

O garantismo e a incompatibilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

The guarantee and the incompatibility of the right to be forgotten in the Brazilian legal system

Roberta Kelly Silva Souza^{1*}

RESUMO

A sociedade da informação desencadeou a colisão entre os direitos à liberdade de informação e expressão e o direito ao esquecimento. Nesse contexto, o cidadão, além de destinatário das informações passou a ser também seu refém, principalmente no que diz respeito, as publicações da imprensa, a qual foi declarada livre desde o advento da Constituição de 1988, que por vezes invade os direitos da personalidade do indivíduo. Assim, em razão de fatos ou acontecimentos resultantes da grande velocidade de disseminação de informações e dados, gerados a cada instante no mundo globalizado, acarreta não raras vezes um grande desconforto e perdas que não podem ser mensuradas. Dessa forma, pretende o presente artigo, discutir acerca da viabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do garantismo de Luigi Ferrajoli. Ao realizar a análise da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, discute-se que acerca da viabilidade da garantia do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal garante a todos o direito a liberdade de expressão e de informação, e, bem como assegura que, eventuais excessos a tais direitos, devem ser analisados caso a caso.

Palavras-chave: Garantismo; Liberdade de expressão; Liberdade de informação; Direito ao esquecimento.

ABSTRACT

The information society triggered a collision between the rights to freedom of information and expression and the right to be forgotten. In this context, the citizen, in addition to being the recipient of information, also became his hostage, especially with regard to press publications, which were declared free since the advent of the 1988 Constitution, which sometimes invades the rights of the personality of the individual. Thus, due to facts or events resulting from the great speed of dissemination of information and data, generated at every moment in the globalized world, it often causes great discomfort and losses that cannot be measured. Thus, this article intends to discuss the viability of the right to be forgotten in the Brazilian legal system, in the light of Luigi Ferrajoli's guaranty. When analyzing the decision issued by the Supreme Court, it is argued that about the feasibility of guaranteeing the right to be forgotten in the Brazilian legal system, given that the Federal Constitution guarantees everyone the right to freedom of expression and information, and, as well as ensuring that any excesses to such rights must be analyzed on a case-by-case basis.

Keywords: Guaranty; Freedom of expression; Freedom of information; Right to be forgotten.

¹ Universidade de Fortaleza.

*E-mail: rkellyss@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o garantismo resguarda os fins do Estado Democrático de Direito com uma adequação entre o modelo constitucional e a aplicação das normas infraconstitucionais, pois quando encarado como teoria do direito, baseia-se na dignidade da pessoa e na tutela dos direitos fundamentais delineados na Constituição.

A liberdade de expressão é um dos grandes destaques da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que busca romper definitivamente com o passado das Constituições Brasileiras, as quais sonegavam referido direito ao cidadão. Com o avanço das instituições democráticas no país, a liberdade e os direitos dela decorrentes devem ser defendidos e reafirmados firmemente. Assim, a liberdade de informação, conjuntamente com a liberdade de expressão, é amplamente protegida em nossa Constituição Federal.

O direito ao esquecimento é uma consequência dos direitos constitucionais à honra, à vida privada e à intimidade, bem como constitui um elemento importante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com as inovações tecnológicas.

Nesse sentido, destaca-se a crescente utilização da internet como instrumento para expressar livremente as opiniões, expor fatos e dados pessoais sem o menor controle de quais usuários podem ter acesso à essas informações e onde elas são armazenadas. Com isso, essa exposição põe em risco o direito à privacidade e mais adiante, o usuário poderá arrepender-se daquele conteúdo publicado e terá que pleitear judicialmente para que ocorra a retirada da internet daquela informação que anteriormente fora livremente compartilhada.

Com as diversas violações ocorridas diariamente nos meios virtuais em decorrência do crescimento no número de internautas e do uso desordenado das informações que ali se encontram, o debate acerca da possibilidade da existência do direito ao esquecimento cresceu exponencialmente, tendo em vista que tais violações ferem os direitos à privacidade e à intimidade, os quais são protegidos constitucionalmente por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, pois ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado.

