

O DIREITO À MEMÓRIA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: O TEMPO COMO PARADIGMA DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Mixilini Chemin Pires*
Riva Sobrado de Freitas**

Resumo

O presente artigo tem por tema “O direito à memória e o direito ao esquecimento: o tempo como paradigma de proteção à dignidade da pessoa humana”. Tal escolha motiva-se pelo fato do direito ao esquecimento ter sido abordado como uma espécie de defesa para proteger o indivíduo da invasão de privacidade pelas mídias sociais, blogs, provedores de conteúdo ou buscadores de informações, especialmente em relação a fatos públicos referentes ao passado do indivíduo. E, essencialmente pelo conflito existente entre o direito à informação (o direito à memória da coletividade) e o direito à intimidade, a honra e a vida privada, encontrando-se na análise do tempo, um fator determinante para seu reconhecimento e aplicação. Neste aparato, a problemática proposta ao artigo pode ser representada pela seguinte pergunta: “A ausência de contemporaneidade de fatos passados poderá ensejar o reconhecimento do direito ao esquecimento em detrimento do direito à memória?” Traça-se, assim, por objetivo verificar o conflito existente entre a liberdade de informação, construtora do direito de memória, e os direitos de personalidade do particular. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial apoiada em decisões destacadas dos Superiores Tribunais. Palavras-chave: Direito à memória. Direito ao esquecimento. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento tem sido abordado como uma espécie de defesa para proteger o indivíduo da invasão de privacidade pelas mídias sociais, blogs, provedores de conteúdo ou buscadores de informações, especialmente em relação a fatos públicos referentes ao passado do indivíduo.

Nesta senda, mais uma vez, dentre tantos julgados já registrados, instala-se o conflito entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade, contudo, pela primeira vez sob o contexto e ângulo completamente contemporâneos: “o direito de ter não mais lembrado fatos passados - o direito ao esquecimento”.

Com base neste enredo, estabelece o presente artigo, como problemática a ser desenvolvida e acima de tudo, refletida diante das inovações dos direitos de personalidade e da proteção máxima do ser humano como efetivação de sua mais ampla e completa dignidade e do desenvolvimento da sociedade de informação, se “A ausência de contem-

* mixilini@yahoo.com.br

** Professora Doutora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. rivafreit@ig.com.br

poraneidade de fatos passados poderá ensejar o reconhecimento do direito ao esquecimento em detrimento do direito à memória?”

Para tanto, a fim de responder de forma satisfatória a este questionamento norteia-se como objetivo verificar o conflito existente entre a liberdade de informação, construtora do direito de memória, e os direitos de personalidade do particular. Utilizar-se-á o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial apoiada em decisões destacadas dos Superiores Tribunais.

Porquanto, num primeiro momento abordar-se-ão questões pontuais quanto ao direito de informação com enfoque na construção do dever e direito de memória e os direitos de personalidade envolvidos ao direito ao esquecimento, para em um segundo momento, com base em julgados do Superior Tribunal de Justiça analisar o viés prático e teórico que a Corte Superior brasileira tem utilizado em suas interpretações quanto a afirmação ou não, de que há sim, o direito de ser esquecido, mesmo que este esquecimento, comprometa o direito de memória e os anais da história em que foram inseridos, ou dos quais, enfaticamente fizera parte e, ainda, tema atual, como o caso das biografias não autorizadas junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA

A Constituição Federal de 1988 disciplina em seu artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral causado quando da violação destes direitos.

Assim, por meio do reconhecimento constitucional, juridicamente expresso a partir de 1988, mas não menos incisivo nas práticas dos Tribunais em períodos de outrora, passaram referidos direitos a terem além de caráter de direitos fundamentais, também a proteção jurídica do Estado ao nível de cláusulas pétreas.

Como efeito da constitucionalização do direito civil, somam-se a estes direitos fundamentais, também o atributo de direitos de personalidade, hodiernamente também explicitado pelo Código Civilista em capítulo próprio observando a sua não menor relevância nas relações privadas. Mais uma vez o ordenamento jurídico trabalha e socorre a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente o homem está indissolúvelmente ligado ao processo informativo. Melhor dizendo, a informação recebida hoje em apenas um dia corresponde àquela recebida pelo homem há duzentos anos (CARVALHO, 1999).

