

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE RELATION BETWEEN INDIVIDUALS.

Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Clarissa Pereira Carello

Resumo

O direito ao esquecimento vem sendo difundido no Brasil, especialmente após dois recentes julgamentos pelo Superior Tribunal de justiça (STJ), sendo que um deles possui conteúdo de repercussão geral e aguarda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, a matéria em questão ainda não conta com legislação específica, mesmo tendo origens da década de 1930. Através do presente artigo pretende-se fazer um breve histórico sobre o direito ao esquecimento e seus precedentes nos Estados Unidos e na Europa, para, logo após, adentra-se nos julgados nacionais e o conflito de princípios constitucionais invocados pelas partes e julgadores. Na parte final, o objetivo é trazer ensinamentos de doutrinadores como Jürgen Habermas e Robert Alexy sobre o tema, em especial, sobre a autonomia e o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento, Liberdade de imprensa, Colisão de princípios constitucionais, Responsabilidade civil, Autonomia

Abstract/Resumen/Résumé

The right to be forgotten has been widespread in Brazil, especially after two recent judgments by the Superior Court of Justice (STJ), one of which has general repercussions content and is awaiting pronouncement of the Supreme Court (STF). However, this subject does not have a specific legislation, even though the origins in the 1930s. Through this article is intended to make a brief background on the right to be forgotten and their precedents in the United States and Europe, as soon after, enters on national and judged the conflict of constitutional principles invoked and judges. In the final part, the goal is to bring scholars of Jürgen Habermas and Robert Alexy on the subject, in particular the autonomy and the principle of equality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to be forgotten, Freedom of the press, Collision constitutional principles, Civil responsibility, Autonomy

I. Introdução

Falar sobre o direito ao esquecimento permite, na sociedade contemporânea, diversos enfoques em relação ao acesso e divulgação de informações. Permite que tanto se aborde a questão do acesso à informação disposta em bancos de dados públicos e a extensão de manipulação de dados possível, como inclusive que se discuta quanto à possibilidade de permitir que fatos do passado deixem de ter um caráter público, a fim de que sejam esquecidos frente a um direito de acesso geral. Para a denominação que ora é pretendida ao estudo, tem-se que os primeiros dados históricos referentes ao denominado “direito ao esquecimento” datam do princípio dos anos 30, quando, nos Estados Unidos, foi requerido por uma cidadã o “direito à ressociação”, de forma que terceiros não tivessem o acesso às informações referentes à sua vida pretérita. Outro precedente, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, na década de 70.

No Brasil, a evocação a um direito ao esquecimento é bastante recente, quando discutida a veiculação, em programa de televisão, de informações referentes a envolvimento de pessoas em delitos ocorridos no passado, sem que houvesse a autorização prévia dos envolvidos a tanto. O aspecto central da discussão, nos dois casos levados a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, partia de uma ausência de contemporaneidade dos fatos então noticiados, que serviram, sob a ótica dos envolvidos, apenas para revolver informações passadas sem qualquer interesse público relevante para o momento atual. Em decorrência de uma exposição desautorizada, os diretamente envolvidos nos fatos pediram, judicialmente, indenização pelos danos experimentados em razão dessa divulgação. O ponto comum entre os precedentes internacionais e os casos brasileiros está na ausência de norma específica que possa estabelecer, *a priori*, limites de aplicação à concepção de um direito ao esquecimento como freio à liberdade de imprensa ou de ampla manifestação do pensamento.

A preocupação, portanto, centra-se em estudar o que hoje se compreende como um direito ao esquecimento e que reflexos, inclusive em perspectiva comparada, se pode estender da experiência do Direito Comparado aos casos levados à discussão nas Cortes brasileiras. Feita essa contextualização, inclusive com o confronto das razões de decidir das decisões do STJ, passa-se ao exame do que segue disposto no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, inclusive para compreender a extensão de exame do problema sob a ótica de

aplicação de um princípio de dignidade da pessoa humana. De resto, oferece-se ainda um teste dos argumentos apresentados nas decisões do STJ para que, de forma crítica, seja possível verificar-se a correção do decidido à luz do ordenamento jurídico posto.

