

1 INTRODUÇÃO

As liberdades comunicativas, dentre as quais é possível citar a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, que se apresentam como uma conquista e um avanço democrático da Constituição da República (CR) de 1988, são naturalmente infensas ao direito ao esquecimento.

Será julgada pelo STF uma contenda na qual os Ministros terão de conciliar a aparente colidência entre os princípios jurídicos extraíveis dos direitos fundamentais alhures contrapostos. O referido processo, até então, já conta com oito *amici curiae* e está sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, mas ainda não está pautado para julgamento.

Para melhor compreensão, é necessário, dessa forma, estudar as narrativas traçadas no RE n° 1.010.606, passando pela verificação doutrinária e legislativa do direito ao esquecimento sob o ângulo do direito penal e do direito civil, para, enfim, analisar a suposta e provável colisão entre princípios jurídicos constitucionais, segundo o parecer do Ministério Público e sob a ótica do instrumento da ponderação de Alexy (2015), ora avalizado (FERRIANI, 2016), ora criticado (DIAS, 2017), mas técnica sem a qual certamente o Supremo Tribunal não chegará à conciliação democraticamente adequada.

Destarte, diante da aparente antinomia normativa que envolve o caso concreto, assim também do embate teórico acerca da existência ou não, e dos limites, do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, em que medida o direito ao esquecimento, como consectário dos direitos de personalidade, pode ser antagônico ou prejudicial às liberdades comunicativas a ponto de suscitar, especificamente no Recurso Extraordinário n° 1.010.606 a ser julgado definitivamente pelo STF, uma provável colidência entre os princípios constitucionais envolvidos?

Seguindo um prévio raciocínio, não se pode olvidar que o direito ao esquecimento pode ser corolário da tutela constitucional da pessoa humana em consonância com o “inesgotamento” dos direitos fundamentais. Por outra banda, não menos importante é a cautela que o Estado deve empreender para não retroceder à censura ao livre sabor de quem quer que seja, quando diante de informações com relevância histórica ao país.

Muito embora o Estado tutele o interesse público, não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito, como optou o legislador originário, fomenta um direito contramajoritário, preocupado, dessa maneira, com o respeito ao indivíduo, aos direitos que aquele próprio reconheceu como fundamentais, e, de modo mais incisivo, elevando-o ao nível de fundamento da República.

Valendo-se da metodologia dialética de abordagem, dos métodos histórico e comparativo de procedimento e do levantamento bibliográfico complementado pela jurisprudência específica como técnica de pesquisa, verificar-se-á a suposta interiorização no ordenamento jurídico constitucional brasileiro do direito ao esquecimento no âmbito civil.

Analisar-se-á, de mais a mais, se o direito ao esquecimento, admitindo-se sua encampação como direito fundamental, é aplicável ao RE nº 1.010.606, assim como as doutrinas que estudam a técnica da ponderação solucionam os casos de colisão entre ele e as liberdades comunicativas.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

O Recurso Extraordinário (RE) nº 1.010.606 (protocolado originalmente como Agravo em Recurso Extraordinário nº 833.248, que fora protocolado no dia 29 de agosto de 2014) ainda aguarda seu julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

A contenda judicial teve início no ano de 2004 perante a 47ª Vara Cível da Comarca da Capital (Rio de Janeiro) e foi tombada sob o nº 0123305-77.2004.8.19.0001.

Os irmãos Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi intentaram uma ação indenizatória (e também com pedido de obrigação de fazer) em face da pessoa Globo Comunicação e Participações S/A por esta ter transmitido em rede nacional, no seu programa “Linha Direta”, a simulação de um homicídio ocorrido no ano de 1958, portanto há praticamente seis décadas, tempo este depois do qual a tristeza da família havia consideravelmente diminuído; ademais, o referido programa teria mostrado fotos reais da vítima e de seus irmãos, ora pleiteantes, sem autorização. O programa televisivo narrava a história do fatídico crime em face de Aída Curi, irmã dos recorrentes, que fora agredida, estuprada e morta por três homens, que, segundo os irmãos da vítima, a jogaram ainda viva de cima de um prédio.

Assim, aos recorrentes – defendem eles –, que são os únicos membros próximos da família de Aída Curi ainda vivos, assiste o direito ao esquecimento, ou melhor, de não serem lembrados em programa televisivo de abrangência nacional da história que abalou a então perfeita convivência familiar.