Neste enredo, importante estabelecer o que é informação. E diante de várias concepções ou justificativas, a que melhor se encaixa no perfil constitucional é a de que “[...] o direito de informação é um direito fundamental, de interesse comunitário, constitucionalmente protegido, inerente ao funcionamento das sociedades democráticas.” (EIRAS apud CARVALHO, 1999, p. 54). Em outros termos, reconhece-se ao direito de informação o caráter de direito subjetivo público, com poderes em face do Estado, e enquanto também um direito subjetivo de ordem privada, oponível entre os demais particulares.

Para Canotilho (1998, p. 1124-1125), “[...] se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efectua-se sob a forma de direito subjectivo.”

Contudo, frente ao direito de informação e diante de todas as formas de esquecimento fazem-se valer os direitos de memória e, por vezes, a necessidade de se ter recordações (OST, 2005). É diante destas circunstâncias não menos relevantes que do direito individual de “ser esquecido” se lança o direito de informação, como alicerce na construção e afirmação histórica de fatos e enredos que não podem ser esquecidos, pois deles dependem a afirmação de um povo em repetir mesmos comportamentos ou com base naqueles fazer uma história diferente.

Não há vida social sem informação, eis que a vida do homem, enquanto ser social é a história da sua comunicação com os demais. Uma luta de ideias, um prolongar e estender de pensamentos (CARVALHO, 1999). A essencialidade da liberdade, não está apenas no corpo físico, mas acima de tudo, na mente, no pensar e transmitir pensamentos.

Argumenta o autor veementemente que:

Sua luta sempre foi para vencer o tempo, para aproveitá-lo cada vez mais intensamente, talvez como forma de perenizar ao máximo sua existência. Nessa luta angustiante do homem contra o tempo limitado e fatal, sobressai o pensamento como única porção sua com vocação para eternizar-se, para deixar as barreiras físicas não só do tempo mas também do espaço. [...] A palavra, portanto, é a senha para manter vivo o homem, ser finito. É a única arma que o torna capaz de vencer o tempo e o lugar. (CARVALHO, 1999, p. 1, grifo nosso).

Neste compasso, o direito de intimidade não surge como instrumento de censura, todavia, como orientador a imprensa livre, a liberdade e ao direito de informação. É necessário se estabelecer formas de proteção à intimidade e ao direito à informação na vida cotidiana. O direito à privacidade, que para alguns representaria “o direito de estar só”, é indispensável como tutela ao exercício da cidadania, bem como a livre imprensa o pressuposto de uma democracia (TEPEDINO, 2001).

Contudo, se analisada isoladamente, a privacidade, não é mais capaz de permear em si uma regra precisa e limitadora da circulação de informações, eis que o que conta de fato e efetivamente é o contexto, social e institucional, no qual historicamente se inseriu a questão da privacidade. Em outros termos, a privacidade estaria muito mais próxima de uma tendência do que de uma definição legislativa (RODOTÁ, 2008).

Indagações como qual seria o dever e o direito de ser informado e os limites que poderia chegar o direito à informação seriam determinadas pela própria vida do homem público, no caso concreto (TEPEDINO, 2001 apud RODOTÁ, 2008). Ao mesmo tempo em que, a privacidade, que atua na contramão muitas vezes do direito à informação, seria um elemento fundamental da sociedade da igualdade (RODOTÁ, 2008). E, o direito à memória da coletividade, embora construído sobre o manto fundamental e legítimo do direito à informação, ficaria relativizado diante do direito à privacidade, a honra e a intimidade, também fundamentais na construção da dignidade humana.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: O TEMPO COMO FATOR DE AFIRMAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“O tempo é a substância da qual sou feito. O tempo é um riacho que me arrasta com ele, mas o riacho sou eu; é o tigre que me destrói, mas o tigre sou eu, é um fogo que me consome, mas o fogo sou eu.” (BORGES, 1953 apud OST, 2005, p. 22).