II. Direito ao esquecimento: origem e precedentes internacionais

A ideia de um direito ao esquecimento aparece, pela primeira vez, num caso em que defendido o “direito à ressociação” por uma cidadã norte-americana em plena década de 1930. A ação foi ajuizada por Gabrielle Darley Melvin, que trabalhava como prostituta, após ter sido absolvida da acusação de prática de um delito – no caso, um homicídio - associado ao seu meio de sustento econômico. Quando busca retomar a vida, casando-se e formando uma família, é surpreendida pelo lançamento de um filme que retrata sua vida pregressa, no qual seu nome e imagem reais são veiculados ao longo da trama. Somado a este fato, foram incluídas no filme cenas reais do seu julgamento.

Discutido judicialmente o caso, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia reconheceu que a autora tinha o direito a buscar um ideal de felicidade – não chegando, expressamente, a ser referido um o direito ao esquecimento –, o qual estaria proclamado na declaração de independência dos Estados Unidos da América. Este entendimento foi extraído da constatação de que ocorrera a utilização indevida de seu nome e de sua imagem, ausente uma autorização específica a tanto.

A restrição observada a um direito de divulgação de informações pretéritas não alcançou integralmente a pretensão da autora da demanda. Relativamente ao filme ter retratado fatos ligados à acusação que sofrera de assassinato, compreendeu a Corte norte-americana que, por tratar-se de dados que estavam inseridos em registros públicos – acessível a todos os interessados, portanto -, não caberia qualquer limitação à divulgação específica.

O próprio fato dos incidentes constarem em um registro público basta para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade. Quando os incidentes de uma vida são tão

públicos a ponto de serem postos em publico, passam ao conhecimento e posse do todos, deixando de ser privados.¹

Outro precedente histórico relacionado ao direito ao esquecimento, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, em 1973. O julgado do Tribunal Constitucional Alemão trata de hipótese em que um réu, envolvido no assassinato de quatro soldados alemães, opõe-se à pretensão de divulgação, por uma rede de televisão local, de informações vinculadas sobre a sua pessoa em relação ao crime cometido. Como estava às vésperas de deixar a prisão após cumprir pena de seis anos de reclusão, ajuizou ação inibitória contra o canal de televisão, para que o programa não fosse ao ar, impedindo assim que sua imagem fosse exposta por meio de fotos e demais registros feitos na época do assassinato. No julgamento, a Corte alemã entendeu não haver mais interesse dos espectadores na notícia sobre o caso, ausente uma atualidade da notícia, ponderando, a *contrario sensu*, um prejuízo, de maior peso ao autor da ação, com a divulgação dos fatos na oportunidade.

As tentativas do reclamante de conseguir em juízo uma medida liminar que pudesse impedir a transmissão do programa resultaram infrutíferas: tanto o Tribunal Estadual de Mainz quanto o Superior Tribunal Estadual de Koblenz julgaram improcedente o pedido do reclamante. O TCF julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade (Art. 2 I GG) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes. (...)Em face do noticiário atual

¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia**. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <[http:// https://casetext.com/case/melvin-v-reid](http://https://casetext.com/case/melvin-v-reid)> Acesso em: 28 de junho 2015. – Originalmente: “From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are *291291 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. Had respondents, in the story of "The Red Kimono", stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued”

sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura (SCHWAB, 2005, p. 486-488).

Neste caso, a precedência de uma proteção à personalidade foi observada em relação à liberdade de informação, observada uma proporcionalidade em concreto, quando conferido maior peso de argumentação à necessidade de fazer prevalecer um direito mais amplo de ressocialização ao preso.