A presente pesquisa possui como escopo discutir acerca do garantismo e do direito ao esquecimento a partir da decisão do STF no RE 1010606 /RJ, a qual entendeu que é

incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, tendo em vista que os meios de comunicação possuem o dever de informar, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

A liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais. Assim, a ponderação deve ser utilizada não apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro, pois toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude, está envolvida.

Da análise do tema proposto, este ensaio aborda a seguinte problemática: À luz do garantismo, o direito ao esquecimento é compatível com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988?

O presente estudo terá, portanto, como objetivo geral é abordar os principais aspectos do direito à liberdade de informação e expressão, bem como do direito ao esquecimento. Oportunamente, menciona-se que o objetivo específico deste trabalho é demonstrar a incompatibilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que afronta a liberdade de expressão.

Assim, visando alcançar os objetivos supracitados, por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como se observando o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda acerca da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli. Diante da vasta produção do autor italiano e da amplitude de seus ensinamentos, onde será abordado de forma geral acerca do garantismo, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

O segundo capítulo, trata a respeito do direito de liberdade de informação e expressão, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas e consiste na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões por meio da palavra falada e escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar e ou receber informação verdadeira, sem impedimento nem discriminações.

Por fim, o último capítulo, por sua vez, disserta sobre o direito ao esquecimento, o qual ganhou mais notoriedade com o advento da sociedade digital e visa impedir a divulgação, seja em plataforma tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, poderiam ter se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. Com isso, o presente capítulo visa fazer uma breve análise do RE 1010606 julgado pelo Supremo Tribunal

Federal, o qual fixou a tese de incompatibilidade de um direito ao esquecimento na atual Constituição.

Dessa forma, se, de um lado, todas as pessoas possuem acesso fácil e cada vez mais veloz, praticamente em tempo real, às notícias sobre tudo o que ocorre no nosso dia a dia, de outro lado, questiona-se se essa liberdade deveria ser submetida a limites, em certas circunstâncias, dando ensejo ao direito ao esquecimento.

O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

As produções acadêmicas de Luigi Ferrajoli, consolidaram o termo garantismo, principalmente a partir da publicação do livro *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, em 1989, cuja tradução em português foi lançada em 2002 e suscitou um vasto e durável debate acerca do garantismo, bem como influenciou profundamente a cultura juspenalista ibérica e sul-americana.

Assim, o sistema garantista é caracterizado por limites identificados como defesas do cidadão contra o arbítrio estatal, uma vez que visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito Democrático fundamentado no homem e na sociedade, sendo utilizado como instrumento de proteção de seus direitos e garantias fundamentais (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p.56).

Nesse diapasão, o garantismo demanda preceitos que, obrigatoriamente devem ser vinculados com os objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que possui a dignidade humana como princípio norteador, com vistas a impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais e desvie dos objetivos pelos quais justifica sua existência (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p.56).

A teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli foi reconhecidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, exercendo maior influência nos âmbitos penal e processual penal, em que pese sua produção e sua aplicação não sejam restritas a essas áreas.

Ferrajoli em um aspecto macro de seus ensinamentos, caracteriza seu constitucionalismo garantista como sendo de normatividade forte, de tipo regulativo, tendo em vista que a maioria dos “princípios constitucionais, em especial os direitos

fundamentais, comportam-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias” (FERRAJOLI, 2012, p. 18-19). Segundo o autor, trata-se de um reforço ao velho positivismo jurídico, eis que a produção normativa agora deve ficar submissa não apenas a normas formais, mas também substanciais, de direito positivo.

