



Jacqueline Montenegro: Sobre o direito ao esquecimento

Por ocasião do emblemático julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal, oportuno oferecer uma outra reflexão acerca do direito ao esquecimento, tema sobre o qual tanto casos postos a julgamento como a abordagem acadêmica impeliram que sobre ele, já há alguns anos, me debruçasse. A pretensão aqui é a de demonstrar a inexistência de um direito ao esquecimento, diante de sua incompatibilidade com direitos fundamentais de alta relevância expressos no artigo 5º da Constituição Federal, bem como com outras disposições constitucionais, apontando uma alternativa mais adequada e conforme com o ordenamento jurídico brasileiro, que vem a ser o direito ao recomeço, cujas linhas características serão resumidamente delineadas no presente texto, destacando que a construção de seu conceito e detalhamento de seus atributos está sendo realizado no bojo da tese de doutoramento em fase de



Conflitos de interesses envolvendo o direito ao esquecimento

têm sido recorrentes nos tribunais de todo país, trazendo a lume a dificuldade de compatibilização do exercício dos diversos direitos fundamentais de alta relevância, como é o caso do direito à privacidade, à liberdade de expressão e de informação, e a necessidade de se encontrar um caminho que permita tutelar um sem desproteger o outro.

A ideia de um direito ao recomeço nasce da constatação da impossibilidade de reconhecimento de um direito ao esquecimento, pois a história tem demonstrado que tal direito tem servido mais ao interesse particular de alguns do que ao interesse público. Sua invocação tem sido comum nas lides onde se postula a proibição da divulgação do passado desabonador do indivíduo, muitas vezes autor de crimes de repercussão; ou para encobrir os malfeitos perpetrados durante a vigência de regimes totalitários, de modo a deixar submersa as violências praticadas e seus autores, em flagrante violação ao direito à verdade, ao direito à reparação das vítimas, ao direito a memória, ao arrepio do dever do Estado de investigar, processar e punir os autores das infrações.

Em tais hipóteses, já é possível perceber a tensão existente entre as liberdades de expressão e informação e os direitos existenciais do indivíduo, vinculados à sua personalidade, como é o caso do direito à privacidade, ao qual de regra se recorre para fundamentar a aplicação do direito ao esquecimento, ambos atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana.



A pretensão de se utilizar o direito ao esquecimento como instrumento para impedir a divulgação de fato cujo envolvido não deseja trazer ao público encontra, porém, muitos obstáculos. Destacam-se entre eles a vedação à censura prévia disposta no artigo 220, §2º, da Constituição Federal [1], o direito coletivo à memória e à informação. A intercessão entre o chamado direito ao esquecimento com outros direitos e garantias constitucionalmente protegidas é, portanto, flagrante, o que exige se faça uma pequena análise desses pontos de interrelação, a fim de compreender o porquê da impertinência de sustentar a sua existência.

Vive-se hoje na era da sociedade da informação, em que dados pessoais, perfis de consumo, perfil genético e o passado das pessoas têm sido alvos de inúmeras abordagens, muitas com vistas a atender a um mercado de consumo em crescimento. Nesse cenário, o direito à privacidade vem ocupando um espaço cada vez maior no campo dos conflitos entre direitos fundamentais e na consequente operação de ponderação que normalmente ocorre no âmbito de tais demandas, considerando que a ponderação é o método de hermenêutica que prepondera na jurisprudência para as hipóteses dos chamados casos difíceis.

A questão envolvendo privacidade, contudo, é cheia de nuances, porque muitas são as condutas que poderão consubstanciar violação da esfera íntima do indivíduo. A reclamação mais comum envolvendo o tema direito à privacidade e esquecimento situa-se no cenário das matérias jornalísticas. Na atualidade, a preocupação com a privacidade também se dirige para o campo da internet, das redes sociais e dos meios de comunicação de massa e suas repercussões na esfera da proteção de dados pessoais.

Onde ocorre, então, o encontro entre privacidade e esquecimento? Toda a doutrina do direito ao esquecimento passa pelo imenso guarda-chuva do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual seria ele extraído. A dignidade da pessoa humana impõe "*não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as suas necessidades vitais*" [2], como, por exemplo, permitir a homens e mulheres um espaço em que possam estar, sem preocupações com o julgamento público, onde estejam protegidos da curiosidade alheia, de modo a garantir a sua integridade física e mental. O ponto nuclear que embasa a aproximação entre tais direitos é a ideia de que a veiculação de fatos do passado, cujo apagamento se pretende, viola o direito à privacidade do indivíduo, causando-lhe dor e sofrimento de ordem moral e, às vezes, material.

