

PARECER

Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na
ordem constitucional brasileira

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1. A Consulta - 2. Notas Preliminares – 3. Direito à Informação, História e Memória; 3.1. Direito à Informação; 3.2. História, Interesse Público e Esquecimento; 3.3. O Direito à Memória e Esquecimento – 4. As Liberdades de Expressão e Imprensa como Direitos Preferenciais e o “Direito ao Esquecimento” – 5. Liberdades Comunicativas v. Direito ao Esquecimento na Jurisdição: breves notas sobre a jurisprudência nacional e comparada – 6. Liberdades Comunicativas, Responsabilidade Civil e Direito ao Esquecimento – 7. Sobra algum espaço para o “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira? O controle de dados pessoais que não envolvam interesse público – 8. Resposta aos Quesitos.

1. A Consulta

A empresa Globo Comunicação e Participações S/A, por intermédio do ilustre advogado e professor Gustavo Binenbojm, honrou-me com consulta acerca da constitucionalidade da invocação do “direito ao esquecimento” para imposição de restrições ao direito de acesso à informação de interesse público e às liberdades de expressão e de imprensa, bem como para a responsabilização civil de veículos de imprensa.

A solicitação tem como pano de fundo as decisões proferidas pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”), ambos relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão.

No primeiro caso, o STJ condenou a Consulente a pagar indenização, a título de danos morais, a pessoa que fora denunciada e absolvida pelo tribunal do júri, por suposta participação na “Chacina da Candelária” – trágico caso de homicídio de menores ocorrido em 1993, na cidade do Rio de Janeiro. Na ação, pleiteara-se a condenação da Consulente por ter veiculado, no programa televisivo “Linha Direta – Justiça”, reportagem que tratou do referido crime, utilizando-se, contra a vontade do autor, do seu nome e imagem. A decisão do STJ reconheceu a importância histórica da “Chacina da Candelária”, e destacou que, de acordo com a avaliação dos fatos feita

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

pelas instâncias ordinárias, “*a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade*”. Nada obstante, embasando-se em suposta precedência dos direitos da personalidade sobre as liberdades comunicativas, o acórdão afirmou que a passagem do tempo teria tornado ilícita a veiculação da matéria sobre o crime, tendo em vista o “direito ao esquecimento” dos envolvidos, o qual conceituou como “*um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores*”.

Já no segundo caso, foi denegado o pedido de indenização por danos morais formulado pelos irmãos de Aída Curi contra a Consulente. O fundamento principal da ação foi a transmissão, também pelo programa televisivo “Linha Direta-Justiça”, de matéria a propósito do rumoroso homicídio de Aída Curi, ocorrido em 1958. Nesse julgamento, o STJ afirmou, mais uma vez, que o direito ao esquecimento pode tornar ilícita a divulgação pela imprensa de fatos pretéritos que sejam embaraçosos ou dolorosos, e que a sua violação pode ensejar a condenação por danos morais. No caso concreto, contudo, considerou que seria impossível narrar o crime, de inequívoca importância histórica, sem fazer alusão à sua vítima. Diante desta circunstância, o Tribunal atribuiu, no equacionamento do caso, peso superior à liberdade de imprensa em relação ao direito ao esquecimento, refutando, com isso, o pleito indenizatório.

Foram interpostos recursos contra ambas as decisões para o Supremo Tribunal Federal, distribuídos, respectivamente, aos Ministros Celso de Mello (caso “Chacina da Candelária, Agravo em Recurso Extraordinário nº 789.246) e Dias Toffoli (caso “Aída Curi”, Agravo em Recurso Extraordinário nº 833.248). Nesse último processo, já houve, inclusive, o reconhecimento pela Suprema Corte da repercussão geral do recurso extraordinário.

O objetivo central deste parecer não é debater as especificidades fáticas e jurídicas dos referidos casos, mas examinar a questão da tensão entre, de um lado, as liberdades de informação, imprensa e expressão, e, do outro, o assim chamado “direito ao esquecimento”. Para fazê-lo, o parecer se orientará pelos quesitos abaixo, formulados pela Consulente:

- (a) Existe um direito fundamental do público de acesso à informação sobre fatos ocorridos no passado, ou o transcurso do tempo acarreta o perecimento deste direito?

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

- (b) É compatível com a tutela constitucional das liberdades de expressão e de imprensa a invocação do “direito ao esquecimento” para impedir a divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado, em qualquer veículo ou plataforma, cuja recordação seja embarçosa, prejudicial ou dolorosa para alguém?
- (c) É cabível a responsabilização civil de veículos da imprensa em razão da divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado?
- (d) Seria compatível com a Constituição a condenação da Consulente à reparação de danos, fundada no “direito ao esquecimento”, pela exibição, no programa televisivo “Linha-Direta Justiça”, de matérias sobre os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”?

2. Notas Preliminares

O escritor Milan Kundera, em obra literária, narrou um acontecimento real que evidencia os perigos da imposição do esquecimento. Em 1948, Klement Gottwald, dirigente do partido comunista tcheco, da sacada de um palácio proferiu um discurso para milhares de pessoas. Ao seu lado estava Clementis, seu colega de partido. A cena foi registrada em fotografia, que o departamento de propaganda estatal divulgou. Quatro anos mais tarde, Clementis caiu em desgraça no partido e foi acusado de traição. O Estado providenciou então o completo desaparecimento de Clementis: ele não apenas foi morto, como também apagado da História e até das fotografias. “*Desde então, Gottwald está sozinho na sacada. No lugar em que estava Clementis, não há mais nada, a não ser a parede vazia do palácio*”¹.