Dessa forma, ensina o jurista que os direitos fundamentais positivados nas Constituições representam um sistema normativo limitante e ordenador do poder e da atuação estatal, uma vez que não se trata de direitos “para o Estado” ou no interesse deste, mas sim, normativo “contra o Estado”, caso seja necessário, devendo esta última expressão ser entendida como direitos a serem opostos às autoridades públicas, pelos quais estas terão de assentar suas ações (SANTOS; SANTIAGO, 2020, p. 218).

O termo garantismo ainda é visto muitas vezes como algo pejorativo, extremamente relacionado à postura de agentes parciais, os quais visam a aplicação de um direito penal mais favorável aos réus. Com isso, tornou-se extremamente comum, a classificação de juízes em garantivistas ou punitivistas, o que contribuiu para o debate acerca da superficialidade do papel da magistratura (SANTIAGO; DIAS; SÁ, 2019, p. 446).

Para Ferrajoli, ser garantista é cumprir os ditames constitucionais e ter a missão de se efetivar uma democracia efetivamente substancial. O autor defende na verdade um papel ativo da magistratura na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição (SANTIAGO; DIAS; SÁ, 2019, p. 446).

O garantismo se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, tendo em vista que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários para a tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as democracias constitucionais, ou seja, trata-se de uma teoria aplicável em diversos ramos do direito, em razão de ser considerada uma teoria geral, a qual é inerente a um Estado Constitucional de Direito (SANTANA, 2019, p. 277).

Assim, a teoria geral do garantismo possibilita a formação de um paradigma constitucional que se torna um facilitador à discussão acerca dos direitos fundamentais, tendo em vista que, ao valorizar o conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, prioriza a Constituição como o pilar central do Estado Democrático de Direito e

se impõe como um fenômeno jurídico em evolução, o qual visa ser um complemento do positivismo jurídico, pois pauta-se em um constitucionalismo forte, que busca a vinculação e limitação dos poderes públicos e privados, com base nos direitos fundamentais (SANTANA, 2019, p. 278).

Sobre o garantismo de Luigi Ferrajoli, Dario Ippolito (2011, p. 36) explica:

[...] o garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos.

A interpretação das leis a partir de uma dimensão constitucional e não apenas legal, conforme o defendido por Ferrajoli, pode resultar em questionamentos acerca dos limites representativos dos magistrados e, conseqüentemente, acabar sendo entendido como prática de ativismo judicial.

A importação do garantismo para o Brasil se deu mais especificamente a partir do processo de redemocratização, quando da promulgação da denominada “Constituição Cidadã”, a qual passou a prevê os direitos e as garantias fundamentais.

Com isso, no ordenamento jurídico brasileiro é possível identificar vários dispositivos que possuem relação com a teoria do garantismo, sobretudo constitucionais, como por exemplo, a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), o qual, em suma, estabelece a necessidade de respeito à capacidade de autodeterminação dos indivíduos e de suas particularidades, cuja intervenção estatal só se justifica em casos de extrema necessidade e para assegurar o mesmo respeito ao direito dos demais indivíduos na sociedade (SANTIAGO; NOTTINGHAM, 2017, p. 131).

Ademais, a previsão da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, inciso II, da Constituição, trazem para o Estado o dever de garantir essas premissas, por meio de uma atuação positiva, na prestação de deveres que efetivem a proteção dos cidadãos, e por meio de uma atuação negativa, no sentido de se

abster da interferência na esfera de liberdades e individualidades, salvo quando necessário, sempre pautada na lei, e somente para tutelar direitos fundamentais.

Em consonância com os princípios axiológicos fundamentais de Ferrajoli, o art. 5º da Constituição Brasileira, explicita um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, alguns inclusive, de cunho penal e processual penal. Há, ainda, princípios não expressos, como o princípio da insignificância e da intervenção mínima, os quais também traduzem a ideia de adoção de um sistema garantista.