É exatamente nesse ponto, porém, que é possível sustentar a inexistência de um direito ao esquecimento. O direito que tem a pessoa humana de manter a salvo do público a parte mais íntima de sua vida não implica em lhe garantir um direito a não ver divulgados fatos graves cometidos no passado. Nessa linha, não pode haver para o infrator um direito a ter seu passado esquecido, nem mesmo diante do cumprimento de uma eventual pena que lhe tenha sido imposta. Acima de sua pretensão ao esquecimento está o direito da comunidade de escolher com quem deseja se relacionar, a quem deseja eleger para comandar as instituições ou para lhe representar na elaboração das leis. O que se pode efetivamente garantir ao transgressor da lei é um direito de recomeçar, de se reabilitar socialmente, porque não há no ordenamento brasileiro pena perpétua. Contudo, o direito ao recomeço não pode ser afirmado à custa do sacrifício do direito à verdade, e do direito à informação, os quais pertencem a toda sociedade.

Ademais, não há Estado democrático de Direito onde não se enxergue a garantia de plena liberdade de



expressão, tanto que a doutrina e a jurisprudência são acordes no sentido de apontá-la como base da democracia, na ideia de que a comunicação livre nas mais diferentes esferas é a garantia de sua permanência, porque permite que se mantenha a sociedade atenta e informada sobre a atuação de seus governantes no trato da coisa pública, consentindo a todos a elaboração de críticas aos projetos e políticas adotadas pela Administração Pública.

Importa lembrar, a Constituição Federal dedica uma parte substancial à imprensa, já deixando evidente a opção do constituinte pela preservação do pensamento crítico, prestigiando a mais ampla liberdade para a sua atuação, repelindo qualquer possibilidade de censura prévia, entregando a ela mesma a tarefa de se autorregular, em nome da conservação do controle social da atuação do Estado, criando para os seus profissionais um ambiente de segurança, no sentido de garantir possam expressar livremente suas ideias, seu direito de crítica, assegurando-lhes o sigilo da fonte de informação.

Em recente decisão proferida nos autos da ADPF 130/DF [\[3\]](#), o Supremo Tribunal Federal reafirmou a plena liberdade de imprensa como categoria proibitiva de qualquer tipo de censura prévia e como reforço das liberdades de manifestação de pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, as quais se apresentam como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em que pese o reconhecimento da importância e da necessidade de se conferir ao direito de liberdade de expressão a natureza de direito fundamental, verdadeiro pilar do Estado democrático de Direito, são inúmeras as dificuldades para compatibilizar o seu exercício com outros direitos de igual substância constitucional, como é o caso do direito à privacidade, pois, se é certo que não há liberdade onde não se possa expressar ideias, também é verdade que há uma quadra na existência humana que deve ser preservada e que se localiza no plano dos direitos da personalidade. Não é incomum, portanto, o choque entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade a exigir a atuação do Poder Judiciário para dirimir os conflitos que daí decorrem.

O exercício dessas liberdades, por mais relevante que seja, não pode, contudo, se afastar da trilha do estrito respeito aos direitos existenciais, considerando que a proteção da personalidade humana é vista como uma das razões de ser do próprio Estado, que adota como pilar dos valores normativos a pessoa humana, conforme textualmente previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

No âmbito das liberdades comunicativas, assegura-se tanto a livre circulação das ideias, no sentido de permitir que sejam confrontadas, como também o direito de conhecer os fatos relacionados com o desempenho das funções públicas, e, ainda, de expressar as concepções e impressões acerca daquilo que está ao redor do indivíduo e do mundo pelos mais diferentes veículos de expressão de pensamento.

Não raro, o exercício de tais liberdades comunicativas resulta em descontentamento daqueles que se viram objeto de críticas ou que tiveram seu passado desabonador revelado. É nessa via que se abre com o exercício do direito de se expressar livremente e de informar e ser informado que aparece o ponto de intercessão entre elas e o direito ao esquecimento. É nesse ambiente que se traz à reflexão o desafio de se compatibilizar liberdade de expressão e informação com a tutela dos direitos existenciais, especialmente se ponderarmos que tais liberdades são direitos fundamentais que ultrapassam os limites da garantia individual para ocupar o lugar de verdadeiro direito da coletividade, haja vista o reconhecimento de seu papel fundamental para a formação da opinião pública de caráter pluralista,



elemento essencial numa sociedade democrática.