¹ Milan Kundera. *O livro do riso e do esquecimento*. Trad. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 09.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

A imposição do esquecimento tem sido um instrumento de manipulação da memória coletiva, de que se valem os regimes totalitários em favor dos seus projetos de poder. George Orwell captou o artifício na sua obra-prima *1984*², em que narra não só a vigilância ubíqua e permanente do *Big Brother* sobre as pessoas, como também as medidas utilizadas para apagamento e falsificação da história e da memória. Um dos lemas seguidos pelos líderes do fictício Estado de Oceania era: “*Aquele que controla o passado, controla o futuro. Aquele que controla o presente, controla o passado*”.

Parecem evidentes os riscos de autoritarismo envolvidos na atribuição a agentes estatais – ainda que juízes - do poder de definirem o que pode e o que não pode ser recordado pela sociedade. O reconhecimento de um suposto direito de não ser lembrado, por fatos desabonadores ou desagradáveis do passado, se afigura francamente incompatível com um sistema constitucional democrático, como o brasileiro, que valoriza tanto as liberdades de informação, expressão e imprensa, preza a História e cultiva a memória coletiva. Trata-se da “*censura no retrovisor*”, na síntese ferina e precisa de Gustavo Binenbojm³.

Pior: diante da cultura censória que ainda viceja no Poder Judiciário brasileiro⁴ – à revelia da Constituição e da firme jurisprudência do STF -, e da forte assimetria que caracteriza as nossas relações sociais, o “direito ao esquecimento” tem tudo para se transformar no remédio jurídico para políticos, autoridades públicas e poderosos de todo tipo “limparem a sua ficha”, apagando registros de episódios pouco edificantes ou impondo mordaças aos críticos e meios de comunicação.

É perfeitamente compreensível que as pessoas desejem o esquecimento dos seus erros passados ou dos episódios embaraçosos em que se envolveram. Porém, nem todo desejo pode ser legitimamente convertido em direito fundamental. Praticamente

² George Orwell. *1984*. Trad. Heloísa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

³ Gustavo Binenbojm. “Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor”, 2014. Acessível em www.jota.info/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor.

⁴ Esta cultura tem sido observada e criticada em diversos votos e decisões do Min. Celso de Mello, como quando observou: “o poder geral de cautela tende, hoje, anormalmente, a traduzir o novo nome da censura” (Rcl 15.243, AgReg, Rel. Min. Celso de Mello). Veja-se também, a propósito, Eduardo Mendonça. “É permitido proibir, muito e sem critério”. Acessível em www.jota.info/constitucacao-e-sociedade-6.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

todas as pessoas querem ser correspondidas em seus amores, e seriam provavelmente mais felizes e realizadas se isso lhes fosse assegurado. Nem por isso, se pode afirmar a existência de um direito fundamental à “reciprocidade no amor”.

Nada obstante, é possível reconhecer um campo residual para o “direito ao esquecimento” – embora esta denominação não seja lá muito adequada - como uma manifestação específica do direito à proteção de dados pessoais, em casos que não envolvam interesse público. Começando pelo fim, são estas, em apertada síntese, as principais ideias que o parecer pretende desenvolver.

3. Direito à Informação, História e Memória

3.1. Direito à Informação

Nossa época é chamada por alguns pensadores de *Era da Informação*⁵, tal a importância que esta assumiu na vida contemporânea. No atual cenário, marcado pela globalização, por grandes avanços tecnológicos e pela economia pós-industrial, a informação se produz e propaga com velocidade cada vez maior, e ela se converteu no instrumento mais importante para o exercício e controle do poder, acesso aos recursos materiais e imateriais socialmente valorizados e desenvolvimento da maior parte das atividades humanas. Neste contexto, o direito à informação, positivado pela Constituição no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 220, § 1º, assume um relevo extraordinário.

Já se disse que “*a informação é o oxigênio da democracia*”⁶. O acesso à informação é essencial para que as pessoas possam participar de modo consciente da vida pública e fiscalizar os governantes e detentores de poder social. Não é exagero afirmar que o controle do poder tem no direito à informação o seu instrumento mais

⁵Cf. Manuel Castells. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, 2 v.. Trad. Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006

⁶ A frase foi cunhada pela ONG internacional *Article 19*, voltada à defesa das liberdades de expressão e informação.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

poderoso. A transparência proporcionada pelo acesso à informação é o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos, para a ineficiência governamental. Isto porque, como já afirmava há mais de cem anos o juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, “*a luz solar é o melhor dos desinfetantes*”⁷.

Não é por outra razão que os regimes autoritários têm ojeriza à divulgação de informações, buscando censurar a imprensa e criar uma redoma de sigilo sobre as suas atividades. Já nas democracias deve ocorrer o oposto. Como salientou Bobbio, “*a opacidade do poder é a negação da democracia*”,⁸ que pode ser concebida como “*o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública*”⁹.

O direito à informação é também essencial para o livre desenvolvimento da personalidade humana,¹⁰ pois contribui para que cada indivíduo possa formar as suas preferências e convicções sobre os temas mais variados e fazer escolhas conscientes em suas vidas particulares. Ademais, tal direito opera como pressuposto para o exercício eficaz de todos os demais, pois habilita o cidadão a reivindicá-los melhor, fortalecendo o controle social sobre as políticas públicas que visam a promovê-los.¹¹

O direito à informação desdobra-se em três diferentes dimensões:¹² o *direito de informar*, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o *direito de se informar*, também conhecido como *direito de acesso à informação*, que envolve a

⁷ Louis Brandeis. “What Publicity Can Do”. *Harpers’s Weekly*, 20/12/1913.

⁸ Norberto Bobbio. “O Poder Invisível”. In: *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. José Ferreira. Brasília: UnB, 1990, p. 211.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 209.

¹⁰ Cf. Wilson Steinmetz. “Art. 5º, XIV”. In: J. J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 301; Edilson Farias. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 90.

¹¹ Cf. Ana Paula de Barcellos. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas”. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 15, 2007.

¹² Cf. Jonatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 472-486; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 573.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o *direito de ser informado*, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público.

