

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
BACHARELADO EM DIREITO

GENÉSIO RIBEIRO DA SILVA NETO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUAS MANIFESTAÇÕES NO ORDNAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

TERESINA

2018

GENÉSIO RIBEIRO DA SILVA NETO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUAS MANIFESTAÇÕES NO ORDNAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Aurícelia do
Nascimento Melo

TERESINA

2018

GENÉSIO RIBEIRO DA SILVA NETO

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUAS MANIFESTAÇÕES NO ORDNAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Auricélia do Nascimento Melo – Orientadora (UESPI)

Professor (a) ...

Professor (a) ...

Eu tenho um sonho que um dia, nas montanhas rubras da Geórgia, os filhos dos descendentes de escravos e os filhos dos descendentes de donos de escravos poderão sentar-se juntos à mesa da fraternidade.

Eu tenho um sonho que um dia mesmo o estado do Mississipi, um estado desértico sufocado pelo calor da injustiça, e sufocado pelo calor da opressão, será transformado num oásis de liberdade e justiça.

Eu tenho um sonho que meus quatro pequenos filhos um dia viverão em uma nação onde não serão julgados pela cor da pele, mas pelo conteúdo do seu caráter. Eu tenho um sonho hoje.

[...]

Martin Luther King

AGRADECIMENTOS

À minha vó, Manoela Nena da Silva, mulher guerreira e que me fez o que hoje sou.

Aos meus pais, Kleber Riberio da Silva e Raimunda Santos da Silva, que me espelho como pessoas honestas, batalhadores e que me fazem seguir em frente.

Às minhas irmãs, Milena Santos da Silva e Antônia Márcia Santos da Silva, amigos e familiares, pelo apoio e sustentação nos momentos de fraqueza.

À minha orientadora, Auricélia do Nascimento Melo, pelo suporte, pelas correções e direcionamentos.

À Universidade Estadual do Piauí, professores e companheiros de curso, pela troca de aprendizados.

Obrigado!

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A aprovação desta monografia não significará endosso da Professora Orientadora Auricélia do Nascimento Melo, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho. A responsabilidade é inteiramente do autor.

Teresina, ____ de _____ de 2018.

Genésio Ribeiro da Silva Neto

RESUMO

O trabalho teve por objetivo fazer uma análise teórica, doutrinária e jurisprudencial, acerca da aplicabilidade do Direito ao Esquecimento, instituto com origem na Alemanha na década de 70 e que se implementou no ordenamento jurídico nacional. Analisou-se o instituto e sua aplicabilidade nos campos mais comuns do direito brasileiro, cível e criminal, também pelo estudo da melhor doutrina adentrou-se à busca de sua alocação como direito e qual seu lugar dentre estes. Também, buscou-se traçar um panorama onde através de debates teóricos sobre o conflito entre este direito e outros de mesma importância, como resolvê-los e quais destes devem prevalecer ao colidirem uns com os outros. Em seguida passou-se a uma discussão sobre a popularização do direito ao esquecimento e aumento significativo de demandas judiciais tendo como substrato o instituto. Por fim, realizou-se estudo de casos concretos enfrentados pelo STF e STJ onde estes enfrentam o direito ao esquecimento e constroem ainda que de forma tímida jurisprudência sobre a aplicabilidade do instituto. Como fruto de todo o estudo através das mais diversas fontes, chegou-se à conclusão de que o Direito ao Esquecimento possui aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicado em diversas áreas, no entanto o mesmo não é absoluto, sendo assim não pode ser oposto frente aos fatos de interesse público e que fogem à esfera individual do ser humano.

Palavras-chave: Direito. Esquecimento. Aplicabilidade. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

The objective of this work was to make a theoretical, doctrinal and jurisprudential analysis on the applicability of the Right to Forgetfulness, an institute that originated in Germany in the 1970s and was implemented in the national legal system. The institute was analyzed and its applicability in the most common fields of Brazilian law, civil and criminal law, also by the study of the best doctrine entered the search of its allocation as right and its place among these. Also, we tried to draw a panorama where through theoretical debates about the conflict between this right and others of equal importance, how to solve them and which of these should prevail when they collide with each other. Then a discussion was held on the popularization of the right to oblivion and a significant increase in lawsuits based on the institute. Finally, a study of concrete cases faced by the STF and STJ where they face the right to oblivion and construct, in a timid manner, jurisprudence on the applicability of the institute. As a result of the whole study through the most diverse sources, it was concluded that the Right to Forgetfulness has application in the Brazilian legal system, and can be applied in several areas, however it is not absolute and can not be opposite to the facts of public interest and that flee to the individual sphere of the human being.

Key words: Right. Forgetfulness. Applicability. Legal Order.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS | 11 |
| 2.1 Gerações dos Direitos Fundamentais..... | 11 |
| 2.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seus titulares | 13 |
| 2.3 Natureza e aplicabilidade dos direitos fundamentais..... | 14 |
| 2.4 Colisão entre direitos fundamentais | 16 |
| 2.5 Direitos fundamentais no Brasil..... | 17 |
| 3 DIREITO AO ESQUECIMENTO: | 19 |
| 3.1 Direito ao esquecimento no âmbito Penal | 21 |
| 3.1.1 Direito ao esquecimento: Ditadura militar e lei de anistia | 22 |
| 3.2 Direito ao esquecimento e crimes políticos contra o patrimônio público..... | 24 |
| 3.3 Direito ao esquecimento e sua relação com os direitos de cunho pessoal como dignidade da pessoa humana, direito à honra, imagem, intimidade e vida privada ... | 26 |
| 3.4 Direito ao esquecimento e sua relação com os direitos à informação e liberdade de expressão. | 28 |
| 4 ANÁLISE DE CASOS: DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 30 |
| 4.1 Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) | 30 |
| 4.2 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833.248 RJ | 32 |
| 4.3 ADI nº 4.815 - Direito ao Esquecimento e biografias não autorizadas..... | 33 |
| 4.4 Direito ao esquecimento e o marco civil da internet..... | 35 |
| 4.5 Direito ao esquecimento: evolução e perspectivas de aumento de casos envolvendo o instituto no Brasil. | 36 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 38 |
| REFERÊNCIAS | 40 |

1 INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura política e social do Estado brasileiro se travam as mais diversas relações entre os membros da sociedade. Ao realizar-se um ato que vai além da esfera pessoal do indivíduo ele acaba por praticar um fato que pode influir diretamente na vida de seus iguais, assim o que se realiza fora de sua esfera pessoal como é de regra ganha os holofotes da informação, ou seja, acabam por se tornar de conhecimento das demais pessoas.

Ao tratar-se de fatos cuja prática afeta diretamente terceiros e que estes são feitos que se tornam públicos a uma quantidade indeterminada de pessoas e dependendo de sua natureza pode ser de interesse público o seu conhecimento.

O Brasil como um país culturalmente diversificado e com uma história de formação muito particular passou por momentos obscuros em sua construção nacional, onde teve suspensos os direitos mínimos do cidadão em razão de o Estado valer-se de seu poder para desvirtuar aqueles que se insurgissem contra os governantes estatais. Nos dias atuais, o país também passa por problemas semelhantes a outros já enfrentados em que existe uma crise nas fundações do próprio Estado e que acabam por marcar a imagem e a vida daqueles que atuam como atores principais de tais acontecimentos, onde muitos buscam e buscarão apagar da memória geral determinadas passagens de suas vidas. Também com a massificação das redes sociais ocorre uma superexposição de acontecimentos da vida privada, onde a mesma já não é tão privada assim e nesses casos também é um campo fértil para aplicação do direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é tema importante para o ordenamento jurídico brasileiro, é direito que possui amplo campo de incidência, pois pode ser aplicado nas mais diversas situações para que atos praticados há muito tempo pelo titular do direito sejam esquecidos e não prejudiquem o indivíduo uma vez que já tenha pago sua dívida com a sociedade ou quando o ato praticado pertença somente à esfera particular do mesmo, onde não se poderia tornar público algo íntimo e que gera embaraços à pessoa que o praticou.

Apesar desse amplo leque de possibilidades de incidência do direito de ser deixado em paz, este direito carece ser mais estudado doutrinariamente. É um direito que por sua natureza e consequências de sua aplicação merece especial atenção sobre como se deve proceder ao aplicá-lo no ordenamento brasileiro em razão das peculiaridades que são próprias ao nosso arcabouço jurídico.

