diretamente na sociedade, como a restrição à informação e à liberdade de expressão.

Nesse contexto, a doutrina da posição preferencial defende a necessidade de que qualquer restrição à liberdade de expressão apenas se justificaria a partir da fixação de parâmetros rígidos. Como o “direito ao esquecimento”, para se caracterizar, depende da subjetividade daquele que está sendo noticiado, é difícil cogitar a possibilidade de se estabelecer um critério objetivo, pois o interlocutor depende da “ofensa” do outro para que o “direito ao esquecimento” se configure. A consequência desta ausência de objetividade poderá gerar decisões arbitrárias à liberdade de expressão.

Portanto, a garantia deste direito, na forma como compreendida pelo STJ, parece ter suscitado uma série de questões que o tribunal não vislumbrou. Assim, considerando o alto valor que a liberdade de expressão possui na democracia, e os benefícios que esta promove para a sociedade, a implementação do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro deve se proceder, ainda, com muitos debates.

4. Conclusões

Diante do exposto, as seguintes críticas foram apontadas no julgamento do Superior Tribunal de Justiça nos casos “Aída Curi” e “Chacina da Candelária”: (i) a jurisprudência internacional utilizada pelo STJ para embasar o acolhimento deste direito foi superada pelos próprios tribunais de origem; (ii) a definição do “direito ao esquecimento” como um “direito à esperança” é um conceito de inegável vagueza e subjetividade, o que causa inegável insegurança jurídica, e (iii) a posição do STJ violou frontalmente o entendimento do STF sobre a posição preferencial da liberdade de expressão.

A partir da leitura dos precedentes internacionais e nacionais que tratam do “direito ao esquecimento” percebe-se que não existe na jurisprudência um consenso sobre o seu reconhecimento. Embora inicialmente os tribunais admitissem a garantia deste direito, com o passar do tempo, a jurisprudência foi alterando seu entendimento para consolidar uma maior proteção das liberdades de comunicação e de expressão e do direito à informação, do que ao direito à privacidade dos indivíduos. Esta novo entendimento confirma a valorização dos fundamentos da liberdade de expressão, e por isso promove o exercício da democracia, da autonomia de consciência e do desenvolvimento do intelecto humano.

Os termos em que o “direito ao esquecimento” foi conceituado pelo STJ geraram inevitável insegurança jurídica, diante de sua vagueza, incerteza e imprecisão em que foi interpretado. O “direito ao esquecimento” foi compreendido como um “direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores”, tendo sido considerado como um “direito à esperança”. Além da amplitude e subjetividade destes termos, sequer foi estabelecido um parâmetro objetivo capaz de determinar

critérios do que pode ou não ser divulgado. Outro fato que gera ainda mais insegurança seria a afirmação do STJ de que até fatos verdadeiros poderiam tornar-se ilícitos pela simples passagem do tempo. A maneira aberta com que foi conceituado deixará margem para decisões arbitrárias.

Por isso, parece que a decisão do Superior Tribunal de Justiça deixou mais perguntas do que respostas, como: quanto tempo deve ter transcorrido para que se encerre a “vida útil” de uma notícia e esta torne ilegal? Quem pode ser noticiado, quais os critérios para diferenciar o escrutínio entre figura pública e figura privada? Quais os elementos necessários para que um evento seja caracterizado como histórico, não sendo passível de ser esquecido? Pode ser requerido o “direito ao esquecimento” sobre a publicação de um fato que nunca existiu? Para achar a solução para estas perguntas será necessário discutir o tema amplamente.

No que diz respeito ao item (iii) acima, a posição preferencial encontra respaldo na jurisprudência do STF, onde se tem afirmado que, diante do conflito entre direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, este último possui certa precedência, devendo conter um peso maior no momento de ponderação. Esta doutrina tem origem no direito norte-americano, onde se defende que em razão de sua relevância, é preciso fixar rígidos limites à hipóteses de suas restrições, seja em âmbito legislativo, seja no judiciário.

Por isso, o acolhimento do “direito ao esquecimento” nos termos em que foi compreendido pelo STJ não atende aos pressupostos da *preferred position*. Primeiramente, porque este direito apenas se configura quando aquele que está sendo noticiado se sente prejudicado pela divulgação da notícia, ficando o interlocutor sem saber se a sua divulgação irá ou não causar desconforto. Segundo, em decorrência lógica do primeiro ponto, é que a

restrição da liberdade de expressão será motivada por critérios subjetivos, vez que o “direito ao esquecimento” será requerido se o noticiado sentir que foram violados alguns dos seus direitos da personalidade.