Sobre o mesmo caso, em 1996, outra tentativa de trazer à tona os fatos que culminaram no assassinato dos soldados foi intentada, desta vez, cuidando os documentaristas em alterar o nome das pessoas envolvidas, evitando ainda a veiculação de suas imagens. Neste que é conhecido como “Caso Lebach II”, a “liberdade comunicativa” da empresa foi contestada pelos réus originais, que utilizaram argumentação semelhante à trabalhada no caso pretérito. Os argumentos, pelas peculiaridades da forma como pretendida a divulgação das informações, desta vez não foram considerados tão relevantes pela Corte Constitucional alemã para afastar a possibilidade de divulgação.

1) A “liberdade de radiodifusão” é assegurada, mas não sem reservas. Cabe aos tribunais, na hipótese de colisão com outros direitos, resolver o caso, tendo em conta o art.5º, *Absatz* 2º da Lei Fundamental, além das normas ordinárias. Sendo certo que a atuação do Tribunal Constitucional, em matéria civil, deve ocorrer somente se houver violação total aos direitos fundamentais e em caráter de reserva. 2) O direito geral da personalidade é protetivo dos indivíduos em face de situações como a representações da pessoa, que distorçam ou desfigurem sua imagem em público, de modo a impedir o livre desenvolvimento da personalidade, o que se revela de modo evidente quando há sério risco de estigmatização. Outra

hipótese de ofensa a esse direito fundamental dá-se quando essas representações ameaçam, de modo efetivo, a reintegração dos delinquentes à sociedade, desde que esses hajam cumprido suas penas.³) No Caso Lebach-1, o Tribunal Constitucional preservou o direito geral da personalidade porque ali havia uma lesão capaz de associar, de modo permanente, o criminoso a essa condição. Tratou-se, portanto, de uma questão de intensidade do ato que interferiu no direito ao desenvolvimento da personalidade. Nos termos do acórdão, é de se lembrar que 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”). 4) A intensidade da violação ao direito fundamental dos criminosos, no Caso Lebach-1, era sensível porquanto o programa de televisão da ZDF conferira um caráter sensacionalista ao fato, com a exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. A veiculação do documentário, à época, prejudicaria e muito a ressocialização dos condenados. 5) No programa da SAT 1, no entanto, é inadequado encontrar tal nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional. Passaram-se 30 anos da ocorrência do crime (de 1969; o acórdão é de 1999) e os riscos para a ressocialização foram bastante minorados. 6) O Tribunal Constitucional Federal anotou ainda que, com base no direito à radiodifusão, *a proibição a um programa é sempre uma forte violação ao direito fundamental.*²

Mais recentemente, o direito ao esquecimento ressurgiu no debate da comunidade europeia, agora sob o prisma de uma sociedade preocupada com o problema da virtualização das informações. Novamente na Alemanha e também sob os argumentos trazidos no julgamento do primeiro “Caso Lebach”, no ano de 2009, um jogador de futebol, envolvido com uma denúncia de estupro e condenado por tal delito, postulou a exclusão da rede Web de informações que o vinculassem ao fato. O Tribunal Constitucional Alemão, defendendo a aplicação de um princípio de veracidade em relação às informações trabalhadas, efetuou a ponderação para o caso e mitigou a proteção à vida privada do jogador, compreendendo como possível a divulgação.

Uma adequada ponderação entre os interesses constitucionalmente protegidos, posto que em colisão direta. Segundo os juízes constitucionais, a proteção das expressões da sexualidade humana ocupa uma zona central na proteção à vida privada, não interessando

² Rodrigues Junior, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento#author>. Acesso em 28 de jun. 2015.

a terceiros o que o indivíduo faz ou deixa de fazer nesse âmbito. No entanto, a cobertura jornalística de um fato verídico e criminoso, ainda que no âmbito das relações sexuais, mesmo que sem uma sentença definitiva, não pode ser obstada sob o fundamento da preservação da vida privada. Ressaltou-se, ainda, que a cobertura foi permanente e não tópica ou após a conclusão do processo.³