Como objeto central do trabalho as digressões apresentadas ao longo do mesmo mostram campos e formas de aplicabilidade do direito ao esquecimento e principalmente uma

análise de sua aplicabilidade em casos concretos já enfrentados pelos tribunais. Verifica-se necessária uma contextualização teórica e histórica de como o direito ao esquecimento se adequa ao direito brasileiro e as barreiras a que o mesmo está limitado.

Em razão de tudo acima exposto, o tema se mostra muito relevante, principalmente para o futuro em que tendencialmente as demandas versando sobre o direito ao esquecimento devem aumentar vertiginosamente. Direito este que notadamente de natureza fundamental não está especificamente previsto nas leis brasileiras, nem na Constituição, razão pela qual o debate a seu respeito gera posicionamentos das mais diversas vertentes doutrinárias.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Estado Democrático de Direito é fundamentado na Constituição brasileira, onde se abriga todos os elementos componentes do Estado, como o povo, território e cidadania, tendo assim, a estruturação do Estado, onde se regula o seu núcleo. O povo como parte do Estado é possuidor de direitos frente a este. Direitos que resguardem o mínimo de independência e dignidade ao ser humano, ou seja, os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os meios pelos quais se mostram em um Estado Democrático de Direito os valores mais caros ao povo que forma aquele estado. Esses direitos encontram-se abrigados no documento que forma, unifica e identifica o Estado, ou seja, em sua Constituição.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias com sede constitucional é resultado de uma evolução histórica, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais não foram sempre os mesmos, variando de acordo com a sociedade e época em que se encontra a evolução humana.

Nas palavras do constitucionalista Jose Afonso da Silva (2014) “direitos fundamentais do homem constitui a expressão adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios, que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação do que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”

2.1 Gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais desde o seu surgimento passaram por transformações, onde foram modificados e ampliados de acordo com a evolução social em que o povo se encontrava. Afinal, estes são direitos inerentes ao ser humano, logo são moldados às suas necessidades e desenvolvimento.

Numa perspectiva histórica, infere-se a existência de três principais estágios de desenvolvimento dos direitos fundamentais, chamados de gerações e atualmente de dimensões¹.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos ligados ao valor de liberdade, são os direitos civis e políticos que inauguraram o constitucionalismo ocidental, sendo forjados em meio à Revolução Francesa e os valores² por ela consagrados, tendo como titular o indivíduo que pode opô-los ao Estado, exigindo deste uma abstenção, um não fazer.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são direitos que estão ligados ao ideal de igualdade, são direitos sociais por natureza. Também chamados de direitos do “bem-estar”³, pois são direitos que visam possibilitar a todos de forma isonômica os meios necessários à sobrevivência de forma digna. São direitos em que o indivíduo pode exigir do Estado prestações a seu favor, ou seja, o Estado está obrigado a realizar atividades de cunho prestacionista em favor do indivíduo que dele necessite.

Já os direitos de terceira dimensão são os direitos vinculados à fraternidade, também chamados de direitos de solidariedade. Nesse estágio evolutivo estes saem de uma visão individualista e passando-se a uma visão coletiva de direitos fundamentais. Nessa dimensão são fixados os direitos transindividuais, onde todos são titulares indistintamente e compreende direitos como o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, direitos do consumidor, da infância e juventude, entre outros.

Fala-se doutrinariamente em outras dimensões de direitos fundamentais como os direitos de quarta dimensão ligados ao valor da democracia e os direitos de quinta dimensão lastreados pelo direito à paz⁴.

¹“Cumpre destacar, de início, que o vocábulo "geração" não está isento de críticas. Para muitos, é um termo que remete à ideia de superação, significando que uma nova "geração" sucede a outra, tornando-a ultrapassada, o que, sabe-se, não ocorre. Em verdade, a sucessão de "gerações" deve ser vista como uma evolução que amplia o catálogo de direitos fundamentais da anterior, sendo possível, inclusive, modificar o modo de interpretá-los. Descarte, não há que se falar em sedimentação de direitos por "geração", tampouco em substituição da "geração" antecedente pela posterior. Por fim, em que pese a crítica e a proposta de nova terminologia substitutiva -a saber, "dimensões" -, o termo "gerações" segue sendo largamente utilizado.” MASSON, Nathália, Manual de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pg 192.

² “Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdades, igualdade fraternidade e fraternidade.” BONAVÍDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, pg 562.

³ SARLET, Ingo Wolfgang /MARINONI, Luiz Guilherme/MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional – 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2017, pg 394.

⁴ “Por isso mesmo, enuncia como direitos de quarta geração (dimensão), o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.³¹ Em síntese, diz-se que tais direitos alicerçam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos em uma era de globalização político-econômica.” ... “Acontece que já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma quinta geração (dimensão) de direitos, com múltiplas interpretações e concepções. Um deles é o próprio Pauto Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu curso de direito constitucional, visualizando a "paz" como um direito de quinta geração (dimensão). Nesses termos, o

2.2 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seus titulares

Os direitos fundamentais possuem doutrinariamente duas dimensões, sendo uma objetiva e outra subjetiva. São visões diferentes dos direitos mais caros a um Estado Democrático de Direito, sendo “a um só tempo direito subjetivo do indivíduo e elementos fundantes da ordem constitucional objetiva”⁵.

Os direitos fundamentais em seu viés subjetivo outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor juridicamente aos órgãos estatais seus interesses de cunho pessoal, em razão desses órgãos, estarem obrigados por força da Constituição a atenderem tais necessidades dos indivíduos.

Já em sua vertente objetiva, têm-se os direitos fundamentais como pilares basilares da estrutura de um Estado Democrático de Direito, nesse aspecto os direitos fundamentais acabam transcendendo a figura do indivíduo passando a serem norteadores da atuação de todos os entes formadores do ordenamento jurídico, são diretrizes fixadas como norte da atuação do Estado e de seus parceiros no desenvolvimento e conservação dos preceitos formadores do Estado Democrático de Direito.

Ao tratar da titularidade dos direitos fundamentais passa-se a identificar através de uma análise da Carta Constitucional os detentores de tão caros direitos. A Constituição Federal trás que “todo poder emana do povo”⁶, logo seriam os componentes do povo titulares dos direitos fundamentais. No entanto, não se deve interpretar de forma restritiva a expressão “povo” como somente parte da noção de componente do Estado. Em uma interpretação contemporânea e alinhada com a doutrina majoritária infere-se que os titulares dos direitos fundamentais podem ser tanto os brasileiros natos ou naturalizados, quanto os estrangeiros residentes ou não no país, assim se posiciona o STF com a ressalva de que nem todos os direitos fundamentais podem ser exercidos por aqueles que não sejam cidadãos brasileiros em razão de vedação da própria Constituição, sendo exemplo clássico a Ação Popular⁷ que só pode ser proposta pelo cidadão brasileiro em gozo de seus direitos políticos.

⁵ direito à “paz” seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XXI.” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg 326 e 327.

⁶ MASSON, Nathália, Manual de Direito Constitucional. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg 210.

⁶ “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Art. 1º, parágrafo único, CRFB/88.

⁷ “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” Art. 5º, LXXII, CRFB/88.

Até mesmo as pessoas jurídicas são detentoras de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Tais entidades são detentoras de direitos à propriedade, à imagem e sendo reconhecida a elas pelo próprio STF⁸ a possibilidade de sofrerem danos morais e em decorrência deste ato serem indenizadas.

2.3 Natureza e aplicabilidade dos direitos fundamentais

Primeiramente cabe a diferenciação entre os vocábulos direitos fundamentais e direitos humanos, onde não necessariamente possuem o mesmo significado, apesar de parte da doutrina utilizara-los como sinônimos⁹. Direitos humanos são entendidos em síntese como aqueles que são titulares os indivíduos humanos, são direitos em regra constantes do plano abstrato, ou seja, não necessariamente positivados, sendo normas em que se exige sua observância em âmbito internacional. Por outro lado, os direitos fundamentais são direitos positivados na Constituição de um Estado, podendo até mesmo, serem direitos humanos, só que positivados, gozando assim de normatividade emanada da própria Constituição, tratadas como normas de observância obrigatória nos limites do Estado, não gozando de normatividade internacional.

Em se tratando de aplicabilidade, de acordo com o disposto no art. 5º § 1º da CRFB/88¹⁰, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, sendo essas normas por sua natureza autoaplicáveis, gerando seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1998, não são normas dependentes de regulamentação para produção dos seus efeitos.