A VI Jornada de Direito Civil publicou o Enunciado nº 531 o qual interpreta o direito ao esquecimento à luz da dignidade humana: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Os autos concentram a discussão acerca do direito ao esquecimento que supostamente deve ser respeitado, muito embora inexistente positivamente estatal a esse respeito, o que culminou num conflito aparente de normas ou numa colisão entre princípios constitucionais.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, ao analisar este caso no REsp tombado sob o nº 1.335.153, que existe no ordenamento jurídico brasileiro um direito ao esquecimento, mas que, naquele caso concreto, tal direito não poderia ser aplicado, pois teria se tornado de “domínio público”. Destarte, a ação foi julgada improcedente nos Juízos da primeira e segunda instâncias e no STJ.

Ao interposto RE foi anexado, pela parte recorrida, um parecer lavrado e firmado pelo jurista Daniel Sarmiento, que, em que pese pondere princípios constitucionais, defende a improcedência do pedido. No mesmo sentido foi a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

O direito ao esquecimento em âmbito civil está em pauta no STF. Foi realizada, no dia 12 de junho de 2017, audiência pública, convocada nos próprios autos pelo Ministro Relator Dias Toffoli, na qual se ouviu o IBDCivil, o professor Daniel Sarmiento e outras entidades e estudiosos acerca da ponderação entre a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à intimidade e à personalidade.

Daniel Sarmiento analisou o direito à informação na sociedade conectada por diversas mídias e tecnologias, mencionando, inclusive, jurisprudência do STF que atesta a presunção de interesse público quando informações são divulgadas; contrapõe o direito ao esquecimento à História, como ciência, interpretando-a como “a antítese do esquecimento” (SARMENTO, 2015, p. 11); e descreveu o direito à memória, como “parte fundamental da nossa identidade” (SARMENTO, 2015, p. 14).

Conclui Sarmiento (2015, p. 43) que não se pode reconhecer o “direito ao esquecimento”, nos arranjos delineados pelo STJ inclusive no caso do agora RE nº 1.010.606, pela razão de não ser “compatível com a Constituição de 88”. O jurista inadmitte qualquer ameaça às “liberdades de imprensa, expressão, o direito à informação de interesse público, nem tampouco o cultivo da História e da memória coletiva” (SARMENTO, 2015, p. 47).

2.1 O RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral é um limitador de processos a serem conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A matéria constitucionalmente impugnada especificamente deverá

transcender aos interesses juridicamente tutelados individualmente considerados na contenda *sub judice* para vestir-se, por decisão judicial emanada pelo próprio STF, de generalidade.

Kozikoski (2016, p. 247) considera o instituto da repercussão geral um “filtro qualitativo para o acesso aos Tribunais Superiores” que autoriza o STF a “recusar o recurso extraordinário com apego na [sua] ausência”.

A Emenda Constitucional (EC) n° 45/2004 trouxe à baila o § 3° do artigo 102 da Constituição da República (CR) a figura da repercussão geral:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Com o advento, então, da EC 45 que, dentre diversos outros dispositivos, acrescentou o § 3° ao artigo 102 da CR alhures transcrito, o STF terá de

decidir preliminarmente ao exame do mérito do recurso se o mesmo trata de matéria constitucional de repercussão geral. A preliminar de falta de repercussão geral só poderá ser rejeitada pelo voto de pelo menos dois terços dos membros do STF. Assim, não havendo dois terços de votos nesse sentido, ainda que a maioria simples dos integrantes do Pretório Excelso considere não haver repercussão geral, o recurso será admitido. (CÂMARA, 2009, p. 123)

Muito embora o texto doutrinário acima seja tardio em relação ao Código de Processo Civil (CPC) atualmente vigente, sua ideia não se tornou obsoleta, haja vista que consubstanciada nas linhas da própria redação da Constituição da República.

No caso sob estudo, a decisão de repercussão geral foi publicada no informativo n° 775 do STF e delimitou o tema do debate à “harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade”.

Sua excelência, o Ministro relator Dias Toffoli, votou reconhecendo a repercussão geral atribuindo ao caso relevância jurídica e social, como preconiza o § 1° do artigo 1.035 do CPC. Após, portanto, relatar o caso, o Ministro concluiu que os argumentos ventilados pelas partes,

além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada.

O Ministro Marco Aurélio, único voto vencido, julgou pela “inadequação do instituto da repercussão geral” a este caso. Isto porque, consoante se infere do voto de sua excelência, estar-se-ia fragilizando a repercussão geral na hipótese de sê-la deferida sem antes, contudo,

ser apreciado, pelo Ministro relator, o agravo, como lhe ordena a lei, interposto em razão da irresignação de ter sido negado seguimento ao RE.