O tempo é paradigma para muita coisa. O tempo define a experiência. O tempo “desenha e traça o corpo físico”. O tempo sufraga as vontades e as possibilidades. O tempo marca a história. O tempo faz a história. O tempo constrói as lembranças. O tempo aviventa as recordações. O tempo inicia e põe termo as relações jurídicas. O tempo... o tempo. Entre tantos formatos e aspectos, aí está o tempo. Um tempo hoje relevante e porque não dizer, definidor do direito, como elemento garantidor do reconhecimento do direito ao esquecimento. Um tempo que definirá o que deve ou não ser lembrado. E, principalmente, quem pode ou não querer ser esquecido.

Até que ponto as lembranças e recordações de uns, podem interferir na marca do tempo e na história de outros. Esses são apenas alguns dos aspectos a serem sopesados na análise e reconhecimento do direito ao esquecimento como direito de personalidade, garantidor da proteção à dignidade humana. Até que ponto o direito de informar está inserto no tempo de vida e história das pessoas.

Assim, pode-se se exaltar, ao abordar-se o direito ao esquecimento, o direito de intimidade, que em decorrência de sua constitucionalização e reconhecimento pela ordem interna ganhou notoriedade como direito fundamental e adentrou nos bancos dos direitos de personalidade trazidos pelos efeitos desta constitucionalização junto ao ordenamento privado - ao Código Civil, como resultado de sua mais ampla, em tese, preocupação com a personificação das normas privadas, pela elevação e categorização do sujeito como pessoa, como pessoa detentora e merecedora de toda a dignidade.

Neste propósito, traduz a intimidade, o direito que em determinadas situações o indivíduo tem de “ser deixado em paz”, de controlar, antes de tudo, a indiscrição alheia em assuntos que só a ele diz respeito (FARIAS, 2000). É o clássico e comum direito “de não ser lembrado”, “de estar só”.

Pode-se ainda elencar então, um tipo mais recente de definição de privacidade, qual seja, “[...] o direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar aos outros.” (WESTIN apud RODOTÁ, 2008, p. 75).

A exemplificar, Tepedino (2001) conta que em Boston (EUA), há aproximadamente um século, um advogado de renome, Samuel Warren, insatisfeito, descontente com matérias divulgadas sobre sua deslumbrante esposa pela imprensa, decidiu junto com outro colega, defender em juízo o direito “a ser deixado em paz”, marcando uma nova fase na defesa do direito à intimidade. Mais tarde, tanto Warren quanto seu colega se tornaram juízes da Suprema Corte.

Para tais efeitos e prerrogativas, permeia-se a intimidade, enquanto direito de personalidade, pelo princípio da exclusividade,

[...] visando amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comportando essencialmente três exigências: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo) [...] (FERRAZ JÚNIOR apud FARIAS, 2000, p. 140).

De uma forma expressa o texto constitucional diferenciou a intimidade da vida privada, embora perceba e proclame que esta está inserida dentro daquela. Contudo, ao referir a proteção da vida privada e da intimidade elencando tais direitos como fundamentais, não deixou referido texto de permitir e também reconhecer como fundamental o direito à informação, sem contar que, em alguns momentos para a efetividade de um, o outro precisaria ou deveria ser relativizado. Destarte, sempre que isto ocorrer estar-se-á diante não mais de um problema jurídico que pode ser resolvido por normas infraconstitucionais, todavia, diante de uma problemática constitucional, que instaura em seu cerne um conflito entre direitos fundamentais.

A somar, a previsão da liberdade de expressão e direitos de informação tanto em documentos internacionais quanto nacionais é tida como um direito subjetivo fundamental, consubstanciada na liberdade de pensamento, bem como no direito de dar ou receber informação (FARIAS, 2000).

Contudo, existem casos, em que o direito ao esquecimento é fundamental para que o sujeito possa manter-se socialmente protegido e auferido em sua dignidade. É o caso de condenados, criminosos de um modo geral, que cumprindo sua pena teriam o direito de ter preservada a sua privacidade, honra e imagem - a máxima da ressocialização. A exata garantia ou facilitação da reintegração do indivíduo na sociedade, sem que para tanto, seus direitos de personalidade possam ser diminuídos com base em evento passado (GODOY, 2001).

“Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo.” (GODOY, 2001, p. 89).