⁸ “Pessoa Jurídica e Dano Moral

Não ofende o inciso X do art. 5º da CF/88 (“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;”) o reconhecimento, à pessoa jurídica, do direito à indenização por danos morais, em razão de fato considerado ofensivo à sua honra. Com esse entendimento, a Turma confirmou decisão do Min. Néri da Silveira, relator, que mantivera acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que concedera à autora, pessoa jurídica, o direito à indenização pleiteada em ação de reparação de danos morais, proposta em face de banco que protestara contra a autora, indevida e injustamente, título cambial, o que causara consequências danosas à empresa como o comprometimento de sua idoneidade financeira e sua reputação.

AG (AgRg) 244.072-SP, rel. Min. Néri da Silveira, 2.4.2002.(AG-244072) – Informativo 262 STF.

⁹ Porém, certo é que, na doutrina à qual filiamos, a leitura mais recorrente e atual sobre o tema, é aquela que afirma que os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo). .” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg 321.

¹⁰ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade direta.” Art. 5º. § 1º,CRFB/88.

Todavia, é cediço na doutrina e na jurisprudência que existem direitos fundamentais não autoaplicáveis, ou seja, incapazes de gerar seus efeitos, por não estarem amparados pelos meios necessários a essa realização. Trata-se de limitação em razão da própria natureza de parte dos direitos fundamentais, servindo como exemplos os direitos fundamentais de cunho social, onde são dependentes de atuação do Estado para que se concretizem, somente por sua previsão não produzem de plano seus efeitos.

No tocante à natureza dos direitos fundamentais, estes teriam natureza constitucional, conforme maioria da doutrina amparada nos estudos de José Afonso da Silva, para quem os direitos humanos, “desde que no plano interno assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre seu valor jurídico, [...]. Sua natureza passa a ser constitucional, o que já era uma posição expressa no art.16 da Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição.”¹¹

Portando, os direitos fundamentais possuem natureza constitucional na medida em que se inserem no texto de uma constituição, são direitos criados pelo constituinte originário à luz da soberania popular, que é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, mesmo em patamar constitucional de um ordenamento jurídico os direitos fundamentais, em certa parte, ainda carecem para produzir seus efeitos de atuação de legislação posterior ou políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

Certa, se mostra a existência de direitos e garantias fundamentais que somente podem ser exercidas por pessoas físicas em razão de sua natureza como os referentes ao cerceamento de liberdade mediante prisão, também aqueles direitos que só podem ser exercidos por cidadãos brasileiros e o acesso a alguns cargos somente liberados àqueles que ostentam a cidadania brasileira nata.

Portanto, é notório que existem direitos fundamentais das mais diversas espécies a serem exercidos pelos mais diversos indivíduos e entidades e que o Texto Magno de 1988 os moldou e os adaptou de acordo com cada situação, permitindo assim que a maior vastidão possível de indivíduos possam ser detentores e exercentes de direitos e garantias fundamentais.

¹¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007,pg 179.

2.4 Colisão entre direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são dotados de conteúdos nucleares dos mais variados tipos e de forma abstrata, onde somente é possível analisar e mensurar sua incidência quando os mesmos estão dispostos em um caso concreto, onde podem ser objeto direto ou serem parte de um conjunto interpretativo para se chegar ao devido amparo ao caso em que se insere.

A colisão ou conflito entre direitos fundamentais ocorre quando diferentes indivíduos tentam exercer direitos fundamentais um contra o outro, nesse caso estar-se diante de uma disputa entre direitos da mesma natureza e com o mesmo status e que um não se subordina ao outro. “A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos. Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção.”¹²

Doutrinariamente podem ocorrer conflitos entre direitos fundamentais nos seus mais diversos aspectos, principalmente podendo o conflito se instaurar em razão do exercício de direitos fundamentais idênticos ou diversos.

Para um melhor entendimento há que se partir da premissa que a Constituição é composta de princípios e regras, tendo que se estabelecer a diferença entre ambos, no tocante que as regras são mais restritas, não possuem grande grau de abstração ao contrário dos princípios que são normas dotadas de grande grau de abstração moldando-se ao caso concreto sobre o qual incide.

Vislumbrando o desfecho de conflitos entre direitos fundamentais o Supremo Tribunal Federal tem se valido da técnica da ponderação, também de amparo doutrinário, tal fórmula busca realizar um juízo de proporcionalidade entre os direitos fundamentais buscando-se qual deles deve prevalecer no caso concreto, no entanto a prevalência de um não extingue a existência do outro. A título de exemplo o STF aplicou a técnica da ponderação no julgamento da ADI nº 319- DF¹³, onde se buscava a declaração de inconstitucionalidade da lei

¹² MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, pag. 210.

¹³ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades

8.039/90 que dispunha sobre critérios de reajustes de mensalidades escolares, buscavam tal declaração com fundamento no princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. No entanto tais princípios acabam se chocando com os princípios da defesa do consumidor o que fez o STF realizar a ponderação entre esses direitos fundamentais e decidir pela improcedência da citada ADI, sendo possível ao Estado regular a política de preços e serviços quando abusivos.

2.5 Direitos fundamentais no Brasil

O Brasil, como país formado por tão miscigenada cultura e povo é um fervor das mais diversas manifestações culturais e sociais em razão da diversidade de seu povo. Em razão dessa estrutura social tão heterogênea o Estado brasileiro sempre tentou conservar direitos mínimos seus cidadãos. Observava-se na Constituição do Império de 1824, primeira Constituição brasileira, um rol de direitos individuais, consubstanciados em direitos de primeira dimensão, pregadores de abstêncio estatal¹⁴. Logo em seguida, a Constituição de 1981, ampliou o rol de direitos individuais e consagrou importante garantia fundamental que é o *habeas corpus*. A Constituição de 1934 estabeleceu no Brasil um estado social, sendo a grande consagradora dos direitos fundamentais de segunda dimensão, prevendo em sede constitucional direitos de proteção aos trabalhadores, definição de direitos políticos e inovando ainda mais com a previsão do mandado de segurança e ação popular, remédios constitucionais asseguratórios de direitos fundamentais.

O Brasil passou por momentos difíceis durante a vigência das constituições de 1937 e principalmente de 1967 a qual foi reformulada pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Esta Constituição alterou de forma drástica o sistema constitucional até então vigente, trazendo consigo hipóteses autorizadoras de restrições aos direitos políticos, estabeleceu pena de morte, de confisco, de banimento e também prisão perpétua. Tal Carta constitucional ficou marcada

alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "março" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2., ao parágrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "março" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.::

BRASIL. STF - ADI: 319 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 03/03/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036)."

¹⁴" f) Atrelada, como já salientado, a uma perspectiva liberal (constitucionalismo liberal), a Constituição declarou direitos civis e políticos, entre eles: a liberdade, propriedade e segurança." FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pags 263 a 264.

por ser desestruturadora de direitos fundamentais, gerando retrocessos ao regime jurídico brasileiro e aos cidadãos.

Atualmente, a Constituição vigente iniciou em 1988 uma nova era no constitucionalismo brasileiro e também para os direitos fundamentais no Brasil. A Constituição Cidadã previu logo em seus artigos iniciais os direitos e garantias fundamentais, previstos esses no título II da Carta Magna. No entanto, não se esgota neste título, tendo direitos fundamentais espalhados ao longo do seu texto. Cabe destacar tão grande importância que o próprio preâmbulo da Constituição, apesar de não possuir normatividade possuindo finalidade interpretativa¹⁵, enumera vários direitos tidos como fundamentais indicando tratar-se de direitos fundantes do Estado. A Constituição de 1988 inaugurou no Brasil um Estado Democrático de Direito, onde é fundado em direitos do cidadão, sendo este o detentor de todo o poder atuante no Estado brasileiro¹⁶.

Portanto, o Brasil é um país fundado nos direitos fundamentais, principalmente em razão de sua formação histórica e social, onde passou pelas mais diversas fases de uma sociedade, passando por uma colônia, império, ditadura e república, onde ainda tenta concretizar o Estado Democrático Brasileiro que a Constituição fixa ao Brasil.

¹⁵ “A questão que se pode colocar é a de saber se esse preâmbulo possui valor jurídico. O disposto no Preâmbulo pode consistir no único argumento para estabelecer a constitucionalidade de uma lei? É possível extrair direitos, exigíveis em juízo, do Preâmbulo? O disposto no Preâmbulo obriga e vincula os Estados-membros, quando elaboram o seu próprio Texto constitucional?