Os demais Ministros do STF, salvo a Ministra Cármen Lúcia (que se absteve de manifestar), acompanharam o entendimento do relator.¹

2.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

O então Procurador-Geral da República (PGR), Rodrigo Janot, teceu uma narrativa, em sua manifestação sobre o mérito datada de 11 de julho de 2016, quando também foi acostada aos autos², que o levou a não identificar nenhuma violação aos direitos da personalidade. Opinou, portanto, pela improcedência do Recurso Extraordinário.

O Procurador-Geral lembra que, ainda que seja o serviço de radiodifusão e de televisão uma concessão do Estado exclusivamente apreciada pelo Congresso Nacional (art. 21, XII, *a*, e art. 49, XII, ambos da CR), o ordenamento constitucional pátrio não respalda qualquer óbice ou restrição a veiculação de sua programação de maneira prévia.

Todavia, nenhum direito fundamental é absoluto. Nem mesmo as “ordens jurídicas nacionais” manifestadas na forma de “Direito positivo” são capazes de reverter tal paradigma, haja vista que, explica Kelsen (1998, p. 262), “Não existe nenhum Direito absoluto”. Logo, mesmo as liberdades de comunicação poderão sofrer tolhimento, no entanto apenas depois de já praticada a conduta supostamente excedente:

Não há respaldo constitucional para impedir ou restringir previamente a veiculação de programas de rádio e de televisão. Atuação de órgãos no sentido de impedir ou de limitar programas radiofônicos ou televisivos antes da publicação caracterizaria censura prévia, expressamente vedada pela Carta Magna. Somente *a posteriori*, ou seja, após divulgação do conteúdo produzido pela emissora, cabe verificar se, excedidos os limites das liberdades comunicativas, houve violação a direito fundamental e averiguar dano apto a ensejar indenização ou a direito de resposta, proporcional ao agravo. (Manifestação do PGR, p. 9)

Müller pontua a inexistência de direito fundamental absoluto, evidentemente se referindo àqueles direitos fundamentais de caráter processual, mas cujo entendimento pode ser alargado a todo e qualquer direito fundamental. Seu raciocínio considera a “própria estrutura normativa dos direitos fundamentais [...] de elevada generalidade” (MÜLLER, 2017,

¹ Informação extraída do inteiro teor do acórdão que reconheceu a repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833248&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

² Esta e demais informações ventiladas neste subtítulo foram extraídas da manifestação da PGR juntada aos autos do ARE nº 833.248. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833248&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

p. 145), mencionando, *verbi gratia*, que o “princípio [...] [d]o contraditório não é absoluto e precisa ser contextualizado em cada caso concreto” (MÜLLER, 2017, p. 257).

A partir do momento em que o Estado passa a existir como um corpo político organizado e sistematizado, exclui-se de seu conceito e de sua órbita a possibilidade de manter sob sua regência um direito considerado absoluto. Em nota de rodapé, Kelsen (1998, p. 113) afirma nesse sentido: “Os chamados direitos absolutos são anteriores à formação do Estado”.

Quando do julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4815, o STF firmou esse entendimento agora utilizado como fundamento por Rodrigo Janot. Na indigitada ADI, que discutia se a publicação de biografia estaria sujeita a uma autorização do biografado, o STF deu interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil e ponderou que “Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular” (Manifestação do PGR, p. 12). Logo, possível exacerbação no exercício da liberdade de expressão – concluiu – deveria ser verificada posterior e judicialmente.

O então PGR divide a problemática sob duas perspectivas: (i) o reconhecimento do direito ao esquecimento na esfera cível, o que se vestiria de caráter *erga omnes*; e (ii) o direito a ser indenizado a partir de tal reconhecimento, atingindo especificamente o RE em discussão. É possível, inclusive, que apenas uma das duas (ou, outrossim, ambas, ou nenhuma) perspectivas alhures colocadas prevaleça, independentemente de qual seja: “A negativa de positividade do direito a esquecimento no ordenamento brasileiro não impede, por si, acolher a pretensão indenizatória dos recorrentes” (Manifestação do PGR, p. 47).

O PGR concentra-se não no direito ao (ou “a”, como prefere ele) esquecimento, mas sim na verificação de lesão ou não a direito (s) da personalidade, tanto de Aída Curi como de seus irmãos, ora recorrentes.

Destarte, considerando que a interpretação dada no acórdão pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi de acordo com o direito e que a “veiculação [da reportagem no programa Linha Direta] decorreu do regular exercício dos direitos à liberdade de imprensa e de expressão [...] sem ofensa a direitos fundamentais” (Manifestação do PGR, p. 47), o Procurador-Geral opinou pelo indeferimento do petítório.