Entretanto, conforme destaca Kaminski (apud CANÁRIO, 2013), advogado especialista em Direito Digital, “[...] a internet tem memória, e as informações podem se espalhar por diversos servidores em diversos países, tornando a remoção de determinado conteúdo, se não impossível, realmente muito difícil.” E tal assertiva deve ser considerada, eis que a propagação dos fatos não se dá mais apenas pelo meio escrito ou falado como antes, mas essencialmente, pelas mídias digitais.

Neste compasso, a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, trouxe no enunciado 531 que “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Isso quer dizer que a regra que protege a intimidade, a imagem e a vida privada de todas as pessoas também se aplica ao caso de informações sobre o passado destas, visto que, ninguém é obrigado a conviver eternamente com os erros ou desvios de sua vida pretérita.

Importa, porém, referir que o Enunciado 531 se apresenta apenas como uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil. Não tem, portanto, caráter vinculante e nem normativo. Tampouco estão os juízes obrigados a segui-lo.

Nessa linha argumenta o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator dos dois recursos especiais que discutiram a tese “do direito ao esquecimento” no STJ, reconhecida pela

primeira vez pela Corte Superior que “[...] não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação. Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último.”

Quando se trata da proteção de direitos fundamentais, tal qual a imagem, a vida privada e a intimidade, que se confundem enquanto direitos de personalidade com aquilo que a própria pessoa acredita ser, pode-se citar, *mutatis mutandis*, a afirmação feita H. Jonas (apud BOUGUET, 2002, p. 235):

Para o caçador que se pergunta se o movimento de uma folhagem é o sinal da presença de um ser humano ou de uma presa, a dúvida deve ser retentora. A ignorância ou a dúvida na qual ele se encontra deve reter seu dedo no gatilho. Esse princípio - “na dúvida, abstenha-se” - é o outro lado da obrigação de saber o que estamos prontos a fazer, quando fazer significa matar ou, mais geralmente, quando há uma provável violência contra os direitos fundamentais de um ser humano (direito de viver, direito à integridade corporal, etc.). Quando se trata da vida de um ser humano, o risco não é permitido. Quando ao braço longo de nossos poderes técnicos corresponde o braço curto de nosso saber ético, este deve ter mais consideração que aquele. O risco não é legítimo quando o que se está arriscando é a existência de outrem. Não se tem o direito de jogar o vale tudo com a existência dos outros.

As constituições de um modo geral e dentro de suas peculiaridades consagram o direito geral à personalidade. E neste aparato, este direito à personalidade nada mais seria do que um direito natural e humano tornado fundamental pela sua constitucionalização (CUNHA, 2006).

Falar em direitos de personalidade é colocar em prática e concretizar o “mais belo” fundamento etimológico da Constituição Federal de 1988 - a dignidade humana. E ao abordar dignidade é necessário abordar “o outro”. Corrobora Melgaré (2006, p. 197-198) que “[...] ser pessoa implica relação com o Outro [...] a pessoa não se determina pelo indivíduo, que, por sua vez, se “pessoaliza” por meio do reconhecimento recíproco do Outro, igualmente como pessoa.”

Conforme Melgaré (2006, p. 206), os “[...] direitos fundamentais se relacionam a valores, e não interesses. [...] a intencionalidade normativa dos direitos fundamentais expressa o comprometimento com a dignidade humana.”

Para Rodotá (2008, p. 234):

[...] intimidade e respeito, permite que nos aproximemos do tema da dignidade abordando os seus diversos ângulos. A intimidade nos dá ideia de algo inviolável e inalienável. O respeito nos dá a ideia da relação de cada um com todos os demais. A dignidade conjuga estes dois dados, um individual e outro social, e contribui para definir a posição de cada um na sociedade.