A doutrina distingue o direito de informar da liberdade de expressão *stricto sensu*.¹³ O primeiro diz respeito à comunicação de fatos, enquanto a segunda está relacionada à manifestação do pensamento, de ideias, juízos de valor, sentimentos e obras artísticas e literárias.¹⁴ Dessa distinção se extrai, por vezes, uma diferenciação quanto aos respectivos regimes jurídicos: o exercício do direito de informar pressupõe o cumprimento do requisito da veracidade,¹⁵ absolutamente impertinente no campo da liberdade de expressão *stricto sensu*.¹⁶ Tal distinção, todavia, deve ser vista *cum grano salis*. Em primeiro lugar, porque, no mais das vezes, informação e opinião se imbricam e amalgamam, como tende a ocorrer em reportagens jornalísticas, biografias, livros históricos etc. Ademais, do ponto de vista epistemológico, quem transmite uma informação necessariamente o faz a partir dos seus pontos de vista e perspectivas. Como assinalou Luís Roberto Barroso, “a comunicação de fatos nunca é uma atividade plenamente neutra”,¹⁷ pois sempre envolve um elemento valorativo da parte de quem a realiza.

¹³ Ele está englobado na liberdade de expressão *lato sensu*, concebida como um “direito-mãe” de todas as liberdades comunicativas.

¹⁴ Cf. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25; Guilherme Döring Cunha Pereira. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: RT, 2002, p. 54.

¹⁵ A exigência de veracidade da informação quanto aos fatos ensejou decisões importantes do Tribunal Constitucional alemão, como o caso da *Negação do Holocausto*, em que se considerou válida a proibição de realização de um congresso em que seria discutida a inexistência do trágico evento histórico, sob o argumento de que esta negação não configurava manifestação de uma opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem para a formação da opinião pública, não seriam protegidas pela Constituição (90 BVerfGE 241 (1994)).

¹⁶ Na jurisprudência constitucional norte-americana, é canônica a afirmação feita pela Suprema Corte no caso *Gertz v. Robert Welch Inc.*: “Sob a Primeira Emenda, não existe nada como uma falsa ideia. Não importa o quanto perniciosa possa ser uma opinião, nós dependemos para a sua correção não da consciência de juízes ou jurados, mas da competição com outras ideias”. 418 U.S. 323 (1974).

¹⁷ Luís Roberto Barroso. “Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 103. No mesmo sentido, Jónatas E. M. Machado consignou que “do ponto de vista teorético-cognitivo, é há muito dada como assente a impossibilidade de conhecimento dos factos

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

A exigência da veracidade da informação também deve ser vista com cautela, sob pena de se chancelar a imposição de uma “verdade” oficial inquestionável sobre acontecimentos controvertidos, bloqueando-se o desenvolvimento na esfera pública de debates sobre a ocorrência, contornos e circunstâncias de fatos relevantes, em prejuízo à livre formação da opinião pública. Daí porque, o dever de veracidade não pode significar a obrigação de só divulgar fatos incontroversos, nem tampouco importa na responsabilidade incondicional dos que transmitirem informações porventura incorretas. Tal dever, na verdade, se esgota na exigência de lealdade e diligência dos que comunicam informações, que não podem difundir fatos que saibam inverídicos, nem fazê-lo sem qualquer esforço para apurar a sua veracidade.¹⁸ Em outras palavras, a “verdade” em questão é *subjetiva* – quem comunicou os fatos acreditava que fossem verídicos, depois de apurá-los com a devida cautela - e não *objetiva*.¹⁹

Com grande frequência, o direito à informação vem associado às liberdades de expressão e de imprensa. É o que se deu, por exemplo, no caso em que o STF invalidou preceito legal que vedara a divulgação de pesquisas eleitorais a menos de 15 dias das eleições.²⁰ Há hipóteses, contudo, em que ele se apresenta de maneira autônoma, como ocorreu em julgado da nossa Corte Suprema em que se invalidou decisão administrativa do Superior Tribunal Militar, que negara a interessados o acesso a registros sobre antigos julgamentos daquela corte.²¹

totalmente impermeável a valorações subjetivas”. (*Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. *Op. cit.*, p. 425).

¹⁸ Nesta linha, registrou Luís Roberto Barroso: “Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos”. (“*Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*”. *Op. cit.*, pp. 110-111)

¹⁹ Cf. Edilsom Farias. *Liberdade de Expressão e Comunicacão*. *Op. cit.*, pp. 90-92. Nesta linha, decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha: “La comunicación que la Constitución protege (...) es la que transmite información veraz, pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que sea veraz, no está tanto privando de protección las informaciones que puedan resultar erróneas (...) sino estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador” (Sentencia 6, de 21/01/1988)

²⁰ ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23/02/2007.

²¹ RMS 23.036, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, 2^a Turma, DJ 25/08/2006. Nesta decisão, consignou-se que “a coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

O âmbito de proteção do direito à informação é amplo. Ele abarca todas as questões que apresentam algum interesse público, sendo que este deve ser concebido de maneira alargada, para abranger a mais ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social. Há evidente interesse público na atividade política, bem como na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes. Mas ele também está presente em temas atinentes aos costumes, criminalidade, práticas e relações sociais, mentalidades, vida econômica, esportes, entretenimento, artes, religião etc. Afinal, o debate destas questões também é vital para que as pessoas formem as suas convicções sobre assuntos que podem ser centrais em suas vidas, e para que a sociedade possa amadurecer, através da reflexão coletiva, que ganha em qualidade quando o amplo acesso à informação sobre os temas discutidos é assegurado.

Como já destacou o STF, deve-se partir da presunção de *existência* de interesse público nas informações transmitidas pelos meios de comunicação social.²² Tal presunção se justifica porque a categoria “interesse público” é extremamente maleável, e a sua plasticidade pode ser empregada, voluntariamente ou não, para bloquear o acesso da cidadania a informações importantes. Não se deve confiar a agentes estatais – nem mesmo àqueles que integram o Poder Judiciário – o papel de definir o que a sociedade tem ou não o direito de saber.²³ Do contrário, instaurar-se-ia um pernicioso

que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a essas informações” (grifo meu).