Voltando os olhos à Constituição Federal, verifica-se que as liberdades de expressão e informação estão ali contempladas, livres de qualquer tipo de censura prévia, destacando-se, porém, que a própria Carta Fundamental admite a sua restrição, como se pode notar do disposto no seu artigo 220, §1º, que estabelece a vedação ao anonimato, a possibilidade de direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

É exatamente nesse terreno que surge a oportunidade para se dizer que há um espaço na vida do indivíduo reservado ao seu desenvolvimento como ser humano que não pode sofrer qualquer tipo de invasão, a não ser diante da presença de um interesse público de especial relevância. Assim, é preciso ter em mente que não é qualquer fato da vida ou interesse *do* público que pode ser considerado hábil a se tornar objeto de uma informação jornalística. Interesse público não se confunde com interesse *do* público.

Cuidando-se especificamente do direito ao esquecimento, não há dúvida que cresceu a importância de se avaliar sobre a sua existência e/ou constitucionalidade, diante do avanço da tecnologia e da proliferação dos meios de comunicação de massa. Nunca foi tão fácil o acesso aos dados atuais e a vida pretérita da pessoa. Qualquer das ferramentas de buscas na internet é capaz de trazer para o presente fatos do passado recente ou remoto de nossas vidas. A facilidade com que a informação passou a ser disponibilizada e difundida, aliada à velocidade e ao alcance dessa propagação, repercutiu de forma impactante no plano dos direitos da personalidade, estabelecendo uma relação de constante enfrentamento entre esquecimento e memória, esquecimento e privacidade, esquecimento e liberdade de informar e direito de informação, com forte influência na quadra dos direitos fundamentais.

Invoca-se, de um lado, a existência de um interesse público na informação, a garantia da liberdade de imprensa, da liberdade de expressão e o direito de informar e ser informado. De outro lado, pelo retratado na notícia é arguido o direito de ser esquecido e de recomeçar a vida longe de estigmas e preconceitos que possam impedir que alcance uma existência digna e pautada pela legalidade.

Para além da dificuldade de se reconhecer um direito ao esquecimento, face a existência de um direito à memória coletiva, de um direito a ser informado e da liberdade de expressão e informação, não é razoável admitir seja possível esconder ou não permitir lembrar fatos que ganharam importância histórica e acadêmica como, por exemplo, o crime do qual se originou a Lei Maria da Penha. Como, então, aprovar um direito ao esquecimento?

A ideia de um direito ao esquecimento vem embasada na sua compreensão como um direito fundamental implícito na Constituição Federal. Todavia, reconhecer o direito ao esquecimento como um direito fundamental significa atribuir-lhe um caráter de universalidade (elemento que distingue, segundo Oscar Vilhena, citado por Daniel Sarmiento [\[4\]](#), os verdadeiros direitos de *privilégios*), o que importa em consentir que qualquer pessoa possa invocá-lo para impedir que fatos de sua vida pretérita sejam levados ao conhecimento público. Imagine-se não poder conhecer o passado de indivíduos que pretendem gerir a coisa pública; não poder mencionar em uma palestra ou em uma aula a prática de um crime de repercussão, que deu origem a uma nova lei! Em situações como tais seria incomensurável o prejuízo para a sociedade e para a História daquela comunidade.

Obviamente, o direito à informação não é absoluto, mas a solução do conflito envolvendo informação, honra e privacidade não está no reconhecimento de um direito ao esquecimento. Na oportunidade que tive de julgar um conflito de tal natureza (Processo



0236835-44.2013.8.19.0001, em 15/3/2016) entendi descabida a pretensão de obstar a publicação de uma reportagem sobre crimes, autores, suas circunstâncias, e sobre a repercussão do episódio na mídia e na sociedade da época, mas reconheci que não era razoável que esse evento passado fosse utilizado como salvo-conduto para invadir a privacidade dos envolvidos naquele episódio, após decorridos tantos anos de sua prática, como se viu no caso em análise.