3 A LEGITIMAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O RE nº 1.010.606 levou ao Supremo Tribunal uma inédita discussão até então não decidida definitivamente pela instituição guardiã da Constituição da República (art. 102, *caput*, da CR). O direito ao esquecimento por inúmeras vezes fora tratado e debatido no STF, todavia reduzidamente a questões de direito material e processual penal. Tratando-se de matéria cível, é possível inferir que nunca antes tenha havido discussão acerca do tema “direito ao/a esquecimento” ora por não haver posituação no ordenamento jurídico brasileiro – a nível constitucional, supralegal, legal ou infralegal –, ora por ninguém – antes dos recorrentes, evidentemente – ter provocado o Poder Judiciário a manifestar-se sobre ele.

Seria o direito ao esquecimento um direito a continuar esquecido, ou não voltar a ser lembrado, pela sociedade. Entende-se, então,

como o direito a ser (ou a voltar a ser) anônimo, ou seja, uma pretensão a anonimato, é o direito a ser deixado em paz, o “direito a estar só”, a não ser lembrado de fatos desagradáveis e a não sofrer consequências negativas de fatos recuados no tempo. Em inglês é identificado como *right to be let alone* (ou *right to be left alone*) ou *right to be forgotten*. Em outras línguas as expressões são semelhantes, como *droit à l’oubli*, em francês, *diritto all’oblio*, em italiano, *derecho al olvido*, em espanhol, etc. (Manifestação do PGR, p. 14)

De todo modo, como se verá, o direito ao esquecimento pode ser considerado como uma expressão do direito natural ou como um instrumento previsto no direito positivo manifestado implicitamente no texto constitucional como corolário da dignidade da pessoa humana e enquadrado como um direito fundamental.

3.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO CONSOANTE UMA LEITURA CRIMINALÍSTICA BRASILEIRA

Sabe-se que no pátrio ordenamento penal o direito ao esquecimento pode (e é) extraído da exegese conjunta da Constituição da República e do Código Penal (CP):

Art. 5º [da CR]. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo [...].

Art. 64 [do CP]. Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

[...].

A despeito de ter sido recepcionado pela vigente ordem constitucional o artigo 64, I, do CP, bem como da vedação às penas perpétuas, e, outrossim, ao arripio do fundamento republicano adotado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CR), não eram raras as decisões judiciais que consideravam a condenação criminal já findada e passada dos cinco anos como maus antecedentes – inclusive a doutrina sinalizava que após decorrido o prazo mencionado acima, apesar de não mais subsistir “a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz [...] servindo, por exemplo, como antecedente criminal” (BITENCOURT, 2012, p. 282) –, embora não como instrumento de verificação da reincidência.

Bitencourt (2012, p. 282) menciona, como exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Habeas Corpus (HC) nº 71.690/SP, julgado em 25/10/2007, sob a relatoria do Ministro Félix Fischer: “Decorridos mais de cinco anos, a r. sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes (precedentes do STF e desta Corte)”.

De qualquer sorte, é bom que se delimite a extensão do direito ao esquecimento na seara penal. Quanto a isto, consoante afirma Maurmo (2016, p. 171 e 172), o direito ao esquecimento deve ser analisado sob a perspectiva “da vítima, a da família do agente e a do agressor propriamente dito”; e, neste último caso, os estilhaços do processo penal “atingem também os que restaram absolvidos de todas as acusações”.

O Procurador-Geral traz à baila dois julgados em que o STF pacificou o direito ao esquecimento na seara criminal: trata-se do Recurso em HC nº 118.977/MS, relatado pelo Ministro Dias Toffoli e julgado pela Primeira Turma em 18/3/2014; e do HC nº 126.315/SP, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e julgado pela Segunda Turma em 15/9/2015.

Em ambos os Habeas Corpus ficou sedimentado no STF, já que são decisões judiciais advindas das duas únicas Turmas existentes, o entendimento segundo o qual o artigo 64, I, do CP – portanto, o direito ao esquecimento – atinge inclusive os maus antecedentes. Todavia, a discussão em torno desta celeuma poderá ser definitivamente elucidada pelo STF no julgamento do RE nº 593.818, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, agendado para o próximo dia 14/6/2018.

Muito embora o Estado, por seu direito positivo, tente infirmar a perpetuação dos efeitos estigmatizantes e indelévels do processo penal sobre a vida de uma pessoa que já foi formalmente considerada como acusada, ainda que absolvida ou condenada, bem assim que o direito ao esquecimento reflita o “caráter ressocializador e de respeito à dignidade humana desse instituto”, não se pode olvidar que “as informações que, de fato, impedem o indivíduo de reconstruir a própria vida, na grande maioria das vezes, estão fora dos registros oficiais do Estado” (MAURMO, 2016, p. 186 e 187).