²² Na Reclamação 18638 MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, destacou-se: “*o interesse público na divulgação e informações (...) é presumido. A superação desta presunção, por algum outro interesse público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema*” (decisão de 17/09/2014).

²³No direito norte-americano existe, no campo da responsabilidade civil, uma ação pela divulgação de fatos privados (*public disclosure of private facts*), que enseja reparação de danos quando o que for divulgado “(a) for considerado altamente ofensivo para uma pessoa razoável; e (b) não for do legítimo interesse do público” (*Restatement (second) of Torts § 625D: publicity given to private facts*). Para aferir o legítimo interesse do público, criou-se o conceito de “noticeabilidade” (*newsworthiness*). Tem-se entendido que a definição do que é “noticiável” se liga “aos costumes e convenções da comunidade” (*Virgil v. Time*, 9th. Circuit, 1975), e que “a linha deve ser traçada aonde a publicidade deixa de ser o fornecimento de informações às quais o público tem direito e se torna uma mórbida e sensacionalista intromissão nas vidas privadas, sem qualquer outra finalidade, à qual um membro razoável do público, com standards decentes, diria que aquilo não é da sua conta” (*Sipple v. Chronicle Publishing Co.*, Call. App, 1984). A jurisprudência majoritária tem entendido, porém, que é função primária da imprensa e não do Judiciário estabelecer o que é “noticiável”: e.g. “*O que é noticiável é primariamente uma função dos editores, não das cortes*” (*Heath v. Playboy Enterprises Inc*, S.D. Fla, 1990). Veja-se, a propósito, Daniel Solove, Mark Rotenberg e Paul M. Schwartz. *Information Privacy Law*. 2^a ed. New York: Aspen Publishers, 2006, pp. 103-152.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

regime paternalista no campo informativo, em que “tutores estatais”, nem sempre bem intencionados, poderiam se arvorar no direito de excluir certos assuntos - às vezes incômodos para os “donos do poder” - da pauta das discussões sociais.²⁴

O debate sobre “direito ao esquecimento” suscita uma questão fundamental a propósito do âmbito de proteção do direito à informação. Será que as informações sobre fatos do passado estão também abrangidas? Ou o transcurso do tempo tem o condão de excluí-las da proteção constitucional, justificando o reconhecimento de um direito ao esquecimento de fatos desabonadores ou desagradáveis, como afirmou o STJ nos casos narrados acima? É o que se examinará nos próximos subitens.

3.2. História, Interesse Público e Esquecimento

Não se pode falar de um suposto direito ao esquecimento, sem contrapô-lo à História. Afinal, a História é a disciplina que se propõe a estudar e compreender fatos passados, ainda que eventualmente prejudiciais à reputação de alguns dos seus personagens. A História, pode-se dizer, é a antítese do esquecimento. Considerado o “pai da História”, o grego Heródoto, na primeira frase da sua obra clássica “Histórias”, já apontava que a finalidade da empreitada histórica era evitar o esquecimento: “*Essas são as pesquisas de Heródoto de Halicarnasso, que ele publica na esperança de assim preservar do esquecimento a lembrança do que os homens fizeram*”.²⁵

Mas por que a História é importante? Existe interesse público em estudá-la, conhecê-la e divulgá-la?

Há inúmeras razões para valorizar a História, mas talvez a principal delas é a de que somos seres históricos, enraizados, e vivemos em um mundo que também é inescapavelmente histórico. A História – dizia-nos Marc Bloch – não é propriamente

²⁴ Cf. Eugene Volokh. “Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You”. *Stanford Law Review*, 52, 2000.

²⁵ Heródoto. *The History of Herodotus*. The First Book. Trad. George Rawlinson. London: Encyclopedia Britannica, 1952, p. 1.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

“*a ciência do passado*”, mas a “*ciência dos homens no tempo*”.²⁶ Nossas práticas, instituições e valores não são como a Deusa Atena, parida adulta, vestida e armada da cabeça de Zeus. Em boa parte, elas têm a fisionomia que possuem por força da sua trajetória histórica. Portanto, a História não serve apenas à compreensão do passado, mas também do presente. Ela nos permite entender melhor o nosso mundo e nos municia com recursos valiosos para que enfrentemos os problemas atuais, com uma perspectiva mais ampla, e de maneira mais crítica e consciente.²⁷ E o conhecimento e reflexão históricos nos ajudam também a evitar que, como pessoas, coletividades ou nações, acabemos repetindo inconscientemente os erros do passado. Como salientou William H. McNeill, “*a ignorância da História – ou seja, a ausência ou deficiência da nossa memória coletiva – nos priva do melhor guia disponível para a ação pública*”.²⁸

A História, por outro lado, não se resume à narrativa dos “grandes” acontecimentos, das guerras e revoluções, dos episódios marcantes e grandiloquentes das vidas dos Estados e líderes políticos. Esta era a visão antiga da História, há muito ultrapassada. Fala-se hoje de uma Nova História,²⁹ que tem objeto muito mais amplo e diversificado. Esta guinada no campo da historiografia foi deflagrada pela *École des Annales*, fundada na França, em 1929, por Marc Bloch e Lucien Lefebvre, que detonou verdadeiro giro copernicano na disciplina, ampliando o seu objeto de pesquisa, alterando as suas perspectivas e métodos.³⁰ Atualmente, consideram-se temas históricos importantes assuntos como a vida privada,³¹ a sexualidade,³² a alimentação,

²⁶ Marc Bloch. *Apologia da História*. Trad. André Telles. São Paulo: Zahar, 2002, p. 52 e 55.