Assim, de acordo com os ditames do garantismo de Luigi Ferrajoli, o Poder Judiciário deve ter cautela em suas decisões para que se possa respeitar a democracia e o direito. O garantismo deve ser entendido, portanto, como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia, uma vez que, diz respeito a garantias tanto liberais como sociais que expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A liberdade de manifestar o pensamento e de ter acesso às informações são marcadas pelos momentos de alguma e nenhuma liberdade, tendo em vista que depende do regime de governo desenvolvido nos países, ao longo da história. Contudo, nos regimes democráticos, mostra-se incontestável que a liberdade de poder expressar ideias, pensamentos e convicções, consubstancia-se num dos pilares da democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro 1948, representa a base normativa que conduziu à formulação e à construção do conceito de liberdade de expressão e, conseqüentemente do conceito de liberdade de informação.

Ademais, o Brasil ratificou vários tratados internacionais que possuem como um dos pontos centrais, o direito de acesso público à informação, dentre eles, destaca-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica (MARTINS, 2012, p. 235).

Nesse sentido, tais tratados promulgam garantias de liberdade de expressão e pensamento aos cidadãos que impõem barreiras à atuação do Estado, com o objetivo de o impedir de cercear ou restringir indevidamente essas liberdades, bem como impõem ao Estado a obrigação positiva de assegurar aos cidadãos o acesso à informação. Dessa forma, o Estado deveria não somente fornecer informações quando solicitado, mas também ter a iniciativa de produzir e divulgar as informações de interesse público que estão em seu poder.

A liberdade de expressão e informação, além de prevista em diversos tratados internacionais de direitos humanos, está consagrada em diversos textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas.

Na Constituição Brasileira, está prevista nos arts. 5º, inciso IX, e 220, §1º e §2º, constitui em um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão e consiste na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões por intermédio da palavra falada e escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar e ou receber informação verdadeira, sem impedimento nem discriminações (SCHAFER; DECARLI, 2007, p. 122).

Com o intuito de assegurar a liberdade de imprensa, a Constituição prevê em seu texto a garantia à liberdade de expressão e informação, pois dispõe que nenhuma lei conterá dispositivo que possa causar embaraço à plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, bem como versa que tal liberdade independe de licença ou censura.

Desse modo, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão é, que, como regra geral, não admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade.

Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que o direito de expressão pode ser compreendido de várias formas pelo ser humano, as quais podem manifestar juízos de valor, por meio de opiniões, com ou sem conteúdo valorativo. Por outro lado, o direito de informação pode ser subdividido em direito de informar, de se informar e de ser informado. No primeiro, há o aspecto negativo, em que o Estado deve ter poderes reduzidos para ditar normas que influenciem o direito de informar, e o aspecto positivo, que diz respeito

ao direito de estar nos meios de comunicação para informar. O direito de informar por sua vez, está na possibilidade de coleta de dados, de promover investigações sem óbice do Estado. Por fim, o direito de ser informado é aquele no qual o indivíduo pode ser informado de tudo, sem censura (LEAL, 2015, p. 47-48).

A liberdade de expressar o pensamento, como todo direito fundamental, encontra restrições advindas da colisão de outros direitos fundamentais, tendo em vista que muitos conflitos gerados pelos indivíduos e suas opiniões, durante a atuação legal de expressar o pensamento livre, de forma plena, está no terreno da privacidade.

O Supremo Tribunal Federal - STF no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130, reconheceu que não existe liberdade de expressão plena sob os tenazes da censura prévia, bem como reconheceu que, apesar de não haver previsão na Constituição, a internet é um importante veículo de transmissão de ideias, opiniões, debates e notícias, as quais colaboram para a plenitude da Constituição (LEAL, 2015, p. 52).

A Lei nº 5.210/67, então conhecida como Lei de Imprensa, não foi recepcionada na mencionada ADPF. Na mencionada ocasião, o STF deixou consignado que a própria Constituição, ao tratar das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, realizou a ponderação com o bloco de direitos da personalidade, como os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Dessa forma, toda a liberdade de informação e expressão não pode ser visualizada e potencializada de maneira absoluta, uma vez que há limites que devem ser observados. Dentre eles, destaca-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade das pessoas.