Esta última indagação foi respondida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão que revela qual o status jurídico a ser atribuído ao Preâmbulo entre nós. Afirmou o STF¹¹¹ que o Preâmbulo “não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta. (...) Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas de reprodução obrigatória”. MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 12ª ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, pag. 83.

¹⁶ “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- Pluralismo político.” Art. 1º, CRFB/88.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento¹⁷ tem como *leading case*, seu marco inicial, o famoso caso Lebach, o qual foi a julgamento pela Corte Constitucional Alemã em 05 de junho de 1973, nesse episódio foi discutido o enclave existente entre a liberdade de imprensa em contraposição aos direitos da personalidade. Desse caso, infere-se que o direito ao esquecimento tem como fundamento direto os direitos da personalidade.

O caso Lebach, conforme relata a doutrina¹⁸, tratava-se de pedido de tutela liminar realizado por envolvido em um grave caso de homicídio, intitulado como o assassinato de soldados de Lebach, onde o ocorrido foi retratado em um documentário e o requerente da liminar pleiteou mediante recurso à Corte Constitucional Alemã, justamente, a proibição de divulgação do documentário com substrato em direitos da personalidade e na dignidade da pessoa humana que como valores resguardados pela Constituição Alemã.

Resta que a Corte Constitucional da Alemanha, após procedimentos e análises, deferiu a liminar a favor do recorrente e proibiu a divulgação do filme até a decisão final do processo. Fazendo valer o direito ao esquecimento frente aos demais direitos ora envolvidos.

A origem do direito ao esquecimento está ligada ao direito penal, em razão de ter surgido em processos de natureza criminal, mas este não fica adstrito a esse ramo jurídico, passando a ser debatido e aplicado em diversos momentos e situações em que indivíduo possa se encontrar.

No Brasil o direito ao esquecimento encontra fundamento na Constituição Federal, extrai-se esse direito em decorrência de uma interpretação conjunta do direito a intimidade, honra e vida privada (art.5º, X)¹⁹ e também do código civil ao resguardar em seu art.21²⁰ a vida privada²¹.

¹⁷ “Também intitulado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”, o denominado “direito ao esquecimento” refere-se ao direito de impedir que um fato mesmo que verídico, seja relembrado e massivamente exposto ao público tempos depois do ocorrido, causando ao sujeito dor, sofrimento, prejuízo moral e, em se tratando de fatos criminosos, impossibilidade ou dificuldade de ressocialização.” MASSON, Nathália, **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg 245.

¹⁸ MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 246.

¹⁹ “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; art.5º, X, CRFB/88.

²⁰ “ A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.art.21 do CC.

²¹ “o termo “vida privada” se estende para além do mero “direito de viver como se quer, livre de publicidade, para incluir também o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, especialmente no campo emocional, para o desenvolvimento da própria personalidade.” MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* 12ª ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, pag 246.

O direito ao esquecimento é tido como um importante instituto, principalmente em relação ao futuro, para o ordenamento jurídico brasileiro, em razão disso seu estudo ainda se encontra restrito a poucos doutrinadores e sua aplicabilidade ainda molda-se nos tribunais brasileiros. Portanto, o tema carece de forte estudo sobre os demais direitos fundamentais que se ligam de forma direta ou indireta ao direito ao esquecimento para assim fixar sua base.

A Constituição brasileira não traz de forma expressa o direito ao esquecimento como um direito fundamental, tendo em vista que seu surgimento foi ocorrido na Alemanha em 1973, pode-se dizer que é um direito fundamental novo e que a Carta constitucional de 1988 em razão da pouca difusão do referido direito no Brasil não o adota expressamente, mas como sabemos os direitos fundamentais podem ser implícitos ou decorrentes de outros previstos no teto constitucional. Apesar de adotarmos o sistema formal de Constituição²² quando se trata de direitos fundamentais acabamos por mitigar tal dogma.

O direito ao esquecimento é um corolário do direito à intimidade e vida privada do indivíduo, uma garantia que o indivíduo tivesse aspectos de sua vida pessoal resguardados em razão de já ter decorrido certo período de tempo desde a ocorrência de tal fato, além de já ter prestado contas à sociedade sobre o ato ao qual pretende que seja esquecido por todos, gozando, assim, o indivíduo de seu direito de ser deixado em paz.

Como já ressaltado o direito ao esquecimento é extraído da própria Constituição Federal em decorrência de uma interpretação conjunta do direito a intimidade, honra e vida privada (art.5º, X) e também do código civil ao resguardar em seu art.21 a vida privada. Como todo direito fundamental também acaba por se chocar frente aos seus pares e principalmente em relação aos direitos de liberdade, principalmente na vertente do direito à informação.

Durante a vida todos os indivíduos passam por diversas fases, onde a partir dessas experiências que constrói a sua personalidade e sedimenta seus valores. No entanto, nesse caminho de descobertas e aprendizado acaba por realizar atos que a mínima lembrança lhe causa agonia e constrangimento. Em certo momento de suas vidas os indivíduos podem ter tais episódios revelados e a depender do momento em que se encontre a divulgação de tais informações pode lhe causar danos à imagem, à honra tanto objetiva quanto subjetiva.

²² A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo⁶³. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas”. MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017. pag. 68.

Portanto, pelo exercício do direito ao esquecimento o indivíduo pode recorrer ao poder Judiciário para que quem pretender ferir ou que tenha ferido seu direito ao esquecimento de fatos ocorridos a longo tempo seja impedido de cometer esse ato violador de direitos da personalidade e da intimidade do indivíduo que ainda pode resvalar em afronta a outros direitos fundamentais direta ou indiretamente.

3.1 Direito ao esquecimento no âmbito Penal

Como já relatado, o direito ao esquecimento tem sua origem em causas criminais, e sua história no Brasil também não é diferente, pois nesse tipo de causas²³, já chegou ao Supremo Tribunal Federal casos em que se buscava aplicação do direito ao esquecimento à causas em que se tinha controvérsia sobre a caracterização dos maus antecedentes decorrentes de fatos criminosos já praticados pelos indivíduos.

Durante a fase inicial do processo de dosimetria da pena fixado no art.59 do Código Penal²⁴ tem-se entre os aspectos analisados o referente aos antecedentes²⁵ que nada mais são do que uma análise dos atos praticados pelo indivíduo no que tange à esfera criminal. Incidi no campo dos maus antecedentes, que é uma circunstância judicial, aos fatos que não mais podem ser considerados como de reincidência, agravante, em razão do decurso do prazo de 5 anos.

Após a análise, tem-se como legítimas as pretensões de ver o direito ao esquecimento aplicado a causas criminais comuns quando o indivíduo já tiver pagado sua dívida com a sociedade. Assim como a reincidência possui lapso temporal para que seja configurada sua existência também assim deveria ser em relação aos maus antecedentes, embora assim não seja. Com fundamento no princípio da presunção de inocência temos Súmula nº 444 do STJ: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Entretanto, no Supremo Tribunal Federal, o tema ainda é controverso.

Seria objetivo do direito ao esquecimento, mediante exercício da tutela jurisdicional, buscar o afastamento da configuração dos maus antecedentes, decorrido determinado lapso temporal que permita às pessoas esquecer a prática criminosa e também ao indivíduo se

²³ HC 126315 - SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Relator(a): Min. Gilmar Mendes STF/ HC 128080 - SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. Marco Aurélio.

²⁴ "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]" – art.59 do CP.

²⁵ "Esta circunstância judicial representa a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime (fatos posteriores não são considerados nesta etapa)."CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 3^a ed. Salvador. Juspodivm.2015 pag. 403.

reabilitar e se reinserir novamente no âmbito social. Isso seria possível em virtude de uma vez que os crimes comuns afetam autor e vítima e indiretamente a coletividade, ao passo que dessa forma fogem da linha de crimes contra a Administração ou patrimônio público não fazendo parte daqueles crimes que não merecem guarda pelo direito ao esquecimento em razão de suas consequências serem imensuráveis aos valores que regem o Estado brasileiro. Além do mais, nada mais estaria em consonância com ao princípio da dignidade da pessoa humana do que a oportunidade de recomeçar uma nova vida, sobre as ruínas de um passado esquecido.