²⁷ Cf. John Tosh. *Why History Matters*. London: Palgrave Macmillan, 2008.

²⁸ William H. McNeill. “Why Study History?” Disponível em [www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/archives/why-study-history-\(1985\).](http://www.historians.org/about-aha-and-membership/aha-history-and-archives/archives/why-study-history-(1985).)

²⁹ Cf. Jacques le Goff. *La Nouvelle Histoire*. Paris: Editions Complexes, 1999.

³⁰ A *École des Annales* agrupava-se em torno da revista *Annales: économie, sociétés, civilisations*, e abrigou grandes historiadores de várias gerações, como Fernand Braudel e Jaques le Goff, exercendo enorme influência em todo o mundo. Veja-se, a propósito, Christian Delacroix, François Dosse e Patrick Garcia. *Correntes Históricas na França- séculos XIX e XX*. Trad. Roberto Ferreira Leal. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, pp. 137 ss.

³¹ Veja-se a impressionante coleção em cinco volumes dirigida por Philippe Étienne e George Duby. *História da Vida Privada*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Editora Schwartz, 2009.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

a higiene, as relações de gênero, o casamento, o vestuário, as “mentalidades”, dentre tantos outros.³³

A História voltou-se também para novos personagens: não só os líderes políticos e as grandes personalidades interessam, mas igualmente as pessoas comuns, incluindo os integrantes dos grupos mais desfavorecidos. Afinal, para compreender o passado, faz todo sentido estudar como viviam, pensavam e se comportavam as mulheres e homens ordinários, que compunham a absoluta maioria da população. Passa-se a falar de uma “*História vista de baixo*”.³⁴ Esta tendência de estudar a história das práticas sociais e das pessoas comuns tem também forte penetração no pensamento social brasileiro, legando ao país obras clássicas, como *Casa Grande e Senzala*,³⁵ de Gilberto Freyre, em que são discutidos, dentre outros temas, a vida privada, a sexualidade e a alimentação as famílias brasileiras até o século XIX.

E por que o direito ao esquecimento, tal como compreendido pelo STJ, representa uma grave ameaça para a pesquisa, estudo e divulgação da História?

É que a gramática dos direitos fundamentais envolve a pretensão de universalização.³⁶ Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser assegurados,

³² Confronte-se Michel Foucault. *História da Sexualidade*. 3 v.. Trad. Maria Theresa de Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 1985. É interessante observar que, para elaborar esta obra tão importante, Foucault debruçou-se, por exemplo, sobre a vida de Herculine Barbin -- um intersexual de nacionalidade francesa que viveu no século XIX, e que não era uma “figura histórica” conhecida -- cujas memórias, encontradas nos arquivos do Departamento Francês de Higiene Pública, ele estudou e reeditou.

³³ Peter Burke assim sintetizou o processo: “*a nova história começou a se interessar por virtualmente toda a atividade humana. Tudo tem uma história (...) ou seja, tudo tem um passado que pode em princípio ser reconstruído e relacionado ao restante do passado. Daí a expressão ‘história total’, tão cara aos historiadores dos Annales. (...) Nos últimos trinta anos nos deparamos com várias histórias notáveis de tópicos que anteriormente não havia se pensado possuírem uma história, como, por exemplo, a infância, a morte, a loucura, o clima, os odores, a sujeira, a limpeza, os gestos, o corpo, a feminilidade, a leitura, a fala e até mesmo o silêncio.*” (“A Nova História: seu passado e seu futuro”. In: Peter Burke (Org.) *Escrita da História: Novas Perspectivas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 11).

³⁴ A expressão foi cunhada pelo historiador inglês E. B. Thompson, “History from Below”. *The Times Literary Supplement*, 7/04/1966, pp. 279-280. Veja-se, a propósito, Frederick Krantz (Ed.). *History from Below: Studies in Popular Protest and Popular Ideology*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

³⁵ Gilberto Freyre. *Casa Grande e Senzala*. 2 v., 13^a ed., São Paulo: Livraria José Olympio Editora, 1966

³⁶ De acordo com Oscar Vilhena Vieira, é a possibilidade de universalização que distingue os verdadeiros direitos de privilégios (*Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. São

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

de forma igual, para todos os que se encontrarem na mesma situação. Esta é uma consequência inarredável do princípio da igualdade, que, além de traduzir um direito fundamental, é também um parâmetro para interpretação e aplicação de todos os demais direitos. Assim, afirmar que há um direito fundamental a não ser lembrado, contra a sua vontade, por fatos passados constrangedores ou desagradáveis, é atribuir este direito a todas as pessoas. Porém, em praticamente todos os acontecimentos existem aspectos cuja recordação pode causar embaraço ou sofrimento para alguém. Em todos os crimes há um culpado; em todas as batalhas e disputas existe um perdedor. As narrativas das vivências humanas revelam as imperfeições, erros e fragilidades das pessoas, e é natural que estas prefiram que as suas falhas caiam no olvido. Porém, erigir este desejo à condição de direito fundamental é o mesmo que impedir o conhecimento da História.

Com essa afirmação, não se está sustentando a tese de que o direito à informação sobre fatos passados prevalece sempre e incondicionalmente sobre outros direitos da personalidade, como a privacidade ou a honra. O que se está afirmando é que a passagem do tempo não retira a importância e o interesse público das informações, porque a História é essencial para a sociedade. E o argumento torna-se ainda mais irresistível em países que têm uma trajetória histórica de violação de direitos humanos, em que a superação de traumas e feridas clama não pelo esquecimento do passado, mas pelo fortalecimento da memória coletiva. Este é o ponto que será desenvolvido no próximo subitem.