3.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O direito ao esquecimento, consoante a leitura de Rodrigo Janot sobre a narrativa do específico processo, seria “a faculdade de não serem [os recorrentes] lembrados, pela divulgação em emissora de televisão, dos fatos trágicos que envolveram a morte de sua irmã Aída Curi, em 1958” (Manifestação do PGR, p. 13).

Na leitura de Ferriani (2016, p. 53 e 54), o direito ao esquecimento manifesta-se não apenas como “O direito de não ser lembrado por atos constrangedores, vexatórios ou depreciativos”, apoiando-se “no fato de que as pessoas não precisam conviver permanentemente com seus erros ou situações embaraçosas pretéritas”, como também, talvez mais especificamente com a proposta da presente pesquisa, o direito de a “vítima ou familiares da vítima de um crime ou evento danoso” não serem lembrados “do fato, por este causar dor, transtorno ou angústia”.

Inexiste no direito positivo brasileiro qualquer menção, ao menos explicitamente, do que sugira ser o direito ao esquecimento, nem na Constituição da República, nem no Código Civil, nem na legislação extravagante. Todavia, de acordo com o então Procurador-Geral da República oficiante no Recurso Extraordinário sob estudo, não seria exagero inferir o direito ao esquecimento como corolário do fundamento da dignidade humana e da cláusula geral dos direitos da personalidade, fundamentando isto na abertura que há no rol dos direitos fundamentais, com espeque no artigo 5º, § 2º, da CR: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (destaque nosso).

Dessa maneira, afirmando inclusive que o direito ao esquecimento teria previsão no direito positivo pátrio, o então PGR assim ponderou:

Seria ainda possível considerar que o direito a esquecimento teria amparo no direito positivo, por decorrer da dignidade humana e dos direitos da personalidade, ante o caráter meramente exemplificativo dos direitos fundamentais expressos na Constituição, conforme seu art. 5º, § 2º. [...] Dessa forma, mesmo não previsto explicitamente no texto constitucional, o direito a esquecimento decorreria de princípios constitucionais, a fim de proteger a dignidade e a integridade psíquica e moral do ser humano. (Manifestação do PGR, p. 36)

Uma das vertentes ventiladas pelo IBDCivil, em que pese sua posição acerca da inadequação científica, é no sentido de que “o direito ao esquecimento seria um não-direito, na medida em que não encontraria assento na normativa constitucional ou infraconstitucional, nem mesmo por via interpretativa” (RE nº 1.010.606, evento 61, p. 8 e 9).

Compreende-se obscura a definição de direito ao esquecimento. Mais do que apagar ou esconder informações sobre fatos ocorridos no passado – e daí porque, consoante o IBDCivil, não se trata da expressão mais técnica –, o direito ao esquecimento deve alinhar-se à ideia de atualidade, de pontualidade, com a identidade que o indivíduo hoje ostenta. Destarte,

compreende o direito ao esquecimento como direito de cada pessoa humana de se opor à recordação opressiva de determinados fatos perante a sociedade (recordações públicas nesse sentido), que lhe impeça de desenvolver plenamente sua identidade pessoal, por enfatizar perante terceiros aspectos de sua personalidade que não mais refletem a realidade. (RE nº 1.010.606, evento 61, p. 11)

Ferriani (2016) entende que o direito ao esquecimento é um direito da personalidade, logo revestido com todas as suas características. Todavia, a autora inscreve os direitos da personalidade na tábua dos direitos inatos, sendo, assim, para ela, desnecessária qualquer manifestação positivista do Estado com o fito de validar o direito ao esquecimento.

A reflexão dedicada ao direito ao esquecimento é direcionada a proteção das informações sobre o passado de determinada pessoa, e não a sua ocultação, ainda que sejam elas verdadeiras ou não, condenáveis ou louváveis. Neste caminhar, o fato “de não se poderem perpetuar informações sobre os indivíduos” dar-se-á “caso seja esta a vontade do seu titular” (FERRIANI, 2016, p. 54).

4 COLIDÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DAS LIBERDADES COMUNICATIVAS E OS QUE FOMENTAM O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Os recorrentes, desde a petição inicial, anteciparam-se a uma possível colidência principiológica; na verdade, defendendo sua inexistência. Uma possível tese defensiva com base na colisão de princípios constitucionais, segundo os acionantes, ora recorrentes, “seria

uma temeridade” (RE nº 1.010.606, evento 1, p. 13) justamente, insistem, porque “não há na espécie conflito entre o princípio da dignidade humana (direito à privacidade, nome, intimidade e imagem) e o da liberdade de imprensa”, haja vista que aquele “primeiro prevalece sobre o segundo, impondo-lhe limites e conciliando-o com as opções políticas contidas na Constituição Federal” (RE nº 1.010.606, evento 1, p. 11).