3.1.1 Direito ao esquecimento: Ditadura militar e lei de anistia

Em 1º de abril de 1964 os militares destituíram do Poder o então Presidente da República João Goulart, estabelecendo a então ditadura militar no Brasil²⁶. O regime ditatorial baseou-se em uma política de índole fascista, onde estabeleceu como prioridade a segurança nacional fazendo assim inimigos do Estado todos aqueles que se insurgissem contra o movimento militar.

Durante o período da ditadura militar o Congresso Nacional foi fechado, houve a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, entre eles o *habeas corpus*, censura à imprensa, liberdade de expressão e de reunião, além da instituição de pena de banimento e de morte. Esse senário foi pano de fundo para torturas, assassinatos, banimentos e decretação de perda de direitos políticos e mandatos de cidadãos legitimamente eleitos. Em resumo, o Brasil passou por um dos mais obscuros capítulos de sua história.

No dia 28 de agosto de 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei no 6.683/79 que concedeu Anistia nestes termos: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e

²⁶ “A análise do longo regime militar começa com a crise final da presidência de João Goulart. Depois são estudadas, em linhas gerais, todas as gestões presidenciais, inclusive da Junta Militar, sem receio de apontar pontos positivos (como o crescimento econômico entre 1968-1978) e colocar o dedo nas feridas da legislação autoritária e na ação dos órgãos de repressão. O governo João Figueiredo mereceu dois capítulos para melhor se compreender o processo de derrocada do regime e a dinâmica dos diversos atores políticos. Ao final, há um balanço reafirmando as peculiaridades dos governos militares, e como tivemos uma ditadura à brasileira entre os anos 1964-1985”. VILLA, Marco Antonio, Ditadura à brasileira – 1964-1985: A democracia golpeada à esquerda e à direita. – São Paulo: LeYa, 2014, pag. 09.

Complementares. § 1º – Consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Da lei de anistia pode-se extrair como um de seus fundamentos o direito ao esquecimento, apesar de há época em que foi editada a referida lei, esse direito fundamental não ser especificamente trabalhado no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o direito ao esquecimento tem como *leading case*, seu marco inicial o famoso caso Lebach, o qual foi julgado pela Corte Constitucional Alemã em 05 de junho de 1973, somente seis anos antes da promulgação da lei brasileira de anistia. Atualmente o direito ao esquecimento passa a ser fundamento que ampara e dá substrato como direito fundamental aos beneficiários da lei de Anistia.

A lei de anistia teve importante papel no que tange a possibilitar a volta de cidadãos brasileiros banidos ao país. Possibilitando assim, o restabelecimento dos direitos políticos dos então condenados a perda dos mesmos. No entanto, a lei de anistia suscitou calorosas discussões em razão de também alcançar os agentes estatais que agiram acobertados pelos atos institucionais característicos da ditadura militar para praticar crimes como os de desaparecimento forçado, homicídio, tortura, abuso de autoridade entre outros contra os opositores do regime ditatorial.

Face ao dualismo de beneficiários abarcados pela lei da Anistia a mesma foi objeto de calorosos debates em razão de beneficiar os agentes que praticaram atos atentatórios contra os direitos humanos durante o período de vigência da ditadura militar. Partindo desse ponto o STF se viu obrigado a analisar a compatibilidade da lei de Anistia com o ordenamento constitucional vigente na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 153²⁷ proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição brasileira de 1988, do disposto no § 1º do

²⁷ “EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.” STF, ADPF nº 153, relator Min. Erus Grau.

artigo 1º da Lei de Anistia (nº 6.683/79). No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF nº 153 por sete votos a dois.

Já no plano internacional tem-se a Corte Internacional de Direitos Humanos colidindo ao entendimento da Suprema Corte brasileira ao declarar por unanimidade que a LEI DE Anistia é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁸.

Em razão de tudo, mostra-se mais acertado o entendimento da Corte Internacional de Direitos Humanos, visto que a lei de anistia é incompatível com todos os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos que o Estado brasileiro é signatário e mais ainda, afronta diretamente direitos fundamentais como a vida, acesso à justiça, dignidade da pessoa humana, honra, imagem entre outros direitos mesmo sendo amparados seus beneficiários por direitos fundamentais como o direito ao esquecimento. Portanto não merece ser recepcionada frente à Carta Cidadã de 98, consagradora de direitos e garantias fundamentais que não se coadunam com o cerne gerador da lei infraconstitucional proporcionadora de anistia.

3.2 Direito ao esquecimento e crimes políticos contra o patrimônio público

No atual momento que o Brasil vive, onde estão na moda os escândalos de corrupção, em que os representantes do povo estão a desviar montantes vultuosos dos cofres públicos, superfaturar obras, receber propinas, entre outras práticas que não condizem com a finalidade para a qual foram eleitos.

A corrupção, infelizmente, é inerente ao próprio Brasil, acaba-se por não se chocar as pessoas com as notícias de políticos corruptos e desvio de dinheiro público, em razão de sua prática comum. O grande episódio de corrupção no Brasil foi o caso da Petrobrás, onde a grande estatal brasileira e uma das gigantes do ramo petrolífero a nível mundial se viu entrar em um recesso em sua imagem e seus lucros, onde o país viu sua maior empresa desmoronar

²⁸ “VI. CONCLUSÃO

30. Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.” CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASILSENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010.

em razão de escândalos políticos, onde os jornais ao redor do mundo noticiaram e estamparam em suas manchetes o Brasil como um dos países mais corruptos do mundo.

Desde o escândalo da gigantesca estatal, o Brasil passou por uma crise financeira, com altos juros, impostos, inflação, aumento de desemprego, estagnação nos no ranking de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) da ONU (Organização das Nações Unidas) e consequentemente a fome pode voltar a se tornar um problema crônico da República brasileira. O comissário de Direitos Humanos da ONU, Zeid Al Hussein e entrevista relataram que “a corrupção viola o direito de milhões de pessoas pelo mundo, ao roubar deles o que deveria ser um bem comum e impedindo direitos fundamentais como saúde, educação ou acesso à Justiça”²⁹. Nesse discurso foi exposto como a corrupção pode comprometer a existência da democracia no Brasil.

Partindo do cenário atual, vê-se que os crimes cometidos por meio da corrupção no Brasil estão a gerar uma ruína da democracia e dos valores alçados como mais importantes em um Estado de Direito. Observa-se que já em 1950 o legislador pátrio visando coibir tais práticas obscuras editou a lei nº 1.079 que foi promulgada em 30 de abril daquele ano. A referida lei define os crimes de responsabilidade e dá outras providências, nesse mesmo sentido temos a lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, outro exemplo é a lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Portanto, é nítida a preocupação do legislador pátrio em tentar punir os políticos e particulares que se envolverem em práticas de corrupção e assim diminuir os efeitos da mesma no Estado brasileiro.

O Estado brasileiro é formado por três poderes que deveriam segundo a Constituição estar em harmonia e independência entre eles. No entanto, o que se tem presenciado na atual conjuntura política brasileira são poderes instáveis, com seus representantes desgastados perante o povo e em total disparidade entre seu papel constitucional e a realidade em que se apresentam.

Partindo de referida premissa, infere-se que os crimes de corrupção ou que envolvam má gestão de recursos ou das finanças públicas são atos de interesse de todos, sendo sua divulgação e informação aos cidadãos uma ação que atende ao interesse público, quando tratado da liberdade de expressão e do direito de informação ressaltou-se a liberdade de

²⁹<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governo-ataca-representante-da-onu-por-comentarios-sobre-corrupcao,70001988523>.

informação jornalística, onde tal modalidade é de suma importância para criar opiniões e entendimentos nos cidadãos que vivem em numa democracia. Portanto, o direito ao esquecimento não se mostra direito adequado a prevalecer frente ao direito à informação em causas que versem sobre corrupção em razão das consequências que esses crimes trazem consigo como, por exemplo, prejuízos imensuráveis à educação, saúde, emprego e demais áreas que são fundamentais ao desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

3.3 Direito ao esquecimento e sua relação com os direitos de cunho pessoal como dignidade da pessoa humana, direito à honra, imagem, intimidade e vida privada.