Considerando a insegurança jurídica que o “direito ao esquecimento” gera para os veículos de informação, que não saberão quando a divulgação de determinado fato irá afetar os direitos da personalidade de alguém, isto desencadeará o *chilling effect*, onde as pessoas exercerão a autocensura pelo temor de posterior responsabilização. A consequência disto será uma sociedade menos informada, restrita a determinados tipos de conhecimento, e a limitação à garantia da memória coletiva.

Ainda, a diferente abordagem sobre a proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos e no Brasil, sugere que a visão norte-americana, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, tende a valorizar mais aquele. Esta perspectiva, sob o ponto de vista do julgamento de *New York Times vs. Sullivan*, é especialmente relevante no caso do “direito ao esquecimento”, pois naquele julgamento entendeu-se que até os discursos falsos, salvo as exceções estabelecidas, seriam protegidos pela Primeira Emenda, enquanto no Brasil foi afirmado pelo STJ que o decurso do tempo poderia tornar a publicação de um fato tido como verdadeiro em um fato ilícito.

Esta posição norte-americana, na visão deste trabalho monográfico, parece promover um debate público mais democrático, onde a sociedade terá acesso a mais informações, conseqüentemente provocando o desenvolvimento do conhecimento humano e a formação de opiniões. Nesse sentido, em recente artigo publicado no jornal O Globo¹²¹, Edward Snowden, ex-técnico da CIA,

¹²¹ VILIC, Filipe; ALLEGRETTI, Fernanda. *O direito de ser esquecido é um bem que pode fazer mal*. Revista Veja, 12.07.2014. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/vidadigital/o-direito-de-ser-esquecido-e-um-bem-que-pode-fazer-mal>> Acesso em 30.05.2015.

relata que quando revelou ao mundo que a Agência de Segurança Nacional (ASN) estaria monitorando quase todas as chamadas de telefone dos Estados Unidos, afirma que em algum momento teria ficado receoso ao divulgar esta informação e de ter colocado a sua vida em risco. Na reportagem, ele apresenta seu contentamento por ter errado em sua avaliação de que mudanças não ocorreriam após a sua revelação. Snowden noticia que em um único mês o “programa de rastreamento de chamadas da NSA foi declarado ilegal pelos tribunais e repudiado pelo Congresso”, e a Casa Branca, após investigação, exigiu que aquele fosse encerrado. O ex-agente da CIA atribui estas mudanças ao “poder de um público bem informado”.

5. Bibliografia

AMBROSE, Mega Leta; AUSLOOS, Jef. *The Right to Be Forgotten Across the Pond*: Journal of Information Policy, vol. 3 , 2013. Pgs. 1-23

BERBER, Myrian. *Le procès Papon enfin à la television*, RFI. Disponível em <http://www1.rfi.fr/actufr/articles/062/article_33739.asp> Acesso em 30.6.2015.

BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 30.05.2015.

BERTONI, Eduardo. *The Right to Be Forgotten: An Insult to Latin American History*. Disponível em <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acesso em 30.05.2015.

CAPALDI, Nicholas; *Da liberdade de expressão - Uma antologia de Stuart Mill a Marcusa*. Fundação Getúlio Vargas Instituto de Documentação Serviço de Publicações: Rio de Janeiro -- GN -- 1974.

COSTA, Nery André Brandão. *Direito ao Esquecimento na Internet: a scarlet letter digital*. In: SCHREIBER, Anderson (Coord). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. Pgs. 184-206.

EPSTEIN, Lee. *Constitutional law for a changing America: a short course*. 4 Ed. CQ Press: Washington, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Teológico-Político*; tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008, capítulo XX: “Onde se demonstra que num Estado livre é lícito a cada um pensar o que quiser e dizer aquilo que pensa”.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Gabrielle Darley Melvin vs. Dorothy Davenport Reid. Relator Justice John Bernard Marks. Julgado em 28.02.1931. Disponível em <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>> Acesso em 30.05.2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Segundo Distrito. Apelação. William James Sidis vs. F-r Publishing Corp., Relator Justice Clark.

Julgado em 20.07.1940. Disponível em <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>> Acesso em 30.05.2015.