Num precedente ainda mais recente, apreciando matéria bastante próxima, um cidadão espanhol ajuizou ação contra a empresa norte-americana “Google” requerendo que determinados indicadores de consulta não fossem apresentados na rede mundial de computadores por aqueles que buscassem informações a seu respeito, em especial às informações relacionadas à venda de um imóvel de sua propriedade, por meio de um leilão, em decorrência de dívidas. O Tribunal de Justiça da União Europeia⁴, em 13 de maio de 2014, proferiu decisão em que o direito ao esquecimento na *Internet* foi tutelado, considerando inadequados os dados “não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido”. Por meio da decisão, os sítios eletrônicos que propiciam buscas na *Internet*, como o próprio Google, devem disponibilizar a seus usuários ferramentas que possibilitem que suas informações pessoais, processadas e armazenadas pelos seus respectivos servidores, sejam apagadas⁵.

III. Direito ao esquecimento sob a perspectiva do direito pátrio

No Brasil, dois casos recentemente enfrentados pelo STJ enfrentaram, de forma direta, o tema do direito ao esquecimento. O primeiro processo, ajuizado originariamente por Jurandir Gomes de França, invocou o direito ao esquecimento em face da veiculação de seu nome e de sua imagem em programa jornalístico da Rede Globo de Televisão denominado “Linha Direta”. Na discussão judicial proposta, o autor referiu ter sido acusado de participação no episódio denominado “chacina da Candelária”, ocorrida no Rio de Janeiro, em meados da década de 1990, quando, após a instrução do processo criminal, restou sumariamente absolvido. Aduz, em síntese, que em virtude de ter sua imagem e nome

³ Idem.

⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>, acesso em 29/06/2015.

⁵ UOL. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>, acesso em 21/05/15.

mostrados ao longo do programa, trouxe à memória de inúmeras pessoas, que já tinham esquecido o ocorrido, fatos do passado, renovando os sentimentos de repúdio à sua pessoa. No julgamento do caso, restou reconhecida a possibilidade de manutenção de uma proteção à intimidade e à vida privada, na medida em que necessária a tutela específica a um direito de ser esquecido ou de ser relacionado com os fatos desabonadores do passado. No voto, o direito ao esquecimento restou traduzido como o “direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”⁶. Na ponderação formulada, compreendeu ainda o voto condutor do julgamento que um princípio à liberdade de imprensa não pode ser considerado absoluto, compreendendo-se que esteja igualmente sujeito a restrições.

Na mesma sessão de julgamento, outro caso⁷, em que também restou invocado um direito ao esquecimento, foi apreciado pelo STJ, resultando em compreensão diversa acerca da extensão de uma proteção específica ao caso. Na hipótese, os irmãos de vítima de violência no final dos anos 50 postularam indenização em decorrência do uso do nome e imagem da irmã no documentário “Linha Direta Justiça” sem que houvesse a autorização deles para tanto. Apreciado o caso, os fundamentos para o afastamento, em concreto, da pretensão indenizatória foram os seguintes: a) a ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados não pode ser invocada, pois inviável recontar um crime histórico, como o que vitimou a irmã dos autores, sem mencionar a própria; b) o significado que pode alcançar a recordação de crimes passados, inclusive para permitir que se conheça a evolução social, “revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia”; c) o caso em comento está inserido nas exceções decorrentes de crimes com ampla publicidade e, a veiculação do caso, passados cinquenta anos depois da morte da irmã dos autores, não poderia gerar abalo moral que ensejasse o dever de indenizar; e d) a imagem da vítima não foi utilizada de forma indevida, pois sua imagem real foi veiculada no programa em apenas uma cena, sendo as demais, dramatizadas por atores contratados. Ao longo da decisão há

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 20 de maio 2015.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&n_um_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

análise da legislação pátria aplicável ao feito, bem como doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

Dentre os votos vencidos⁸, chamou a atenção os argumentos referentes a uma expressa violação da norma contida no art. 20 do Código Civil, especialmente pelo fato dos irmãos da vítima terem notificado extrajudicialmente a empresa em oposição à veiculação da reconstituição dos fatos que vitimaram sua irmã na década de cinquenta.