A Constituição brasileira resguarda aos seus nacionais e até mesmo aos estrangeiros, direitos de cunho estritamente pessoal, os quais estão diretamente ligados pelo dogma da privacidade, consubstanciando-se como parte de uma vida digna onde todos esses direitos fundamentais de cunho pessoal são uma vertente do princípio basilar do Estado Democrático de Direito, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para um bom entendimento da complexa relação entre direito ao esquecimento e privacidade temos que entender que a noção de privacidade passou por diferentes estágios ao longo do tempo, migrando de uma concepção extremamente fechada para uma privacidade relativizada³⁰ nos dias atuais em que praticamente todos os atos praticados pelo indivíduo acabem se tornando de conhecimento de um número incontáveis de pessoas em razão de redes sociais que são alimentadas pelo próprio titular do direito à privacidade.

O direito à privacidade não está previsto de forma expressa na Constituição brasileira³¹, “a privacidade representa a plena autonomia do indivíduo em regrar sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc.,

³⁰ “O direito à privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental. Além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade. Certo é que a divulgação de erros e/ou dificuldades acaba por inibir ou mesmo aniquilar os esforços de autos superação, razão pela qual a esfera da privacidade visa a fornecer um ambiente de tranquilidade emocional fundamental para uma auto avaliação e a revisão de metas e objetivos pessoais.” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pag 478.

³¹ “Embora não expresso na Constituição, a Suprema Corte reconheceu a existência de um direito de privacidade, ao considerar constitucional lei estadual que vedava a prescrição e o uso de meios anticoncepcionais (Griswold v. Connecticut, 1965). Em Roe v. Wade (1973), o direito de privacidade foi estendido a ponto de incluir a decisão de uma mulher de realizar aborto, pelo menos até o terceiro mês de gravidez.” BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os Conceitos e a Construção do Novo Modelo. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2010, pag 35.

sem submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.”³² Existem quatro meios de afrontar a privacidade: “1) intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo, 2) exposição pública de fatos privados, 3) exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (false light), que ocorre quando a pessoa é retratada de modo inexato ou censurável, 4) apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais”³³.

Fazendo parte do núcleo mais específico do direito à privacidade, percebe-se o direito à intimidade como parte mais restrita daquele, fazendo-se presentes nesses as relações mais íntimas do indivíduo, como exemplo as familiares e com amigos e suas escolhas de cunho pessoal. Ao se acessar informações dessa esfera e torná-las públicas viola-se diretamente o direito à liberdade do indivíduo de possuir suas escolhas e relações dentro de sua intimidade, ou seja, sua privacidade.

A honra é um direito imaterial, está presente dentro do campo da moral do indivíduo frente aos demais e frente a si mesmo. Conforme respeitada doutrina, podemos dizer que a “honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade - adverte Adriano de Cupis - mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria”³⁴. O indivíduo tem o direito de ser deixado em paz no tocante às informações ou acontecimentos já ocorridos e superados que afetem sua honra objetiva ou subjetiva.

Já ao tratar-se do direito à imagem³⁵ tem-se que esta é consubstanciada do ponto de vista físico, ou seja, estamos a analisar a representação de caracteres e ao retrato da pessoa. Maculando-se a imagem o indivíduo estará sempre ligado ao fato atrelado à sua imagem em razão desta ser o seu físico e como ele é reconhecido pelo mundo exterior. Violada a imagem do indivíduo este tem direito à retratação e indenização do causador de tal ato danoso, devendo o dono da imagem maculada ou utilizada para fins indevidos ter com base no direito ao esquecimento ter sua imagem não mais ligada ao ato maculador.

³² MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pag 244.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, p. 246.

³⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 211

³⁵ ”A inviolabilidade da imagem da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente, segundo Adriano de Cupis, que acrescenta: "Essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico - que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo -, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral".” DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, pag 211.

No que concerne ao direito à vida privada chega a ser tênue a linha que o diferencia do direito à vida íntima, para alguns autores chegam a ser a mesma coisa³⁶. No entanto, a Constituição traz de forma destacada ambos os termos, de tal previsão, pode-se inferir que a vida privada é mais abrangente que a intimidade, pois esta abrange as relações pessoas do indivíduo com sua família, lazer, trabalho, enfim com os demais indivíduos que estabelece relação social de cunho mais restrito. Por outro lado, tem-se a intimidade que está ligada às escolhas pessoais do indivíduo dentro de sua relação consigo mesmo em suas particularidades.

As escolhas de cada indivíduo sejam elas em relação a outras pessoas sejam em relação a si mesmos, desde que não ultrapassem os limites fixados no Texto Maior não devem ser objeto de divulgação a todos, muito menos se si propagarem sem âmbito determinado para seu conhecimento.

Como visto o direito ao esquecimento se encontra ligado de forma umbilical ao direito à dignidade da pessoa humana, honra, vida privada, imagem e à intimidade, ambos os direitos estão acobertados pela Constituição Federal como direitos fundamentais e devem ser interpretados em conjunto e um servindo de substrato à validade do outro frente aos casos concretos que se apresentarem como violadores desses direitos mais íntimos da pessoa humana, pois uma vez violados devem cair ao esquecimento devendo cada um de seus titulares exercer seu direito de ser deixado em paz.

3.4 Direito ao esquecimento e sua relação com os direitos à informação e liberdade de expressão

A Constituição brasileira como uma típica Constituição Cidadã prevê os direitos ligados ao valor liberdade como cerne dos direitos fundamentais, são direitos inerentes ao próprio indivíduo. Os direitos de liberdade possuem várias vertentes, como o direito de pensamento e manifestação, principalmente, o direito de informação que é o instrumento pelo qual se propaga os ensinamentos necessários para que os cidadãos entendam o contexto social e cultural do Estado em que vivem³⁷.

³⁶ “vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da Constituição”. BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 147.

³⁷“É frequente que se diga que “a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido”. A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. O argumento democrático acentua que “o autogoverno postula

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu art. 19 que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Doutrina conceituada³⁸ ensina que a liberdade possui várias vertentes. Contudo a vertente que interessa aos fins deste trabalho é a da liberdade como direito de comunicação que compreende a liberdade de informação que é direito fundamental diretamente contraposto ao direito ao esquecimento em muitos casos.

A palavra informação designa "o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões"³⁹. Então abstraímos que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e ser informado.

No que tange a liberdade de informar tem-se ainda a liberdade jornalística, sempre um direito objeto de várias controvérsias. A liberdade de informação jornalística está prevista no art.220, § 1º da CRFB/88. Assim, tal liberdade se justifica a partir do momento em que os indivíduos são detentores de informação no mínimo correta e de forma imparcial. O jornalista tem o direito de exercer sua profissão, mas também o dever de prestar informações verídicas e que possibilitem às pessoas conhecimento para exercício de suas opiniões e pensamentos a respeito do tema a que tenham conhecimento.

O direito á informação quando se trata de fatos históricos não se pode ser mitigado em face de interesses de cunho pessoal, não se pode permitir ao indivíduo apagar seus atos que influenciaram direta ou indiretamente passagens marcantes da história, em qualquer campo

um discurso político protegido das interferências do poder". A liberdade de expressão é, então, enaltecidida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre). Um outro argumento, que já foi rotulado como céitico, formula -se dizendo que “ a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social” MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 12ª ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, pg 235. citando¹⁷ Resumo dos argumentos e citações em Pablo Salvador Coderch, El derecho de la libertad, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 40.

³⁸ “ se costuma falar em liberdades no plural, que, na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. Liberdades, no plural, são formas da liberdade,¹¹ que, aqui, em função do Direito Constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos: (1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles”. DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 237.

³⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007,pg.247

em que ela esteja a se desenvolver. A razão de o direito à informação e seus corolários, como liberdade de expressão entre outros, são tão caros à humanidade é que o conhecimento sobre o passado, principalmente sobre os episódios mais obscuros da humanidade não pode ser apagado para que não se cometa no futuro erros tão caros ao passado.

Esse é o campo mais fértil para se travar discussões envolvendo o direito ao esquecimento, pois este vai de encontro ao direito à informação e seus corolários, sendo assim fundamentado nos direitos da personalidade e principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode negar o conhecimento de informações de cunho histórico, visto que não se pode omitir aos indivíduos em geral informações que são de cunho fundante da personalidade, valores e da própria cultura de um povo.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA: DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após todo o estudo teórico e doutrinário, passa-se agora às análises de casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutiu o direito ao esquecimento frente aos demais direitos fundamentais inerentes à personalidade e vida privada do indivíduo:

4.1 Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)

No caso concreto objeto desta análise, a recorrente se insurge contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou o pedido de indenização de danos morais do recorrido, o qual pleiteado com base em violação da imagem, privacidade do recorrente causando transtornos ao mesmo pela recorrida, ora violadora, rede Globo de televisão que veiculou a imagem do autor em episódio do programa Linha Direta Justiça ao relatarem o famoso caso da “chacina da Candelária” ocorrida no Rio de Janeiro em 1993.