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

GOLD, Susan Dudley. *New York Times Co. v. Sullivan: freedom of the press or libel?* Marshall Cavendish Benchmark: New York, 2007.

HALLIDAY, Josh. *Google search results may indicate 'right to be forgotten' censorship*. Disponível em <http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/08/google-search-results-indicate-right-to-be-forgotten-censorship>> Acesso em 30.05.2015.

HANDERSON, Jonathan. *Abraham v. T. Henry Construction, Inc., and the "Streisand Effect"*. Disponível em: http://www.davisrothwell.com/articles/pdf_files/Abraham.pdf> Acesso em 07.06.2015.

HOBOKEN, van Joris. *The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, prepared for the European Commission*. Disponível em http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf> Acesso em 30.05.2015.

JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>> Acesso em 30.05.2015.

JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>> Acesso em 30.05.2015.

LEITE, Fábio Carvalho Leite. *Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema*. In: CLÉVE, Clemerson Merlin; FREIRA, Alexandre (Coord.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. Pgs. 395-407.

LEWIS, Anthony. *A liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo, Arcati: 2011.

MANTELERO, Alessandro. *The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”*: Computer Law & Security Review, vol. 29, 2013. Pgs. 229-235. Disponível em < [http://www.academia.edu/3635569/The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the right to be forgotten](http://www.academia.edu/3635569/The_EU_Proposal_for_a_General_Data_Protection_Regulation_and_the_roots_of_the_right_to_be_forgotten) > Acesso em 30.05.2015.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista Seqüência, nº 48. Pgs. 91-117, jul. de 2004.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Branco; GONET Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Parecer do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, apresentado no caso C-131/12 em 25.06.2013. Disponível em < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5f135a8cf97c945cbaeceb1724a24d99.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNmNe0?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=293688> > Acesso em 10.03.2015.

PARKINSON. Justin. *The Perils of Streisand effect*. BBC News. 31.07.2014. Disponível em < <http://www.bbc.com/news/magazine-28562156> > Acesso em 07.06.2015.

RIBEIRO, SAMANTHA SOUZA DE MOURA. *A Dinâmica dos Direitos Coletivos a partir da auto-compreensão do Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro, março de 2007. 123f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RIBEIRO, SAMANTHA SOUZA DE MORA. *When Privacy Feed Surveillance: The ECJ’s Decision on Google vs AEPD and the Brazilian Experience*. Birkbeck Law Review. Vol 3. Issue May 2015. Pgs. 115-130.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI215589,71043->

[Professor+analisa+constitucionalidade+da+invocacao+do+direito+ao](#)> Acesso em 10.03.2015.

SCHREIBER, Simone. *Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Reconstrução democrática do direito público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007. Pgs. 217-258.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Direito ao Esquecimento em Debate na UNESCO*. Disponível em <<http://observatoriodainternet.br/post/direito-ao-esquecimento-em-debate-na-unesco>> Acesso em 30.05.2015.

SNOWDEN, Edward. *O poder de um público bem informado*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/o-poder-de-um-publico-bem-informado-16356934>> Acesso em 07.06.2015.

STF, ADPF 130, sob a relatoria do Min. Ayres Britto, j. em 16.02.2010.

STF, ADPF 187, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, j. em 15.06.2011.

STJ, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25.03.2013.

STJ, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, 4ª Turma, sob a relatoria do Min. Luís Felipe Salomão, j. em 25.05.2013.

STJ, Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, 3ª Turma, sob a relatoria da Min. Nancy Andrichi, j. em 26.06.2012.

TAMO, Aurelia; GEORGE, Damian. *Oblivion, Erasure, and Forgetting on the Digital Age*. Disponível em <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3997/#ftn.N103D9>> Acesso em 30.05.2015.

TJRJ, Apelação Cível nº 0148281-75.2009.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Guaraci de Campos, j. em 22.06.2010.

TJRJ, Apelação Cível nº 0280797-93.2008.8.19.0001, 9ª Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Relator Rogério de Oliveira Souza, j. em 15.02.2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*; tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-131/12. *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*, j. em 13.05.2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140514-04.pdf>. Acesso em 10.03.2015.

VILIC, Filipe; ALLEGRETTI, Fernanda. *O direito de ser esquecido é um bem que pode fazer mal*. Revista Veja, 12.07.2014. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/vidadigital/o-direito-de-ser-esquecido-e-um-bem-que-pode-fazer-mal>> Acesso em 30.05.2015.