Destaca-se ainda, que há situações que a própria Constituição Federal prevê, expressamente, algumas restrições ao exercício pleno da liberdade de expressão, como por exemplo, restrições à publicidade de bebidas alcóolicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, §4º), a imposição de que seja observada a faixa etária compatível com a mensagem abordada no periódico ou filme cinematográfico (art. 220, §3º), dentre outros dispositivos que impossibilitam que o indivíduo divulgue sua opinião de maneira a afrontar os direitos fundamentais de outrem.

O direito fundamental ao acesso à informação está previsto no inciso XIV do art. 5º, o qual garante a ampla divulgação de notícias de interesse público e assegura o sigilo da fonte quando este for indispensável para o exercício profissional.

Destaca-se ainda, a previsão do instituto do *habeas data*, na Constituição Federal, cujo objetivo é garantir o acesso as informações de cunho pessoal constantes em bancos de dados de entidades governamentais ou com caráter público, para quando o conhecimento de tais informações relativas à pessoa do impetrante é negado pelo Estado (FERRARI; SIQUEIRA, 2016, p. 138).

A Lei de Acesso à Informação - LAI, Lei nº 12.527/2011, estabelece os procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública com o objetivo de garantir o acesso à informação, bem como garante o referido acesso referente também as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos oriundos dos orçamentos públicos.

Assim sendo, a LAI possui como preceito geral a publicidade, sendo exceção o sigilo. No entanto, há situações em que se faz necessário a classificação da informação, assim como devem se voltar para a segurança nacional, as relações internacionais, a segurança da saúde populacional, a estabilidade econômica, as operações estratégicas das Forças Armadas, o desenvolvimento científico e tecnológico, a segurança institucional e das autoridades nacionais e estrangeiras constituídas e as atividades de inteligência.

Nesse diapasão, é importante mencionar que a internet começou a se instalar no Brasil, ainda que timidamente, na década de 90, mais especificamente no ano de 1993, e com isso, proporcionou mudanças significativas, a começar pelos costumes, pela resignificação de espaços e pela reanálise da privacidade, bem como oportunizou emitir e receber mensagens, o que de forma democrática, consolidou os direitos à livre expressão do pensamento e à liberdade de expressão plena, asseguradas pela Constituição Federal.

Assim, com o avanço da tecnologia e da linguagem, muitas questões ficaram sem estudo, e conseqüentemente sem repostas e, sobretudo, sem normatizações legais que regulassem a participação de todos nessa nova rede mundial.

Nesse sentido, pode ocorrer colisão entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado.

Assim, deve ser observado que a liberdade de expressão e de informação contribui para a formação da opinião pública, e por tal razão pode sofrer desvios ou distorções pelo uso abusivo das referidas liberdades.

Desta feita, ocorrendo colisão entre princípios concorrentes, esta deve ser solucionada pelo método usual em casos idênticos: o intérprete deve levar em conta o peso ou a importância dos princípios concorrentes, a fim de indicar qual deles deve prevalecer ou cede perante o outro, bem como ponderar os bens jurídicos envolvidos, que será processada com o mínimo sacrifício possível dos direitos em confronto.

Portanto, uma parte não poderá invocar em seu favor a liberdade de expressão e informação para violar os direitos de personalidade, principalmente quando atingir uma pessoa privada, tendo em vista que Constituição preserva o direito à honra, à intimidade e à imagem, os quais constituem limites à liberdade de expressão e informação.

Assim sendo, o Estado não deve apenas abster-se da prática de atos de censura, tendo em vista que deve, também, agir para garantir a manifestação livre e plural de fatos, ideias e opiniões. Portanto, deve, também, apoiar e incentivar, por exemplo, a difusão das manifestações culturais, bem como atuar para impedir que os meios de comunicação social sejam objeto de monopólio ou oligopólio (DIAS, 2012, p. 210).