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA- JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

A exposição advinda do veiculação do programa acabou gerando danos ao recorrido quanto à sua imagem e a de sua família além de gerar insegurança aos mesmo em razão dessa reapresentação do emblemático caso na imprensa anos depois do ocorrido e que mesmo tendo sido absolvido a simples vinculação de sua imagem gerou momentos embaraçosos como relata no processo. Pleiteou o direito de ser deixado em paz, direito ao esquecimento, para que pudesse viver uma vida digna.

A recorrente alega que é seu dever prestar informações e que a imagem do autor foi utilizada no programa de televisão, pois ele era peça chave do acontecido e sem sua citação e de outros que também foram considerados inocentes a própria história perderia o sentido e que por ser um caso de conhecimento nacional e que foi difundido das mais diversas formas não assistiria ao recorrido o gozo do direito ao esquecimento e não houve violação aos direitos ligados ao valor da privacidade em razão de o caso já ser de amplo conhecimento da sociedade e já massivamente discutido pela mesma.

Em sede de apelação a sentença, proferida pelo juízo de primeiro grau, foi reformada, onde o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou ao pagamento de 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização a recorrente. A recorrente em sede de Recurso Especial tentou reformar a decisão, porém não obteve sucesso em razão de no caso concreto o Ministro Luís Felipe Salomão conheceu do recurso e negou provimento, mantendo o acordão do TJ do Rio de Janeiro, fundando-se no entendimento de que o recorrido possui o direito ao esquecimento uma vez que foi absolvido das acusações e que o uso de sua imagem lhe gerou danos, pois, segundo as palavras do próprio ministro, “os valores sociais ora cultuados conduzem a sociedade a uma percepção invertida dos fatos, o que gera também uma conclusão às avessas: antes de enxergar um inocente injustamente acusado, visualiza um culpado accidentalmente absolvido”.

Portanto, verificou-se que no caso concreto o direito ao esquecimento e seus pares como privacidade, vida privada, honra e imagem prevaleceram sobre o direito à informação, pois no caso em tela o recorrido era possuidor do direito de ser deixado em paz para seguir ao lado de sua família uma vida digna.

4.2 Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 833.248 RJ

No caso em estudo, inferiu-se que o recorrente que impetrou tal instituto processual fundando-se que ocorreu violação dos arts. 1º, inciso III ; 5º, caput e incisos III e X ; e 220, § 1º, da Constituição Federal. A Recorrida, Rede Globo, utilizou a imagem da falecida irmã dos recorrentes em um programa de televisão chamado de Linha Direta Justiça, onde o mesmo expunha ao público casos de crimes que ficaram sem solução, ou chocaram a sociedade. Em razão de episódio criminoso, Caso Aída Curi, no qual O assassinato de Aída Curi ficou marcado como o acontecimento que representou o fim da inocência do bairro de Copacabana, já havia se passado algumas décadas desde quando ocorreu o referido caso envolvendo a irmã dos recorrentes até então ser destaque em edição do programa da emissora recorrida.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

O direito ao esquecimento, juntamente com os direitos à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem foram levantados como fundamento da ação indenizatória que gerou a decisão no referido recurso. Nas contrarrazões ao recurso a recorrida fundamenta sua conduta no direito de liberdade de expressão, direito à informação e em valores ligados à liberdade.

O que se buscou no Agravo em Recurso Extraordinário (RE) foi demonstrar a existência de repercussão geral para que o RE fosse aceito no STF na tentativa de reformar acórdão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que decidiu favorável à recorrida em razão de considerar que os fatos apresentados no programa televisivo eram de conhecimento de todos e já haviam sido divulgados amplamente mediante meios de comunicação e até no meio acadêmico, tendo a demandada cumprido sua função primordial que é informar.

Foi reconhecido pelo STF, onde os demais ministros acompanharam o relator Dias Tófoli, com exceção do Ministro Marco Aurélio e Carmém Lucia, para reconhecer repercussão geral ao tema reconhecendo a importância da questão em sede constitucional para além da esfera pessoal dos interesses dos recorrentes. Entendeu o ministro relator que as matérias abordadas no recurso objeto de agravo gozavam de farta materialidade constitucional, ou seja, matéria objeto de jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Além da questão material, o recurso extraordinário agraviado também tratava sobre conflitos entre importantes princípios constitucionais, onde cabe ao STF sua harmonização, dando uma resolução aos conflitos que lhe são apresentados.

Resta assim, reconhecido no Tribunal Constitucional brasileiro o direito ao esquecimento como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma mostrou-se possível sua aplicabilidade e discussão em tão elevada Corte. No caso em questão o direito ao esquecimento teve sua aplicabilidade discutida na seara cível, destoando da regra geral de ser aplicado no direito penal.

Da análise do presente caso, conclui-se que o Direito ao esquecimento não pode ser invocado para tentar tirar da memória de uma sociedade um episódio que, ainda que

chocante, faz parte e fez parte da história de um local, sendo o mesmo à época do ocorrido massivamente difundido e apresentado mesmo em livros, onde se flexibilizou sua natureza pessoal para mesclar-lhe o interesse público à informação.

4.3 ADI nº 4.815 - Direito ao Esquecimento e biografias não autorizadas

As biografias são obras literárias em que se retrata uma ou fases da vida de um indivíduo, as pessoas cujas vidas são objeto de biografias na sua vertente não autorizada possuem uma “vida pública”, gozam de alguma fama. Em razão de inúmeros conflitos envolvendo casos de biografias não autorizadas a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) propôs a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815, onde afirmavam que os arts. 20 e 21 do Código Civil fixavam regras incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação, que são direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, assim requerendo a declaração de inconstitucionalidade parcial desses artigos.

EMENTA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INC. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILITY DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.”

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.815, “por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual

desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes(ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.⁴⁰

Observa-se que a invasão parcial dos direitos ligados à personalidade do biografado é da própria natureza do gênero literário da biografia, ou seja, o biografado é estudado conjuntamente com o seu ambiente e pessoas que convive ou que conviveu, sendo assim não se pode arguir como excesso o uso da imagem e dados sobre o mesmo que sejam necessários à caracterizar a obra, nesse sentido se manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso⁴¹.

Apesar de não expressamente citado na causa envolvendo as biografias não autorizadas, o direito ao esquecimento está ligado diretamente à controvérsia existente entre liberdade de informação, expressão e demais liberdades frente aos direitos da personalidade. Buscou-se nessa ADI a possibilidade de divulgação de fatos ocorridos na vida dos biografados que pertenciam somente à sua esfera pessoal e que não eram objeto de conhecimento geral. O biografado estaria acobertado pelo direito ao esquecimento em razão da possibilidade serem expostos episódios constrangedores e angustiantes do mesmo, onde a simples lembrança o assombra, quanto mais a divulgação massiva. Claro que, dentro da medida do possível quanto ao que não afetaria a dignidade humana do biografado.

4.4 Direito ao esquecimento e o marco civil da internet

Em razão da importância que hoje a internet goza nas relações interpessoais, faz-se necessária a realização de uma análise de como direto ao esquecimento amolda-se à esse novo mundo das relações interpessoais travado na rede mundial de computadores.

A internet se tornou o meio mais utilizado de comunicação, em questão de minutos uma notícia pode se tornar viral ao redor do mundo, não é possível se ter um controle preciso sobre quem tem acesso e como essas informações são repassadas na rede mundial de

⁴⁰ ADI 4.815 STF. Relatora Ministra Cármem Lúcia.