Por derradeiro, embora a dignidade da pessoa humana encontre-se no ápice das relações jurídicas constituídas e inserida nas atitudes mais simples da vida privada, quando se trata do direito ao esquecimento ou, de repente, do direito de não querer ser lembrado, em contraponto ao direito de memória, tanto em sua esfera pública quanto

privada, fomentado pelo direito fundamental da informação, e neste propósito, o direito de informar e de ser informado, o mais complexo e difícil de tudo, na resolução deste “enrosco” é arbitrar memória e esquecimento, ordem pública e interesse individual, isso porque, talvez estas definições tragam a solução correta para cada caso concreto, ou de tal sorte, a mais próxima e possível, de concretizar a dignidade humana - a possibilidade de permitir ao indivíduo sentir-se bem consigo mesmo e diante dos olhos dos outros - o direito que se tem de não ter passado.

A representação de tudo isso pode ser traduzida por Ost (2005, p. 160-161, grifo nosso) como:

[...] o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetos da atualidade - muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, *temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído [...]*

Denota-se que “não ser lembrado”, “ser esquecido” faz parte do conceito de dignidade humana, eis que muitas vezes as lembranças e as recordações trazem sofrimento e dor, e nem sempre possuem justificativas aceitáveis ou perdoáveis pelo próprio “eu”, e tudo o que se quer, é o direito de recomeçar, melhor dizendo, “começar de novo”, pois o recomeço parte daquilo que já passou e o começar anula o passado que possa ter existido, mesmo que apenas na mente, mas não na alma de seus partícipes.

4 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: A VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU DEVER DE MEMÓRIA?

Com base no exposto alhures e no enredo teórico, mesmo que breve, acima tri-lhado, pode-se analisar das decisões realizadas e ratificadas pelos Tribunais brasileiros, o peso que se auferia a efetivação de direitos fundamentais, representados e reconhecidos também, como direitos de personalidade na hora de lançar a resposta correta, melhor dizendo, na hora de responder aos fatos de forma constitucionalizada em prol da afirmação histórica e atual da dignidade da pessoa humana.

O primeiro caso de reconhecimento e aplicação do direito ao esquecimento pela Corte Superior deu-se em Ação de Reparação de Danos Morais por fatos que remontaram o episódio conhecido como “Chacina da Candelária”. A decisão do STJ foi proferida em sede do Recurso Especial n. 1.334.097/RJ (2012/01449107) em que figurou como recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e como Recorrido Jurandir Gomes de França, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

O autor da ação, ora recorrente, na época foi indiciado como coautor e partícipe dos homicídios praticados em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, mas ao final, após ser submetido a júri popular foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade do Conselho de Sentença.

A Chacina da Candelária aconteceu, em frente à Igreja da Candelária. Em uma madrugada de julho, policiais à paisana abriram fogo contra as cerca de 70 crianças e ado-

lescentes que dormiam nas escadarias da igreja. Várias ficaram feridas e oito morreram. Três policiais foram condenados pelo crime e dois foram absolvidos.

No caso em questão, ocorre que, mesmo sabendo do resultado do processo crime, a emissora de televisão, em junho de 2006, levou ao ar o programa Linha Direta Justiça, e apontou o recorrente como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido, sem que houvesse autorização da parte deste para utilização de sua imagem.

Tal fato, segundo o autor trouxe à tona fato já superado e ressuscitou a imagem de chacinador junto ao meio social em que vive, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alegou que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por “justiceiros” e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.

Neste caso, a 4ª Turma do STJ condenou a Globo a pagar R\$ 50.000,00 de indenização por danos morais. Entendendo que a menção do nome do recorrente como um dos partícipes do crime, mesmo esclarecendo que ele foi absolvido, causou danos à sua honra, já que ele teve o direito de ser esquecido reconhecido.

A corroborar, Rodotá (2008, p. 239) já questionava “[...] qual dignidade restará a uma pessoa tornada prisioneira de um passado que está todo nas mãos de outros, frente a que resta resignar-se de ter sido expropriado?”

O aumento dos tempos de conservação de dados, as mídias digitais e a preocupação com o futuro de um modo geral tem impedido o direito ao esquecimento e trazido à tona questões emblemáticas como o confronto entre o direito à informação e o direito à privacidade.

Por conseguinte, ao que tange o julgamento do Recurso Especial n. 1.335.153 RJ (2011/0057428-0), com relatoria também do Ministro Luis Felipe Salomão, e em que figurou como recorrente, Nelson Curi e outros e como recorrido Globo Comunicação e Participações S/A, a decisão não trilhou os mesmos caminhos da conhecida “Chacina da Candelária”.