Não há nada de ilícito em se recontar a história de um crime de repercussão, mas, se o seu autor já cumpriu a pena, como hipótese retratada, e partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla penas perpétuas e nem retira o direito à privacidade ou mesmo afasta a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana da esfera jurídica daqueles que um dia infringiram a lei, mas, ao contrário, reconhece a possibilidade de reabilitação, finalidade precípua da lei de execução penal, é preciso respeitar a nova vida por ele construída, preservar a privacidade de seus familiares, especialmente quando jamais estiveram vinculados ao fato criminoso.

Assim, claro que a matéria jornalística poderia narrar o crime com todos os detalhes, mencionar os seus autores, publicar suas fotografias, mas estas deveriam reproduzir a imagem que a autora ostentava naquela oportunidade, isto é, a reportagem deveria ter sido ilustrada com as fotos constantes do arquivo da época, apresentando os autores do delito com a aparência física que ostentavam na ocasião. O ilícito se configurou na divulgação de fotos atuais da pessoa, que, aliás, guarda pouca semelhança com a imagem que possuía no tempo em que o delito foi praticado, seja do ponto de vista estético seja do ponto de vista do comportamento social adotado após a sua saída da prisão. O relato e as fotos abordando a vida atual da autora, assim compreendi e ainda compreendo, representaram violação frontal à sua vida privada e de sua imagem atual, que, reconstruídas, não mantêm qualquer semelhança com a pessoa que foi no passado.

A violação constatada com a publicização da vida privada atual da pessoa e divulgação de uma imagem (fotografia) do presente atrelada a um evento do passado, afere-se desde a constatação de que foi desconsiderado pelo autor da matéria jornalística a humanidade que caracteriza todo homem, que o faz singular perante os demais seres vivos, que é representada por aqueles traços que somente os humanos apresentam, como é o caso da razão, da autonomia, da capacidade de pautar sua vida observando regras morais, de evoluir, de planejar e, mais importante para o objetivo deste trabalho, de ter a capacidade de se reinventar, de viver diferente, de traçar um novo caminho, de recomeçar. Tais capacidades, acentue-se, integram o conceito de dignidade da pessoa humana [\[5\]](#).

Pois bem, o reconhecimento da existência de um direito ao recomeço garante a tutela da dignidade humana do indivíduo, porque permite-lhe construir uma nova vida, traçar novos planos, pautar a sua existência, dali para diante, em novos valores, sem que isso signifique o apagamento de seu passado ou proibição de novas referências àqueles acontecimentos pretéritos que permanecem vivos na memória coletiva.



Certamente em algum momento já se ouviu dizer que uma determinada pessoa tem o direito de recomeçar. Mas a verdade é que não há no ordenamento jurídico escrito um *direito ao recomeço*, assim como não se vê qualquer registro na jurisprudência acerca de seu exercício. Entretanto, é factível e adequado sustentar a sua existência. Nesse ponto, vale acentuar que há na lei ordinária regra expressa acerca da reabilitação criminal (artigo do 93 do Código Penal e artigo 202 da Lei de Execuções Penais), cuja finalidade reside claramente na construção de um ambiente favorável à reinserção social do apenado, permitindo a omissão em registros policiais da condenação que um dia lhe foi imposta, afastando rótulos e estigmas capazes de interferir no exercício de seu direito a uma nova existência, a um recomeço, a cuja materialização normativa se chega através de uma hermenêutica do ordenamento jurídico. Em reforço a tais regras dispostas na legislação infraconstitucional, avança a Constituição Federal com o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar e essencial, apontando-o como justificção moral e como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais, fonte de direitos e deveres [6]. Por fim, acentua-se a cláusula de abertura escrita no §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que permite o reconhecimento de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados, além daqueles constantes do rol de direitos e garantias dispostos no referido dispositivo legal.

Referências bibliográficas

Barretto, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Farias, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

Machado, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão – dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social – Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

Martinez, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Sarmiento, Daniel. Liberdades comunicativas e “Direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer, 2015.

[1] "Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §1º... §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

[2] Barretto, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do



Advogado Editora, 2013, pág.74.

[3] STF – ADPF 130/DF – Distrito Federal – Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 30/09/2009
Tribunal Pleno

[4] Sarmiento, Daniel. Liberdades comunicativas e "Direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira. Parecer, 2015.

[5] Barretto, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

[6] Martinez, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Date Created

09/02/2021