No caso, não houve autorização da vítima (falecida) e nem de seus familiares. Pelo contrário, houve recusa expressa, com notificação extrajudicial enviada à emissora. Igualmente, não se pode dizer que a exibição do programa, a respeito de fatos ocorridos há décadas, com persecução criminal já encerrada de há muito, fosse necessária para a administração da justiça ou para a manutenção de ordem pública. Portanto, a conduta da emissora incide na proibição de exposição ou utilização da imagem para fins comerciais sem autorização. E, no caso, houve destinação a fim comercial. É inequívoco que uma emissora de televisão comercial que exhibe um programa como esse, um teleteatro como consta do voto-vencido do acórdão recorrido, o faz com o intuito de lucro, o que é inerente à atividade empresarial por ela desenvolvida.⁹

A divergência, de certa forma, é explicada pela ausência de uma disposição normativa expressa acerca do direito de esquecimento no Direito brasileiro. Nem por isso a matéria deixou de ser apreciada por enunciado proposto e aprovado junto às Jornadas de Direito Civil, pelo texto em destaque:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade

⁸ Ibidem, p. 45-50.

⁹ Ibidem, p. 46-47.

de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.¹⁰

O enunciado, editado ainda antes dos julgamentos do STJ, restou incorporado nos votos condutores, reafirmando a complexidade da matéria e a necessidade de que se enfrente o tema do direito ao esquecimento sob o enfoque do conflito de liberdades colidentes.

IV. A necessidade de proteção à pessoa X responsabilidade civil: O conflito das normas aplicáveis na espécie

O problema verificado nos casos referidos repousa na ausência de norma específica que resolva especificamente o conflito entre a proteção à intimidade e à vida privada da pessoa e a tutela da liberdade conferida aos meios de comunicação e a divulgação de fatos quando alegado um direito ao esquecimento. Uma situação previsível, face à complexidade dos fatos, justamente porque se está a tratar de liberdades igualmente valoradas e observadas, no texto constitucional, quando evidenciada a proteção a direitos fundamentais.

Sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana é considerada como direito fundamental¹¹. O texto constitucional assegura ainda, em seu art. 5º, os incisos V, IX e X, em que assegurados o direito de resposta proporcional ao agravo, além da correspondente indenização por danos morais, materiais ou de imagem, bem como a liberdade de expressão, sem censura, e, por fim, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, sendo igualmente assegurado o

¹⁰ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 25 maio 2015.

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação¹². A leitura conjugada dos artigos, à luz do também disposto nos artigos 220, §1º, e 221, inciso IV, da CF remete à ideia de que sempre podem existir restrições ao direito de informação, justamente porque proposta uma ponderação em face de uma violação concreta à intimidade ou à vida privada de alguém¹³.

Oportuno ressaltar que nas razões recursais da emissora de televisão que defendia a liberdade de divulgação das informações, nos casos levados a julgamento no STJ, um dos aspectos trazidos para o debate foi a impossibilidade de criar-se qualquer impedimento à divulgação dos fatos, na medida em que tratavam os programas de divulgação de acontecimentos públicos e notórios, não cabendo, portanto, restrições de qualquer natureza. No cerne do argumento trabalhado estava o receio de que se pudesse, com a restrição, gerar-se ato de censura à livre expressão do pensamento. Um temor que é esclarecido na doutrina de Ingo Sarlet:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2009, p. 63).

¹² Art. 5º 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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

(...)

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

De fato, o espírito do legislador não foi de conferir uma liberdade irrestrita – e até irresponsável, poderia se afirmar – aos meios de comunicação. O entendimento comum dos julgados é de que a notícia, em que pese verdadeira, não autoriza que seja conferido um caráter absoluto em relação à proteção a uma liberdade de imprensa, justamente porque passível, como direito em concreto, de ser sujeita a uma ponderação. Tal é a compreensão, ademais, alcançada no REsp nº 1.334.097.