Os recorrentes, ora autores, da Ação de Indenização por Danos Morais, são os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio no ano de 1958 (estuprada e morta por um grupo de jovens), crime que ficou nacionalmente conhecido por força do noticiário da época, assim também o processo criminal subsequente.

Referida ação indenizatória foi pleiteada em razão do caso, depois de muitos anos, ter sido reproduzido em rede nacional, pelo programa televisivo Linha Direta Justiça veiculado pela Rede Globo. Os autores justificaram tal pedido, consubstanciado na dor de ter que reviver o passado -, além de danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico.

Segundo o relatório do Recurso Especial em tela, no mérito da causa, alegaram os recorrentes o direito ao esquecimento acerca da tragédia familiar pela qual passaram na década de cinquenta do século passado, direito esse que foi violentado, por ocasião da veiculação da reportagem não autorizada da morte da irmã dos recorrentes.

O Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores, tendo a sentença sido mantida em grau de apelação, nos termos da seguinte ementa:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”.

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

2 - A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. *O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.* Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. *O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Em sede de Recurso Especial, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão destacou o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana - como intimidade, privacidade e honra.

Em outros termos, a demanda proposta, refere-se a conflito de valores (liberdade de informação e de expressão e direitos à personalidade), constitucionalmente protegidos, mas que, segundo o Ministro, “as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram - se de lhe atribuir também uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado”.

Na verdade, o mencionado conflito, conforme destaca o Ministro Luis Felipe Salomão, em sábias e não menos explicativas palavras, “[...] é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e, de outro, o não menos legítimo interesse de se “fazer revelar”.”

Válida a transcrição do pensamento de Castanheira Neves (apud SARLET, 2012):

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. [...] Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe [...].

O traço de contemporaneidade que identifica a atividade jornalística e de que na atual sociedade da informação, os riscos afetos à privacidade, à intimidade e a honra são cada vez mais comuns, velozes e necessariamente gravosos pela força e velocidade com a qual se propagam. A velha falácia, “de que uma mentira contada por várias vezes pode ser tida como verdade” começa a produzir seus efeitos no mundo tecnológico, mas ainda privado da pessoa.

Conforme Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 374):

Desde sempre se reconheceu que a verdade é uma limitação à liberdade de informar. Vale dizer que a liberdade de informação deve sucumbir frente à notícia inverídica, como preceituam diversos precedentes da Casa. Em essência, o que se propõe aqui é, a um só tempo, reafirmar essa máxima, mas fazer acerca dela uma nova reflexão, que conduz à conclusão de que essa assertiva, na verdade, é de mão única, e a recíproca não é verdadeira. Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado. Genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável: Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Neste propósito, ao contextualizar o reconhecimento do direito ao esquecimento, essencialmente, com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento, destaca Godoy (2001, p. 89) que “[...] é claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, [...] pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.”

Contudo, nem mesmo o interesse social, da comunidade em geral, justifica a ofensa à dignidade individual - valor absoluto e insubstituível de cada ser humano (SARLET, 2012).

Por derradeiro, bem destaca o Ministro Salomão em seu voto que:

[...] o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda [...] *No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.* (grifo nosso).

Sob estes argumentos e outras considerações doutrinárias e jurisprudenciais lançadas em seu voto, entendeu o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial

em análise, que a reportagem contra a qual se insurgiram os autores, ora recorrentes, foi ao ar 50 anos depois da morte de Aída Curi, o que leva a conclusão de que não há o abalo moral, não se vislumbrando o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização, pois não haveria outra forma de reproduzir a história sem que para tanto se mencionasse o nome da vítima à época dos fatos.

A corroborar, o direito comparado afirma, há muito, a necessidade de confirmação e reconhecimento do direito ao esquecimento. Tal se confirma, em trecho de decisão proferida pelo Tribunal de última instância de Paris, em 20 de abril de 1983 (apud OST, 2005, p. 161):

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e o papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.