Nessa linha, a liberdade de falar o que se pensa, da forma que melhor entender e desejar, é livre e plena, nos termos da Constituição Federal. Não há censura, todavia, é proibido o anonimato, não como forma de impedir ou de censurar o pensamento, mas como limite a eventuais reparações em caso de abuso de liberdade de expressão.

Ademais, há limitações de liberdade de informação que se referem as informações jornalísticas, dentre elas destaca-se as restrições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o qual veda a divulgação de informações que permitam identificar crianças ou adolescentes envolvidos em ato infracional e as restrições durante a vigência do estado de sítio, que é decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (FERRARI; SIQUEIRA, 2016, p. 147).

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A ANÁLISE PELO STF NO RE 1010606/RJ

Nos dias de hoje, vivemos em uma sociedade globalizada, em que as informações rapidamente chegam em diversos locais no mundo de forma praticamente instantânea, em todos os âmbitos: político, social, econômico, entre outros. No entanto, esse excesso de informações podem ser prejudiciais para os indivíduos, tendo em vista que histórias esquecidas no passado podem ser reavivadas e com isso, prejudicar o presente e futuro do indivíduo.

O direito ao esquecimento, conhecido pelos norte-americanos como “direito de ser deixado em paz”, surgiu a partir da necessidade de beneficiar aqueles que cumpriram devidamente suas penas ou que foram considerados inocentes, com o intuito de proporcionar a “vida comum” sem maiores malefícios formados pelos crimes já superados (FUJITA; BARRETO JUNIOR, 2020, p. 15).

Dentre os primeiros julgados acerca do direito ao esquecimento, destaca-se o caso Lebach na Alemanha, em 1969, onde 4 (quatro) soldados alemães foram assassinados. Um dos réus, condenado a 6 (seis) anos de reclusão, cumpriu integralmente sua pena e, alguns dias antes de deixar a prisão, teve ciência de que uma emissora iria apresentar um programa falando sobre tal crime e que seria exposto, com fotos, e insinuando, inclusive, que eram homossexuais entre si. O caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, o qual decidiu no caso em tela, que a proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de informação da imprensa, tendo em vista que não havia mais interesse público a respeito, e o único interesse era o constrangimento e prejuízo ao condenado, que buscava apenas sua ressocialização (CONSALTER, 2017, p. 195).

No Brasil, destaca-se o caso em que envolveu a apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, julgado em meados de 2012, o qual tratava de uma ação ordinária inominada em desfavor do site de pesquisas via internet denominado *Google Search*®, com o intuito que o site removesse a possibilidade de buscas pela expressão “xuxa pedófila” ou qualquer outra que associasse o nome da apresentadora a outra prática criminosa (CONSALTER, 2017, p. 209).

O juiz de primeira instância, do Estado do Rio de Janeiro, deferiu a tutela antecipada, para impedir a conexão de buscas com as expressões anteriormente citadas, com multa cominatória de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao dia. Foi interposto agravo da

decisão e obtido parcial provimento, entendendo que a restrição deveria ocorrer apenas em relação a imagens indicadas pela agravada e não a links (CONSALTER, 2017, p. 209).

O STJ em sede de Recurso Especial, entendeu pela impossibilidade técnica de cumprimento da decisão que condenou o Google®, bem como que não seria possível impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas por seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação (CONSALTER, 2017, p. 210).

O direito ao esquecimento surge, pois, como um direito à regulação da utilização de fatos pretéritos ou o modo como estes são lembrados, para que seja evitado que pessoas ou empresas se enriqueçam por meio da divulgação de assuntos privados, oportunizando, assim, ao particular a oportunidade de que possa devidamente superar fatos do passado ou do presente e possa seguir adiante com sua vida, sem que tais fatos possam prejudicá-lo na seara profissional, social ou pessoal.