⁴¹“ a exposição da imagem, privacidade, intimidade e honra do biografado, ainda que em graus variados, é da própria essência do gênero literário. Em uma biografia, a personalidade do biografado, seus relacionamentos interpessoais, sua trajetória e os episódios que compuseram sua vida são tomados como objeto de estudo e transformam-se em uma narrativa, a ser contada ao grande público a partir da perspectiva (sempre subjetiva) do biógrafo. É natural e mesmo inevitável que o autor da obra, além de interferir por meio da seleção dos fatos a narrar, não se limite à mera descrição dos acontecimentos, formulando também juízos de valor sobre as pessoas e casos. A história tampouco se restringe a elogios ou a descrições dos momentos de glórios sujeitos retratados, incluindo correntemente críticas e fatos desabonadores ou controvertidos. Assim, é certo que a divulgação de tais pontos de vista pode causar sofrimento, ser desagradável ou prejudicial aos biografados (e a seus familiares) e, por consequência, ensejar pretensões indenizatórias e de interdição de veiculação das obras, ao argumento de que explorariam ou violariam seus direitos da personalidade, amparados pela ordem constitucional brasileira (CF, art.5º, X)”. Acordão ADI 4815 STF.

computadores. Em razão disso, foi promulgada a lei nº 12.965/2014 conhecida como marco civil da internet, neste diploma legal se fixa diretrizes mínimas a serem atendidas no uso das ferramentas disponibilizadas na internet.

Apesar de não fazer referência expressa ao direito ao esquecimento, é totalmente possível e plausível a aplicação desse direito em âmbito tão voraz de propagação de informações. Em razão, o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, passou a ser o diploma legal que rege os indivíduos que estabelecem relações de cunho virtual, regulando temas como a proteção aos dados pessoais e as comunicações privadas, a responsabilidade civil dos provedores de internet e da guarda e eventual requisição de dados constantes em bancos de dados dos provedores de internet.

No que tange ao direito ao esquecimento, tem-se que este enfrenta obstáculos à sua aplicação em razão da velocidade em que as informações são compartilhadas na internet. O marco civil da internet traz em seus arts. 3º e 4º a proteção ao acesso à informação e à liberdade expressão. Por outro lado, também traz no seu art. 7º onde prescreve que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e traz como valores a serem respeitados os da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, inclusive o sigilo das comunicações⁴². Observa-se, que desse artigo pode-se extrair fundamentação jurídica para a aplicação do direito ao esquecimento na internet, pois nenhum dado que possa prejudicar um indivíduo pode se perpetuar para sempre quando este dado em sua essência não necessariamente deverá fazer parte da memória geral, mas somente da individual do indivíduo ao qual pertença.

Portanto é possível que o direito ao esquecimento conjugado com os direitos ligados à privacidade seja fundamento para pleitear a tutela jurisdicional para se determine a retirada dos bancos de dados de sítios na rede mundial de computadores de notícias ou fatos que envolvam o requerente quando já houver passado determinado lapso temporal e também não sendo tal informação do interesse público.

⁴² “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;” art. 7º lei 12.965 de 2014.

4.5 Direito ao esquecimento: evolução e perspectivas de aumento de casos envolvendo o instituto no Brasil

Como, já foi exposto o Brasil é um país em que há uma fervura de acontecimentos de índole não tão digna, pois são em sua maioria escândalos corriqueiros envolvendo os mais altos escalões da sociedade brasileira. Muitos nomes de peso do cenário político e empresarial do país. Muitos em razão de condenações penais acabam por ter suspensos os seus direitos políticos e assim também se afastando temporariamente dos holofotes midiáticos e da política.

Projeta-se que, futuramente esses indivíduos com a imagem atualmente maculada em razão de escândalos a nível nacional poderão amontoar o Judiciário buscando que seus atos sejam “esquecidos” para então poderem retornar ao cenário político nacional como alguém sem passado no que tange a escândalos. Tal prática não seria de gerar surpresa frente ao que já se presenciou serem capazes os membros da classe política.

No entanto, como já defendido, o direito ao esquecimento possui limites para sua aplicação, ou seja, não abarcaria a prática de atos que atentem contra a administração pública e o patrimônio público, visto que tais atos atentam diretamente contra os preceitos fundantes do Estado Democrático de Direito e os princípios dispostos na Constituição sobre a Administração Pública.

Também, é esperado uma maior polarização de ações que busquem resguardar direitos ligados ao valor de privacidade em relação às informações divulgadas na rede mundial de computadores, sendo estas com fundamento no direito de ser deixado em paz em razão de fato ocorrido há certo lapso temporal e que deveria estar somente guardado dentro do que se entende como memória particular do indivíduo. E no que tange a seara criminal também, com toda certeza, o direito ao esquecimento se tornará muito popular como fundamento do processo de reintegração social do condenado à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do trabalho possibilitou uma análise do Direito ao Esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, como instituto jurídico, sua aplicabilidade, campos do direito abarcados com sua incidência, os conflitos que o mesmo enfrenta frente a outros direitos e uma perspectiva de aumento das demandas que versem sobre o referido instituto e os limites do mesmo.

O Brasil, atualmente é república fundada sob a égide de princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, dessa forma são assegurados a todos os cidadãos e até aos estrangeiros, bem como às pessoas jurídicas direitos de cunho pessoal, tendo os cidadão como detentores de importante complexo chamado de direitos e garantias fundamentais que permitem à eles exercerem suas liberdades e direitos de forma livre.

Em meio a uma sociedade de tantos direitos, implementa-se o Direito ao Esquecimento que pode ter aplicabilidade em ações de natureza cível, criminal, além de ser matéria constitucional, pois é direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que é premissa fundante do Estado brasileiro.

Diante do estudo realizado, possibilitou-se aferir que o Direito ao Esquecimento, mesmo sendo fundado em direito fundamental, não pode prevalecer sobre todos os demais direitos fundamentais, sendo que nenhum direito fundamental é absoluto, visto que não há hierarquia entre eles. O direito ao esquecimento tem fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e está ligado aos direitos de privacidade, honra, imagem e vida privada, ou seja, faz parte dos direitos de cunho pessoal e assim como seus demais consortes acaba por conflitar diretamente com os direitos de liberdade, principalmente o direito de informação e liberdade de expressão. No entanto ao colidir frente aos seus pares apuramos que a forma de solucionar esse conflito é a ponderação entre direitos fundamentais, onde no caso concreto um deverá prevalecer parcialmente sobre o outro.

Nesse contexto, verificou-se que o Direito ao Esquecimento possui um limite à sua aplicabilidade, qual seja, a esfera sobre a qual o ato se encontre. Atos da vida privada que não gerem qualquer tipo de interesse público, como por exemplo condenações criminais com mais de 5 anos de seu cumprimento, se mostram passíveis de serem esquecidos, porém aqueles fatos que de alguma forma ultrapassam a barreira do *inter partes*, indo além da esfera individual e atingindo o patamar de fato público, como por exemplo crimes contra o patrimônio público, onde sua informação, divulgação esteja como um dever de todos em razão da natureza desse fato atingir uma coletividade indeterminada influenciando tais

pessoas. Logo fatos históricos, de repercussão social não podem ser esquecidos, ou seja, não se pode aceitar a prevalência de interesses pessoais sobre o interesse público.

Logo, o Direito ao esquecimento é recepcionado e perfeitamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto é um instituto que, em razão das peculiares situações que abarca, ainda necessita ser bem discutido doutrinariamente e jurisprudencialmente para que seja fixado um limite para sua incidência, principalmente sobre quais fatos podem ou não ser esquecidos da memória popular e da história.

REFERÊNCIAS

BARREIROS-PARRA, Jorge; MIAHE, Jorge Luís. **Lei de Anistia:** comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496575>>. Acesso em: 10 de jun de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os Conceitos e a Construção do Novo Modelo.** 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

BONAVÍDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 març. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Direito ao Esquecimento Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática.** Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento.pdf>. Acesso em 04 de março de 2018.

_____. Lei n. 10.406. Promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 març.2018.

_____. Decreto-lei n. 2.848. **Código Penal.** Promulgado em 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.Acesso em 20 de jun 2018.

_____. Lei n. 6.683. Promulgada em 28 de agosto de 1979. **Concede anistia e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em 19 de jun de 2018.

_____. Lei 12.965. Promulgada em 26 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12965.htm> . Acesso em 20 de jun de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pag. 147.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 3. ed. Salvador. Juspodivm. 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional .12.** ed. Ver. E atual: São Paulo, Saraiva, 2017, pag. 210.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais:** liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf>>. Acesso em: 18 de abr.de 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-esta-disponivel-em-mais-de-500-idiomas/>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. Tese de Doutorado. **O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira:** Incompreensões sobre o Tema, limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDF>> . Acesso em: 06 de mai de 2018.

VILLA, Marco Antonio. **Ditadura à brasileira – 1964-1985:** A democracia golpeada à esquerda e à direita. – São Paulo: LeYa, 2014.