A decisão do Tribunal de Paris, apenas ratifica que a questão do esquecimento, embora mais incidente na jurisprudência brasileira depois do Enunciado 531 das Jornadas da Justiça Federal, também é discutida na Europa, onde alguns países, inclusive, pretendem tornar o direito em lei, no intuito único de proteger aqueles que gostariam de apagar suas informações de sites de relacionamento, como facebook e twitter.

Ainda, pode-se citar o caso da publicação das biografias não autorizadas. Tema polêmico que chegou à Câmara dos Deputados, que analisa projeto de lei do deputado Newton Lima (PT-SP), a favor da liberação, e ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Associação Nacional dos Editores de Livros.

Ademais, o fato do Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio da Ministra Relatora Cármen Lúcia, determinar audiência pública (para 21 e 22 de novembro de 2013) para discutir a necessidade de autorização para publicação de biografias, em decorrência de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), para questionar o alcance da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, resgata mais uma vez o embate entre o direito à informação/liberdade de expressão e o direito a vida privada e intimidade. A Anel pede que sejam declarados parcialmente inconstitucionais os artigos 20 e 21 do Código Civil, que obrigam escritores e editores a pedir o aval de biografados ou familiares.

Segundo a Ministra

[...] a matéria versada na ação ultrapassa os limites de interesses específicos da entidade autora ou mesmo apenas de pessoas que poderiam figurar como biografados, repercutindo em valores fundamentais dos indivíduos e da sociedade brasileira, sendo inegável a repercussão das questões jurídicas envolvidas na ação para os direitos fundamentais individuais e sociais.

Para o ministro Marco Aurélio, um dos responsáveis pela decisão do caso no STF, quem tem notoriedade, como artistas, esportistas e políticos, não tem a mesma privaci-

dade de um brasileiro comum, e o homem público deve ser considerado um livro aberto, sem direito à clausura. No caso de abuso, a resolução se dará no campo indenizatório. Em entrevista concedida à revista *Veja*, publicada em 19 de outubro de 2013, o ministro afirma que é de interesse da sociedade o conhecimento sobre a vida, obra e histórias de personalidades, e isso permite que o Brasil tenha memória. Informa ainda, que o direito à privacidade fica em segundo plano quando confrontado com o interesse público.

Mais uma vez, corre-se o risco, de em sendo confirmada a possibilidade de publicação de biografias não autorizadas, de negar-se ao biografado o direito de não fazer parte da história, o direito de ser esquecido e “apagado”. O direito de não ter passado. O direito de não ter memória. O direito puro e simples de não querer sua vida paginada e lida por aqueles que de um modo geral nunca fizeram parte do contexto, mas que de uma forma ou de outra, se biografado servirão na propagação de uma história, tida por real, mas nem sempre, terminada com “viveram felizes para sempre”.

No mais, “[...] a via de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais postula uma racionalidade material, de fundamento, centrada no valor da pessoa humana que dá sentido ao nosso viver.” (MELGARÉ, 2006, p. 206). A ratificar, “[...] a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo servem de guia, como valores constitucionais primordiais e unificadores de todo o sistema.” (TEPEDINO, 2001, p. 477).

Assim, embora se vislumbre a possibilidade da publicação, sem autorização de biografias, tema ainda em debate junto ao STF, ao que tange o reconhecimento e a aplicação do direito ao esquecimento, ao menos nos casos analisados alhures, o tempo tem atuado como paradigma relevante para estabelecer o que efetivamente deve ser esquecido em prol dos interesses de personalidade do particular, e o que de forma alguma pode ser esquecido por contribuir diretamente a construção da memória de um povo, a ratificação do direito e dever de ser informado.

Ademais, mesmo que se observe em relação ao esquecimento o predomínio do interesse privado (direitos de personalidade) em detrimento do interesse público (direito à informação), não existe um padrão de resposta, mas uma análise contida e pormenorizada de cada caso concreto, na busca da melhor resposta, de uma resposta correta que de forma alguma descaracterize a condição de pessoa e desmereça ou atenua a proteção à dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

A tese do direito ao esquecimento foi assegurada em dois recursos especiais julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. As decisões, unânimes, marcaram a primeira vez que uma corte superior discutiu o tema no Brasil. E hoje ao STF cumpre ainda decidir, mesmo que indiretamente, o destino do reconhecimento do direito ao esquecimento ao julgar a possibilidade de publicação de biografias não autorizadas.