Em que pese não esteja citado expressamente em nenhuma legislação brasileira, deve o direito ao esquecimento ser considerado um desdobramento dos direitos a liberdade, a privacidade e a intimidade. No entanto, possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento, tendo em vista que se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, pois eventuais notícias sobre tais pessoas, as quais foram publicadas ao tempo em que os dados e as informações estavam acessíveis, não são alcançadas pelo efeito de ocultamento.

Ao abordar o direito ao esquecimento, faz-se necessário apartar de sua abrangência as informações ilícitas, uma vez que o ordenamento brasileiro é farto em dispositivos voltados à proteção da pessoa, da personalidade e da privacidade humana diante de informações inverídicas e as informações adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei.

Na seara penal, tutela-se, por exemplo, a honra por meio de tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação (arts. 138 a 140 do CP); a divulgação de fatos inverídicos em âmbito eleitoral possui punição prevista no art. 323 do Código Eleitoral; as

comunicações eletrônicas privadas são protegidas por meio da tipificação das invasões a dispositivo informático (Lei nº 12.737/12); e a Lei nº 13.717/18 tipifica a divulgação da cena do crime de vítima de estupro.

Na seara cível, além da previsão de indenização nos crimes contra a honra no art. 953 do Código Civil, inúmeras normas asseguram medidas para impedir ou fazer cessar o comportamento ilícito dirigido ao nome ou à imagem, como por exemplo, o art. 12 do Código Civil.

No âmbito digital, há a Lei nº 12.965/14, que trata acerca do Marco Civil da Internet, em que o STF entendeu pela constitucionalidade do art. 19, no que se refere à exigência de ordem judicial para a retirada ou indisponibilização de conteúdo ilícito e a responsabilização do provedor de internet.

O direito ao esquecimento visa a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros lícitamente obtidos, pois com o decurso do tempo, as informações que anteriormente não guardariam relevância jurídica, deveriam ser ocultados ou que houvesse pelo menos a ocultação dos elementos pessoais envolvidos.

Em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, foi aprovado o Enunciado 531, nos seguintes termos: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Para tanto foi apresentada a justificativa de que os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando atualmente (MALDONADO, 2017, p. 159).

Recentemente, o STF julgou o RE 1010606 /RJ, o qual diz respeito ao caso envolvendo a Aída Curi, que foi assassinada em 1958, e a Rede Globo no programa televisivo Linha Direta: Justiça fez uso de informações da falecida sem autorização dos familiares, ao exibir alguns crimes que abalaram o Brasil, e dentre esses, apresentou alguns verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística.

A decisão judicial apreciou o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da honra e o direito à privacidade *versus* liberdade de expressão e de imprensa e o direito à informação, o STF no RE 1010606 /RJ, fixou a seguinte tese:

[...] É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e públicos em meios de comunicação social e analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Nesse sentido, entendeu o STF, em suma, que a previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão, tendo em vista que a existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com a utilização adequada dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem prejuízo ou anulação da liberdade de expressão, uma vez que, não pode ser fruto apenas de ponderação judicial.

Ato contínuo, a Procuradoria-Geral da República inicialmente se manifestou no sentido de que o direito ao esquecimento constitui em vedação ao acesso à informação, não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos, pois ao impedir a circulação e divulgação de informações, impossibilita que esses atores sociais tenham acessos a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir. Posteriormente, destacou que mencionado direito, constitui desdobramento do direito à privacidade, e deve ser ponderado, de acordo com o caso concreto, com a proteção do direito à informação e a liberdade de expressão.

Ademais, o Relator da decisão destaca que admitir um direito ao esquecimento corresponderia à uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento, bem como ao direito que todo cidadão possui de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Além disso, permitiria atribuir de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibilizar com a ideia de unidade da Constituição.