3.3. O Direito à Memória e Esquecimento

A memória individual é parte fundamental da nossa identidade. Por isso, se diz que o estado final do paciente com Alzheimer ocorre quando ele se torna incapaz de recordar quem é. Trata-se da sua morte como sujeito, um falecimento não biológico,

Paulo: Malheiros, 2006, pp. 24-25). Tal ideia, que teve a sua expressão filosófica mais radical na noção kantiana de “imperativo categórico” – as ações morais são as que podem se converter em leis universais, válidas para todos, incondicionalmente (cf. Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições Quintela, 2009, pp. 41-73) - encontrou claro acolhimento na Constituição de 88, quando esta, no *caput* do art. 5º, proclamou a igualdade de todos perante a lei e os direitos.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

mas biográfico.³⁷ Com a memória coletiva, não é muito diferente³⁸. Ela é uma construção social, feita de informações, mitos e narrativas socialmente compartilhadas, que integram a cultura e proporcionam um sentido de identidade, de pertencimento, que é extremamente importante para a vida dos indivíduos, grupos e povos.

Essa é uma das razões pelas quais se busca preservar a memória coletiva, como um patrimônio imaterial da Nação. A Constituição de 88 impõe esta preservação, através da tutela do patrimônio cultural que, nos termos do seu art. 216, comprehende os “*bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*”. Tal preservação configura, portanto, direito fundamental cultural, assegurado pelo art. 215 da Constituição.

Ora, é difícil imaginar uma ameaça maior ao direito à memória coletiva do que o reconhecimento de um direito ao esquecimento, nos termos alargados como este foi concebido pelo STJ. Afinal, esquecimento, em qualquer léxico, é o antônimo de memória. Se alguém tem o direito de não ser lembrado por fatos passados desabonadores ou desagradáveis, a sociedade não tem o direito de manter a memória sobre estes fatos. A universalização do direito ao esquecimento é o potencial aniquilamento da memória coletiva.

O “direito ao esquecimento” mantém também uma tensão insanável com a faceta mais específica do direito à memória. Trata-se da dimensão do direito à memória – por vezes chamada de *direito à memória e à verdade*, ou apenas de *direito à verdade* – que envolve a obrigação do Estado de revelar e difundir à sociedade fatos históricos profundamente negativos, consistentes em graves violações de direitos humanos, geralmente ocorridos em períodos ditoriais, e que eram mantidos em sigilo. Esta é uma faceta importantíssima do direito à memória no país, tendo em vista o período de autoritarismo que vivenciamos no passado, marcado por odiosas afrontas aos direitos

³⁷ Carlos Castilla del Pino. “La forma moral de la memoria. A manera de prólogo”. In: Felipe Gómez Isa (Dir). *El Derecho a la Memoria*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, 2006, p. 19

³⁸ Sobre a memória coletiva, a obra clássica é do sociólogo francês Maurice Halbwachs. *On Collective Memory*. Chicago: University of Chicago Press, 1990

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

humanos, bem como pela cultura de segredo sobre o tema, que sobreviveu ao final do regime de exceção.

A ideia básica é de que a revelação destes fatos atende não apenas aos direitos das vítimas, de seus familiares e descendentes, como também os da sociedade, que precisa conhecer os equívocos do passado histórico do país, até para não repeti-los no futuro.³⁹ Trata-se, nas palavras de Reyes Mate, da *justicia anamnética*, que postula que “*la memoria no es un adorno sino un acto de justicia*”⁴⁰. Parte-se da premissa de que a reconstituição da memória das barbáries pretéritas diminui o risco de futuras recaídas autoritárias.⁴¹ Tal princípio foi sintetizado com perfeição na designação do projeto *Brasil Nunca Mais*, desenvolvido entre 1979 e 1985 por Dom Paulo Evaristo Arns, o rabino Henry Sobel, o pastor James Wright e equipe de pesquisadores, que denunciaram e documentaram atos de tortura, assassinatos e desaparecimentos forçados cometidos pelo regime militar.⁴²

³⁹ Nas palavras de Flávia Piovesan, “*O direito à verdade assegura o direito à construção da história e da memória coletiva. Traduz o anseio civilizatório do conhecimento de graves fatos históricos atentatórios aos direitos humanos. Tal resgate histórico serve a um duplo propósito: assegurar o direito à memória das vítimas e confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas*” (“*O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a lei da anistia: o caso brasileiro*”. In: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 208)

⁴⁰ Reyes Mate. “Em torno a una justicia anamnética”. In: *La Ética ante las víctimas*. Barcelona: Anthopos Editorial, 2003, p. 118.

⁴¹ No Plano Nacional de Direitos Humanos 3, divulgado pelo Decreto 7.037/2009, esta ideia foi assim destacada: “*A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona acontecimentos, caracterizam uma forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. (...) O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire a consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda presente no cotidiano brasileiro*”.

⁴² Houve a publicação dos trabalhos como livro: Paulo Evaristo Arns. *Brasil Nunca Mais*. Petrópolis: Editora Vozes, 1985. A expressão “nunca mais”, cuja versão castelhana também foi título do relatório da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) da Argentina, inspirou-se no *slogan* utilizado pelos sobreviventes do Gueto de Varsóvia, após as atrocidades cometidas pelos nazistas.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Esta face do direito à memória é um dos aspectos centrais da chamada *justiça de transição*.⁴³ Ela é amplamente reconhecida no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por diversos documentos internacionais, como o *Conjunto de Princípios para a Proteção e para a Promoção de Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade*, aprovado pela ONU em 1998. A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem afirmando enfaticamente este direito em inúmeras decisões, tendo destacado que as medidas tendentes à apuração e divulgação de violações de direitos humanos “não só beneficiam os familiares das vítimas, mas também a sociedade como um todo, de maneira que o conhecimento da verdade sobre os fatos alegados tenha a capacidade de preveni-los no futuro”.⁴⁴ No caso *Gomes Lund e outros vs Brasil*, em que aquela corte internacional condenou o país por conta da falta de investigação e punição das violações de direitos humanos na Guerrilha do Araguaia, a questão foi explicitamente contemplada.⁴⁵

Dita dimensão do direito à memória vem inspirando diversas políticas públicas no Brasil contemporâneo, com destaque para a criação da Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei 12.528/2011, que divulgou há pouco tempo um amplo e detalhado relatório sobre as mais graves violações a direitos humanos por agentes do regime militar.⁴⁶ A necessidade de recordar este passado pouco glorioso também já provocou manifestações do STF, como a lançada pela Ministra Cármem Lúcia no julgamento do ADPF nº 153: “É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história (...). Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados.”⁴⁷

⁴³ Cf. Ruti Teitel. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000; Jon Elster. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; Kai Ambos e Ezequiel Malarino (Eds.). *Justicia de Transición*. Bogotá: Editorial Temis, 2010; Bethania Assy et all. *Direitos Humanos, Justiça, Verdade e Memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁴⁴ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentença de 1/03/2005.