Todavia, deve-se pressupor, mormente para uma melhor compreensão metodológica e didática, que o STF deverá enfrentar e resolver uma provável existente colisão entre os princípios constitucionais, de um lado, das liberdades comunicativas e, de outro, da honra, intimidade e dignidade humana.

De início, entretanto, é de se entender por definitivo que não há princípio constitucional mais importante ou em nível mais acentuado que o outro. É possível, no entanto, que um princípio melhor se adéque a um interesse juridicamente relevante quando da análise de determinado caso concreto (ALEXY, 2015).

Esse exercício por meio do qual é possível chegar à melhor decisão judicial, sem, contudo, adentrar no subjetivismo do juiz, denomina-se ponderação. Esta, por sua banda, é uma técnica, um meio, um instrumento, “um mecanismo”, ao qual o magistrado lançará mão, “destinado a conferir fundamentos para orientar um sopesamento entre normas conflitantes. Faz-se uma escolha após a conclusão de algumas etapas de análise, e, assim, uma das normas prevalece em relação à outra” (FERRIANI, 2016, p. 192).

Alexy (2015) parte do pressuposto de que as normas jurídicas podem estar sob as vestes de princípios ou de regras, cujo ponto de diferenciação entre estes é extraído do maior ou menor grau de generalidade refletido na maneira de como solucionar os casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Já para Atienza e Manero (2017, p. 12), o ponto que diferencia princípios de regras, para além do maior ou menor grau de abstração que culmina na maior indeterminação daquele, é “que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto que as regras o fazem de forma fechada”.

A solução para o conflito entre regras deverá ser por uma “decisão [judicial] sobre validade”, tendo como verdade que “pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida” (ALEXY, 2015, p. 93). Quando se tratar de colisão entre princípios, Alexy (2015, p. 93 e 94) explica que ambas as normas continuarão válidas, mas “um dos princípios terá que ceder”, uma vez que eles conservam “pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”.

Dessa forma, uma norma, então, será entendida como uma razão à decisão judicial ao caso concreto. Diante deste contexto, o autor não admite que os princípios limitem-se a ser

“razões para regras” somente, posto que, se assim fosse, a incorreção consistiria no fato de os “princípios não” poderem “servir como razões diretas para decisões concretas” (ALEXY, 2015, p. 107).

Os princípios, explícitos ou implícitos, são entendidos como “razões para a ação que não são peremptórias” (ATIENZA; MANERO, 2017, p. 16), diferentemente das regras, que são peremptórias, o que significa dizer, por exemplo, que são protegidas ou “de primeira ordem para realizar a ação exigida” (ATIENZA; MANERO, 2017, p. 15).

As liberdades comunicativas e o direito à honra, intimidade e dignidade humana (e demais direitos que possam insuflar daí) – estes circundando o direito ao esquecimento –, que se apresentam como direitos fundamentais, são normas na forma de princípios, e, como tal, deverá prevalecer aquele a que o STF, mediante sopesamento, atribuir maior peso, valor, de acordo com a narrativa das partes no processo (ALEXY, 2015).

Estando, pois, a par da natural colidência entre os direitos fundamentais alhures, isto por serem “normas de elevada generalidade ou provenientes de cláusulas abertas” mais especificamente, nunca é demasiadamente caro indicar ao STF sua atuação “caso a caso atribuindo-se peso e importância a cada um” dos princípios constitucionais aqui tratados “(balanceamento de valores e interesses e ponderação de bens)” (MÜLLER, 2017, p. 145).

Há quem defenda, entretanto, que a dignidade da pessoa humana ostente uma “dupla estrutura de princípio e regra” e que, quando sobre o espectro de regra jurídica, apresente-se como um princípio constitucional absoluto, sempre prevalecendo quando submetido à técnica da ponderação e, por ser “um valor inexorável da condição humana, não poderá [a dignidade humana] ser sacrificada, prevalecendo sobre os demais princípios e regras” (MAURMO, 2016, p. 32). De mais a mais, aqueles fatos lícitos e exclusivamente pessoais, isto é, “aquilo que diz respeito à intimidade de uma pessoa, aos seus segredos mais profundos, não deve ser objeto sequer de ponderação em face de outros [direitos] igualmente fundamentais” (MAURMO, 2016, p. 96).