Ressalta ainda, o Relator, que é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que for verificado que outros direitos fundamentais serão afetados, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

Dessa forma, o abuso no exercício da liberdade de expressão, deverá ser analisado caso a caso, pois o indivíduo que pratique o excesso deverá ser responsabilizado para que seja protegidos os direitos da personalidade do outro, a fim de que se evite acessos ilegais, condutas abusivas e concentração do poder informacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o garantismo de Luigi Ferrajoli, o Poder Judiciário deve ter cautela em suas decisões para que a democracia e o direito sejam respeitados. O garantismo, portanto, deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia: garantias tanto liberais como sociais que expressam os Direitos Fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, ou seja, é uma forma de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito.

Com o avanço tecnológico, as condições de produção e de acesso à informação, não é possível conceber um mundo no qual ainda se denega às pessoas o acesso aos benefícios do desenvolvimento e ao acesso à informação, pois a informação é subsídio primário para a promoção do desenvolvimento.

Assim, nos dias atuais, grande parte dessa evolução acontece na internet e em razão da dependência cada vez maior que o ser humano tem adquirido de consumir informações para viver bem em sociedade, esse direito está prestes a ser acolhido como tal, embora o que devesse acontecer, de fato, fosse a consecução plena do direito à informação, acessada, produzida, compartilhada e consumida por qualquer via.

O direito ao esquecimento ao pretender o ocultamento de elementos pessoais constantes de informações verdadeiras em publicações lícitas, gera notícias fidedignas à incompletude, pois priva seus destinatários a conhecer, na integralidade, os elementos do contexto informado.

Entretanto, o direito de ser esquecido na rede mundial de computadores é difícil de ser efetivamente aplicado, tendo em vista que após o conteúdo ser disponibilizado na internet, perde-se o controle de quem, onde e o que foi feito com as informações ali publicadas, o que inviabiliza que o lesado tenha efetivamente o direito ao esquecimento.

Ademais, existe ainda, o conflito entre direitos fundamentais, uma vez que de um lado estão as liberdades de informação, de expressão, valores de índole constitucional, e, de outro lado, os direitos das personalidades, dentre eles o direito ao esquecimento, como desdobramento do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, todos com *status* constitucional.

Dessa forma, o direito ao esquecimento deve ser ponderado diante do caso concreto, tendo em vista que em muitas situações, os dados são de interesse geral da população e sem um justo motivo, objetiva-se a retirada. Por outro lado, há situações em que as informações refletem aspectos pessoais dos indivíduos, não havendo justificativa para que se eternize na rede.

O STF no RE 1010606 /RJ entendeu que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento e que a previsão ou aplicação desse direito afrontaria liberdade de expressão, pois a existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com a utilização adequada dos dados nela inseridos, deveria estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem prejuízo ou anulação da liberdade de expressão, não pode ser fruto apenas de ponderação judicial.

Entretanto, em que pese a liberdade de informação e a liberdade de expressão possuírem *status* de direitos fundamentais, seu exercício não é absoluto, tendo em vista que existem limites como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade referentes à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade das pessoas.

Nesse sentido, caso ocorra o excesso no exercício da liberdade de expressão, cada caso deverá ser analisado individualmente, uma vez que aquele que praticar referido excesso deverá ser responsabilizado para que seja protegidos os direitos da personalidade do outro, a fim de que se evite acessos ilegais, condutas abusivas e concentração do poder informacional.

REFERÊNCIAS

BRAYNER, A. R. A.; MEDEIROS, C. B. Incorporação do tempo em SGBD orientado a objetos. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE BANCO DE DADOS, 9, 1994, São Paulo. **Anais[...]** São Paulo: USP, 1994. p. 16-29.

SANTANA, J. A.; COLOMBO, A.; SCALCO, M.; ASSIS, G. Evolução do índice de área foliar de cafeeiro arábica sobdiferentes níveis e formas de parcelamentos de adubação. **Conjecturas**, v. 2, n. 2, p. 3-17, 2020.

TAIZ, L.; ZEIGER, E. **Fisiologia Vegetal**. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

Recebido em: 03/09/2022

Aprovado em: 05/10/2022

Publicado em: 10/11/2022