⁴⁵ *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Sentença de 24/11/2010.

⁴⁶ Acessível no sítio da Comissão Nacional da Verdade: <http://www.cnv.gov.br>

⁴⁷ ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/08/2010.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo Bertoni⁴⁸ - jurista argentino, que foi relator sobre liberdade de expressão na OEA - apontou que, em contextos com o nosso, que também se repetem em outros países latino-americanos, falar de direito ao esquecimento representa verdadeiro “*insulto à história*”, pois ainda lutamos para ter acesso a informações sobre os atos bárbaros cometidos no passado, que por muito tempo foram escondidos dos olhares do nosso povo, por injustificáveis “razões de Estado”.

Na verdade, características do cenário nacional tornam especialmente grave o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos formulados pelo STJ. Pode-se dizer que o problema brasileiro não é de excesso de memória, mas de amnésia coletiva. Fatos embaraçosos da nossa trajetória são, com frequência, “empurrados para debaixo do tapete”, recobertos por um véu de silêncio e olvido. A falta de memória não se dá apenas em relação às violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura militar, mas também envolve inúmeros outros episódios importantes da vida e da história nacional, constrangedores para alguns dos seus partícipes ou para certos grupos sociais, cujas lições, por isso, acabam não sendo processadas e absorvidas pela sociedade.⁴⁹ Esquecidos, desmemoriados, somos condenados a repetir indefinidamente os mesmos erros.

4. As Liberdades de Expressão e Imprensa como Direitos Preferenciais e o “Direito ao Esquecimento”

O exercício do “direito ao esquecimento” colide, com frequência, com a tutela das liberdades de expressão e de imprensa, consagradas no art. 5º, incisos IV e IX e art. 220 da Constituição. Esta colisão ocorreu, por exemplo, nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi, relatados acima. Em ambos os casos, os acórdãos do STJ afirmaram que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, no conflito entre liberdades comunicativas e direitos à vida privada, intimidade, honra e imagem, existiria, “*de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções*

⁴⁸ Eduardo Bertoni. “El Derecho al Olvido: un insulto a la historia latino-americana”. Disponível em www.ebertoni.blogspot.com.br/2014/09/el-derecho-al-olvio-un-insulto-la.html.

⁴⁹ Cf. Luiz Felipe Alencastro. “A Desmemória e o Recalque do Crime na Política Brasileira”. In: Adauto Novaes (Org.). *O Esquecimento da Política*. São Paulo: Agir, 2007, pp. 321-334.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

protetivas da pessoa humana”, embora esta suposta precedência não tenha sido observada no caso Aída Curi, em razão das suas peculiaridades fáticas. A afirmação desta “predileção”, porém, não se concilia com o sistema constitucional brasileiro, que, ao inverso, atribuiu uma **posição preferencial** às liberdades de expressão e de imprensa no confronto com direitos da personalidade, como vem reconhecendo o STF e a doutrina.⁵⁰ Examinemos, então, as causas e consequências deste reconhecimento.

Antes, alguns breves esclarecimentos conceituais. A liberdade de expressão em sentido amplo compreende a liberdade de imprensa. Trata-se do direito fundamental à manifestação de mensagens de toda e qualquer natureza,⁵¹ por qualquer forma não violenta. A liberdade de imprensa, por sua vez, é a liberdade dos meios de comunicação de divulgarem informações, opiniões e mensagens para o público, por qualquer veículo ou plataforma. Tais liberdades são constitucionalmente protegidas não apenas em favor do emissor das manifestações, mas também em proveito dos seus receptores e do público em geral, que, em razão do seu exercício, podem ter acesso a opiniões e informações diversificadas⁵². No caso da liberdade de imprensa, enfatiza-se, inclusive, que o *principal* destinatário desta garantia constitucional não são os titulares dos veículos de comunicação, mas a sociedade, que se torna mais bem informada, tem acesso a mais pontos de vista sobre temas de interesse social e pode controlar melhor os negócios públicos.⁵³

⁵⁰ Veja-se a propósito, na literatura nacional, Luís Roberto Barroso. “Liberdade de Expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. *Op. cit.*; . Daniel Sarmento. Art. 5º, IV”. In: J. J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013; Cláudio Chequer. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; Simone Schreiber. “Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 217-258; Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”. In: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 391-447.

⁵¹ A liberdade de expressão em sentido amplo engloba tanto a manifestação de opiniões como a comunicação de fatos. Esta última, como já destacado acima, é também chamada de liberdade de informação.

⁵² Cf. Eric Barendt. *Freedom of Speech*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 23-30.

⁵³ Cf. Owen Fiss. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

As liberdades de expressão e de imprensa abrangem, evidentemente, o direito do emissor de definir o *conteúdo* da sua manifestação, e não apenas o de eleger o seu *tema*. Daí porque, estas liberdades são violadas não apenas quando o Estado proíbe a discussão de algum assunto, mas também quando busca definir a forma como se dará este debate, e os aspectos ou personagens que deverão ser abordados ou olvidados pelo emissor. Embora óbvio, este registro é aqui necessário, tendo em vista o critério adotado pelo STJ para distinguir o caso “Chacina da Candelária” do caso “Aída Curi”, como se verá na resposta ao quesito “d”, abaixo.