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. (...) Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade - aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana -, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988.¹⁴

Verifica-se, na argumentação oferecida no julgado, que, na ponderação de princípios constitucionais, o julgador fez prevalecer os valores ligados à dignidade da pessoa humana, atribuindo indenização por violação as normas em questão. Na lição de Ingo Sarlet,

Embora não exista, na perspectiva da evolução histórica, uma relação necessária entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (bastaria recordar que a inserção da dignidade no direito constitucional positivo é fenômeno bem mais recente, em contraste com o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais), na quadra atual da trajetória do Estado Constitucional, o reconhecimento da íntima e indissociável- embora não exclusiva!- vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, na

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.334.097- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 6, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&n_um_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

condição de eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, constitui um dos esteios nos quais se assenta tanto o direito constitucional quanto o direito internacional dos direitos humanos (SARLET, 2011, p. 561).

Já no Recurso Especial nº 1.335.153¹⁵, a solução restou encaminhada em sentido diverso, justamente porque distintas eram as peculiaridades do caso a autorizarem uma ponderação igualmente diversa entre as condições fáticas e jurídicas do caso.

O direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.(...) 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.¹⁶

A colisão de direitos fundamentais e a forma como se deve interpretar as disposições constitucionais no caso concreto, levando-se em consideração a ponderação de princípios, viabilizam que os julgadores tenham margem à interpretação, mas sem que haja discricionariedade na decisão de cada processo. Nesse sentido é o ensinamento de Robert Alexy, como segue em destaque:

Direitos fundamentais, compreendidos como princípios, exigem uma realização máxima diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Reconhecer ao legislador uma discricionariedade cognitiva de tipo empírico significa a possibilidade de se admitir que, diante das possibilidades fáticas presentes, esses direitos não sejam realizados na extensão do que seria possível. Diante disso, o princípio de direito

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&n_um_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁶ *Ibidem*, p. 40-41.

fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada (ALEXY, 2009, p. 614).

Quando se remete a decisão, portanto, exclusivamente à aplicação de um princípio da dignidade da pessoa humana, pouco se enfrenta da efetiva colisão de princípios, na medida em que necessário o enfrentamento da colisão de liberdades propriamente dita. O que só é possível ocorrer quando confrontadas as liberdades em análise a uma possibilidade de liberdade negativa em sentido contrário.

Uma das principais objeções contra a ideia de um direito geral de liberdade é aquela que afirma que um tal direito seria vazio de conteúdo, sem substância, e que não haveria, por isso, nenhum parâmetro para se decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade. Seria um “direito de liberdade sem suporte fático de liberdade”. Aquilo que o direito garantiria não decorreria de um “conteúdo de liberdade”, mas tão-somente das “restrições (permitidas) às intervenções legais na liberdade”. Ao invés de liberdade de ação, seria possível falar apenas de uma liberdade contra intervenções. Assim, o direito geral de liberdade transformaria-se em um direito fundamental à constitucionalidade da totalidade da ação estatal (ALEXY, 2009, p. 345).

A liberdade negativa deve ser entendida como uma condição necessária, mas não absoluta, se analisada sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Sob o aspecto de construção de um juízo deontológico, tem-se como dever-ser o que é correto, e não necessariamente o que é melhor. Sob este prisma, o fato de divulgar fatos pretéritos, desde que contextualizados, seja pelo caráter histórico, ou por força da ideia de informação, não enseja, de forma automática, um dever de indenizar. Todavia, quando essa divulgação é realizada contrariando a vontade expressa da pessoa ou de quem o represente, ou mesmo faça que fatos do passado remoto sejam trazidos novamente à cena, o dever de reparação pode ocorrer, conforme as condições fáticas e jurídicas analisadas para o caso.