Contudo, cumpre destacar, que o direito ao esquecimento não é recente na doutrina do Direito, mas entrou na pauta jurisdicional com mais contundência desde a edição do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). O texto,

uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil, elenca o direito de ser esquecido entre um dos direitos da personalidade, mas não obriga o julgador a sua aplicação.

Por derradeiro, verificou-se, após breve análise, de que a grande dificuldade da discussão do direito ao esquecimento é que não se pode falar em regras, ou em tese. A discussão sempre envolverá debates principiológicos que dependem muito da análise do caso concreto onde o tempo tem sido fator determinante.

Nesta senda, ainda que a intenção deste artigo tenha sido tão somente demonstrar a importância do reconhecimento do direito ao esquecimento, em detrimento do direito de informação, para concretude do princípio da dignidade da pessoa humana diante da crise de paradoxos que se depara a sociedade, ao tentar entender e selecionar, quais fatos poderiam ser esquecidos e se haveria possibilidade de excluir da memória do particular e do povo fatos pretéritos que, em regra, não precisariam mais ser lembrados.

Por fim, necessário apontar que às lacunas jurídicas existentes quanto ao tema, e que o Direito ainda não consegue preencher, devem ser veiculadas com os “olhos do futuro”, ou seja, tornar real o que pode ser previsível, legislar sobre o futuro próximo, antes que ele aconteça fora de suas limitações, quando então, será tarde demais. Inibir a degradação da dignidade humana quando do reconhecimento do direito ao esquecimento em detrimento de interesses coletivos deve ser o maior e melhor propósito do julgador.

A era da informação está aí, as pessoas de um modo geral “acomodaram seus cérebros” na captura de informações, abandonando, de certa forma, o que até então era fundamental no direito de informação, que é a manutenção do direito e dever de memória, o direito de ter lembranças e recordações, sejam elas, boas ou más. A história se constrói pelos atos da humanidade, e o homem, indubitavelmente, faz parte deste enredo, como ator principal. E como todo ator, se o personagem é bom ou ruim, isto não é relevante, o importante é a marca que ele deixa, o “jargão” que ele cria, e que a mente não apaga, mesmo que de forma sutil.

The right to memory and the right to oblivion: time as a paradigm of protecting human dignity

Abstract

This article has the theme “The Right to Memory and the right to be forgotten the time as a paradigm for the protection of human dignity”. This choice is motivated by the fact that the right to oblivion have been approached as a kind of defense to protect the individual from invasion of privacy by social media, blogs, content providers or seekers of information , especially in relation to public facts relating to the past the individual. And essentially the conflict between the right to information (the right to collective memory) and the right to privacy, honor and privacy , meeting time analysis , as a determinant for recognition and enforcement. In this apparatus , the proposal to issue paper can be represented by the following question: “The absence of contemporaneous historical facts may give rise to the recognition of the right to oblivion over the right to memory?” Moth is thus aimed at verifying the conflict between freedom of information, the construction of the right memory, and personality rights of the individual. To do so, it will use the

deductive method and methodology as the jurisprudential literature and supported by decisions of the Superior Courts highlighted.

Keywords: Right to memory. Right to oblivion. Fundamental rights. Human dignity.

REFERÊNCIAS

BOUGUET, Vincent. *O ser em gestação. Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097-RJ (2012/0144910-7)*. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S.A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153-RJ (2011/0057428-0)*. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S.A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2013.

CANÁRIO, Pedro. Direito ao esquecimento: enunciado do CJF põe em risco registros históricos. *Revista consultor jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/direito-esquecimento-poe-risco-arquivo-historico-dizem-especialistas>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 1.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

HOMEM público é livro aberto, diz ministro Marco Aurélio. *Revista consultor jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/ministro-marco-aurelio-direito-privacidade-cede-interesse-coletivo>>. Acesso em: 21 out. 2013.

MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito - breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOTÍCIAS STF. *Biografias não autorizadas: ministra convoca audiência pública sobre o tema*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=250851>>. Acesso em: 14 out. 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância - A privacidade hoje*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