Ainda assim, permissa venia, demonstra ser acertada a doutrina que considera a dignidade humana, ao lado dos demais princípios constitucionais, ponderável. Nesse sentir, a inexistência de hierarquia entre princípios, de um lado, e a dinamicidade dos mesmos e das relações interpessoais, de outro, naturalmente provocam colisões entre aqueles primeiros, as que devem ser resolvidas através do sopesamento. Este, por sua hora, embora a princípio possa parecer indominável pelo controle racional, o que tornaria o sopesamento um instrumento efetivador do decisionismo, do subjetivismo, não o é, haja vista que ao magistrado caberá, ao sopesar, decidir com arrimo em apenas uma resposta correta:

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional. (ALEXY, 2015, p. 163 e 164)

De certo, o Supremo Tribunal, ao decidir definitivamente o RE nº 1.010.606, terá de fazê-lo sopesando os princípios constitucionais colidentes (as liberdades comunicativas e o direito ao esquecimento), atribuindo maior peso àquele direito fundamental prevalecente no caso em pauta. Esse exercício de sopesamento, por sua vez, exige que o princípio prevalecente assim o seja devido à sua maior realização e abrangência fática e jurídica possível – o que torna os princípios jurídicos verdadeiros “mandamentos de otimização” –, levando a percepção da “existência de uma única resposta correta” (ALEXY, 2015, p. 587) aos Ministros. Isto, no entanto, só se torna possível caso defina-se os princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 588).

Na hipótese de prevalecer o direito ao esquecimento, o então Procurador-Geral entende que os Ministros do STF promoverão, por consequência lógica, uma

vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir. (Manifestação do PGR, p. 42)

O então PGR esclarece que, não obstante reconheça “a dor que certos fatos causam a familiares e amigos”, mormente das pessoas envolvidas no fatídico como acusadas ou como vítimas, seria “arriscado para a sociedade aplicar de forma excessivamente ampla a noção de direito a esquecimento”, uma vez que estaria sendo rechaçado o “acesso à informação, igualmente um direito constitucional”, o que se apresenta sob a “forma de censura” (Manifestação do PGR, p. 44 e 45).

Em que pese estar-se diante de teses inconciliáveis, já que não é o foco deste trabalho analisar o direito sob a ótica da economia, o exemplo ilustrado por Richard Posner sobre a violação ou não da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América é por demais relevante e contributivo. O caso judicial refletia uma possível colisão entre direitos em razão de uma conversa por telefone ter sido interceptada e ventilada no rádio. Nesse sentir, o direito à privacidade dos interlocutores colidia com o direito à informação em obséquio ao suposto interesse público que havia sobre o conteúdo do diálogo (POSNER, 2011).

“A ironia”, segundo Posner (2011, p. 366), mantém-se na questão em razão da qual aqueles “meios de comunicação que conhecem em sua própria carne o valor da privacidade das comunicações [...] não respeitam esse mesmo interesse na privacidade que possuem os sujeitos objeto de suas histórias” (tradução livre).

Em tal caso trazido à baila por Posner, a Suprema Corte estadunidense julgou inconstitucional a lei que vedava a transmissão da conversa pela via da radiodifusão:

[...] el Supremo sostuvo que la Primera Enmienda era violada por una ley federal que prohibía la emisión de una conversación privada por teléfono móvil que había sido interceptada por una persona desconocida por medio de un escáner y retransmitida por una emisora de radio. (POSNER, 2011, p. 365 e 366)

Posner (2011) chega a cogitar que a decisão da Suprema Corte poderia ter sido diferente, no sentido oposto, caso a emissora de rádio houvesse transmitido culposamente a conversa, se o tema desta não fosse de interesse público ou, ainda, se a conversa versasse sobre assuntos comerciais.

Percebe-se assim a necessidade e a importância da atuação do Supremo Tribunal para definir os limites e a abrangência de determinada teoria e norma no ordenamento jurídico.

O mecanismo, instrumento ou técnica da ponderação não é unânime. Bem verdade, minoritário é o número de juristas que discordam da forma como a ponderação é aplicada. Para ilustrar, há quem entenda que o instrumento da ponderação não mereça credibilidade pelo fato de que primeiro efetiva-se a decisão judicial e depois é que se pondera qual princípio jurídico adequa-se ao caso concreto, o que denuncia que a referida técnica “é falha na sua origem, na medida em que é simplesmente mostrativa, operando no plano lógico, apofântico”, não podendo assim “ser fundamento para a decisão que já ocorreu anteriormente, com base em critérios outros” (DIAS, 2017, p. 130).