Assim se vê exemplificativamente, em relação ao enunciado normativo proposto no art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito de livre expressão do pensamento. Tomada qualitativamente como regra, a norma jurídica vale como comando universal, exigindo a sua adoção de forma absoluta, como uma determinação definitiva em relação ao seu cumprimento. A adesão requerida aos sujeitos de direito é a de obediência a uma determinação de respeito ao direito de livre expressão do pensamento. O mesmo enunciado, quando elevado ao nível dos princípios, permite apenas que se considere a existência a prior de sua observância estrita. É que, como princípio, exige um cumprimento na melhor medida possível, sem descartar a possibilidade de que seja submetido a um confronto, por meio de uma ponderação, a princípios opostos, como, por exemplo, o direito à preservação da intimidade e da vida privada (CACHAPUZ, 2006, p. 160).

V. Considerações finais

O direito ao esquecimento, mesmo com precedentes internacionais de mais de oitenta anos sobre o tema, ainda carece de regulamentação específica e, porque não dizer, de uma melhor compreensão do seu verdadeiro conteúdo. Os avanços tecnológicos e o modo fugaz como tudo ‘vira’ notícia dá margem a uma ampla exploração sobre o assunto. Todavia, o aspecto onde se verifica a maior dificuldade quando os casos concretos são trazidos à baila, é justamente o conflito entre o público e o privado e, conjuntamente à liberdade de imprensa. Sob o aspecto daquilo que pertence ‘a todos’ e o que cabe ‘apenas’ ao indivíduo, existe a proteção à dignidade da pessoa humana como princípio basilar do direito constitucional pátrio.

Verificou-se ao longo desse estudo, que a aplicação da mesma norma no “Caso Lebach II” teve resultado totalmente diferente, com interpretação do precedente de 1973 de forma desfavorável ao apelante, pois o entendimento que prevaleceu foi justamente da veracidade da notícia, seu caráter informativo e o requerente ser pessoa pública. De igual modo, os dois julgados brasileiros, em que pese tenham páginas idênticas de seus respectivos acórdãos, a interpretação dada quando presente o conflito entre as normas do texto

constitucional e o direito de indenização pleiteado pelos autores em ambos os processos, foi diametralmente diferente.

Sopesando os valores, o julgador realizou a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como a aplicação dos princípios e ponderações cabíveis na espécie. Porém, em suas razões de decidir, mesmo havendo manifestação expressa dos interessados em não verem novamente fatos trágicos envolvendo familiar tragicamente assassinada, na década de 50, o entendimento que prevaleceu foi de que não houve excesso por parte da empresa que veiculou o programa. Vale referenciar que, nos termos do enunciado nº 531 do CJF recentemente criado, em consonância com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, percebe-se que as informações, imagens e dados relativos aos fatos, históricos ou não, para que sejam expostos deverão observar regras, posto que a liberdade de informação não é absoluta.

Privacidade, honra e intimidade devem ser protegidas e, conforme as peculiaridades de cada caso, a exposição sem autorização ou contexto – seja histórico ou como dado de cultura e evolução da sociedade, por exemplo – ensejam o direito à indenização pelos danos decorrentes dessa violação. Na solução de conflitos dessa natureza, em especial pelos diversos meios de divulgação de dados existentes na atualidade – internet, redes sociais, mídia televisiva, dentre outros – medidas normativas devem ser criadas cabendo aos julgadores, na análise dos casos concretos, a valoração e interpretação dos princípios em questão.

VI. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 20 de maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 25 maio 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia**. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<http://casetext.com/case/melvin-v-reid>> Acesso em: 28 de junho 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.

HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Organização e introdução de Patrick Savidan; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protECAo-direito-esquecimento#author>. Acesso em 28 de jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009.

_____, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hening. et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

Tribunal de Justiça da União Europeia. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>, acesso em 29/06/2015. UOL. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>, acesso em 21/05/15.