Não se pode olvidar, todavia, que é característica do direito uma abstração que só permite inferir a sua existência e validade a partir de uma pré-compreensão do fenômeno fático-jurídico e da pré-existência de uma norma, que pode vir travestida de princípio (ou regra). Assim, o direito, como realidade, “não é perceptível pelos sentidos”, ou seja, “não pode ser visto, ouvido ou tocado”, mas seu reconhecimento a alguém “pressupõe a existência, isto é, a validade, de uma norma geral” (KELSEN, 1998, p. 113) de referência.

No caso do Recurso Extraordinário nº 1.010.606, a norma de referência é a Constituição da República, que empresta proteção às liberdades comunicativas, à dignidade da pessoa humana, aos direitos de personalidade e demais mandamentos constitucionais dos quais se podem extrair o direito ao esquecimento, mas nenhum destes princípios de forma

absoluta, que não possa ser vergastado e, conseqüentemente, sopesado, ponderado no caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o Recurso Extraordinário nº 1.010.606 não tenha ainda sido julgado pelo STF, nem tampouco o tema nele ventilado tenha sido objeto de análise judicial por parte deste tribunal, o Judiciário brasileiro já vem há alguns anos debatendo a existência ou não – e, se existe, a sua extensão – do direito ao esquecimento. Por outro lado, a doutrina especializada – e, de maneira mais analítica, teses doutorais – já admite o direito ao esquecimento como consectário dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade.

Para tanto, verificou-se a doutrina específica sobre o direito ao esquecimento, direitos de personalidade e direitos fundamentais, consoante as obras jurídicas e as teses de doutoramento em Direito consultadas, bem assim, principalmente, o próprio texto do RE nº 1.010.606 e algumas de suas peças, como a petição inicial, um parecer jurídico acostado, a petição do amicus curiae IBDCivil e o parecer lavrado pelo então Procurador-Geral da República. Tais documentos, literários e processuais, foram imprescindíveis à formação da compreensão sobre o tema debatido, mormente aqueles juntados nos autos do RE, haja vista que demonstra a maturidade democrática de admitir-se ouvir as mais diferentes, convergentes e divergentes vozes da sociedade, que empenham cada qual um ponto de vista ampliativo à discussão e futura decisão judicial definitiva pelo Supremo Tribunal.

Através de clássicas e atualizadas doutrinas – que vão da filosofia do direito ao direito penal e civil constitucional –, explanou-se o posicionamento judicial, especificamente do STJ, acerca do direito ao esquecimento no âmbito penal e civil. Ficou claro que até mesmo na seara penal, embora a discussão esteja mais avante do que na cível, o tema é tratado com cautela, mormente quanto à exasperação da pena devido aos maus antecedentes, ainda que já decorrido o lapso temporal previsto no artigo 64, I, do CP.

A questão, de certo, será resolvida pelo sopesamento dos princípios constitucionais colidentes, ainda que o STF não seja fiel à teoria de Robert Alexy exatamente como ele a compôs com arrimo no ordenamento constitucional alemão.

De qualquer sorte, o direito ao esquecimento deve ser reconhecido pelo Supremo Tribunal, a despeito do parecer negativo ministerial, mas apenas no sentido de limitar a exposição de fotos recentes e nomes verdadeiros de pessoas outras que não os da própria vítima e do seu algoz. A indenização pelo dano moral também deverá ser deferida, mas não

devido ao direito ao esquecimento, e sim em razão da exposição de fotos e nomes reais (não fictícios) desautorizadamente. Por derradeiro, o STF precisa ratificar seu precedente de que a autorização prévia dos envolvidos na reportagem não é pré-requisito à exibição da mesma, todavia seu responsável, pessoal natural ou jurídica, deverá arcar com possíveis rasuras a direitos fundamentais de personalidade pelo uso indevido de informações e imagem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 4, n. 1, p. 4-24, janeiro-junho 2017. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144/56>>. Acesso em 20 mai. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, volume II.

DIAS, Juarez Sanfelice Dias. *Memória e esquecimento para além do direito estatal*. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como um direito da personalidade*. Tese de Doutorado em Direito Civil Comparado. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. *Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

POSNER, Richard Allen. *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

SARMENTO, Daniel. *PARECER*: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

STF. *Agravo em Recurso Extraordinário n° 833.248*. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/2/2015. Data de Publicação: 5/3/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833248&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STF. *Informativo n° 775*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo775.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STF. *Recurso Extraordinário n° 1.010.606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5091603>>. Acesso em: 15 ago. 2018.