Não há dúvida alguma de que tais liberdades também incidem no ciberespaço.⁵⁴ Manifestações lançadas na Internet merecem a mesma proteção do que aquelas divulgadas por meios mais tradicionais⁵⁵. A proteção reforçada à imprensa se aplica tanto à mídia tradicional, como àquela que se vale de plataformas digitais – sítios de notícias, *blogs* de jornalistas etc. A Constituição brasileira é claríssima neste ponto, quando, no art. 220, *caput*, proíbe as restrições às manifestações do pensamento, criação, expressão e informação “*em qualquer veículo ou processo*”, bem como quando explicita, no art. 222, § 3º, que também integram o sistema constitucional de comunicação social os “*meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço*”. Esta é a firme posição do STF, que se verifica em diversas reclamações que suspenderam decisões judiciais que criavam embaraços à liberdade de imprensa no âmbito da Internet, em razão de descumprimento à orientação vinculante sobre tal direito plasmada na ADPF 130.⁵⁶ É também essa a orientação que se infere da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que positivou, como princípio da regulação da rede, “*a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento*” (art. 3º, inciso I)⁵⁷. Não

⁵⁴Cf. Daniel Sarmento. Art. 5º, IV”. *Op. cit.* p. 256; Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 442.

⁵⁵ Não se nega, com isso, que a *internet* suscita algumas questões específicas concernentes às liberdades comunicativas. Elas, porém, não se relacionam com o grau de proteção constitucional às manifestações nela divulgadas. Para uma análise de algumas destas questões, veja-se Jack Balkin. “The Future of Free Expression in a Digital Age”. *Pepperdine Law Review*, vol. 36, 2008.

⁵⁶E.g. Rcl 16.434, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30/06/2004; Rcl 18290, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/08/2014; Rcl 18.836, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27/11/2014.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

bastasse, também apontam na mesma direção os posicionamentos da ONU⁵⁸ e da OEA⁵⁹ sobre a questão.

As liberdades comunicativas ostentam uma dupla dimensão – subjetiva e objetiva. Na sua dimensão subjetiva, elas são direitos negativos, que protegem os seus titulares de ações do Estado e de terceiros que visem a impedir ou a prejudicar o exercício da faculdade de externar e divulgar opiniões e informações.⁶⁰ Já a dimensão objetiva destas liberdades resulta do reconhecimento de que elas encarnam princípios fundamentais para as sociedades democráticas, que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado e guiar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.⁶¹ Associa-se a

⁵⁷Cf. Ulisses Schwartz Viana. “Liberdade de Expressão, Comunicação e Manifestação do Pensamento como Princípios Fundamentais do Marco Civil”. In: George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 127-147.

⁵⁸ O Conselho de Direitos Humanos da ONU editou, em 2012, um documento sobre a “Promoção, proteção e desfrute dos direitos humanos na Internet”, que afirmou, em seu primeiro item: *O Conselho de Direitos Humanos (...) afirma que os direitos das pessoas também devem ser protegidos na Internet, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável sem consideração de fronteiras, por qualquer procedimento que se eleja, em conformidade com o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*.

⁵⁹ Veja-se a publicação oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: *Libertad de expresión e Internet*, de 2013, acessível em www.oas.org/es/cidh/docs/informes/2014_04_08_internet_WEB.pdf: “El artículo 13 (dispositivo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que trata das liberdades de expressão, imprensa e informação) se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet”(p. 1).

⁶⁰Cf. Daniel Sarmento. “Art. 5º, IV”. In: J. J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 256.

⁶¹ A ideia de que os direitos fundamentais em geral – e as liberdades de expressão e imprensa em particular – possuem uma dimensão objetiva é uma construção da jurisprudência constitucional germânica, elaborada a partir do célebre caso *Lüth*, decidido pela Corte Constitucional do país em 1958, em que se discutiu a constitucionalidade de decisão judicial que proibira uma campanha de boicote contra um filme de um diretor que fora simpatizante do nazismo. O Tribunal Constitucional alemão reformou dita decisão, pois entendeu que ela não dera o devido peso à liberdade de expressão na aplicação das cláusulas gerais do Direito Privado incidentes sobre a hipótese. Na decisão, consignou-se: “(...) a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. A sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores objetivos e esta ordem fortalece o poder efetivo dos direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra sobre a dignidade da pessoa humana se desenvolvendo livremente na comunidade social, deve ser vista como uma decisão constitucional fundamental, afetando todas as esferas do Direito Público e Privado. Ele serve como metro para medição e controle nas áreas da legislação, administração e jurisdição. (...) O direito fundamental à liberdade de expressão é a mais imediata encarnação da personalidade humana vivendo em sociedade, é um dos direitos humanos mais nobres (...) Ele é absolutamente central para uma ordem liberal-democrática porque torna possível a constante troca intelectual e a disputa sobre opiniões que são o sangue desta ordem e a matriz, a condição indispensável, de praticamente todas as outras formas de liberdade” (7 BVerfGE 198).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

dimensão subjetiva das liberdades comunicativas à proteção do emissor, e a dimensão objetiva à tutela dos interesses dos receptores das mensagens e da sociedade em geral, atinentes à formação de uma opinião pública crítica e bem informada, essencial para o funcionamento da democracia.⁶²

No cenário constitucional brasileiro, uma série de razões justifica a proteção extremamente reforçada conferida às liberdades de expressão e imprensa. Em primeiro lugar, há razões históricas relevantes. Embora a Carta de 88 tenha resultado de uma bem sucedida transição pacífica e não de uma revolução, ela pretendeu romper com o passado nacional de autoritarismo, e instaurar uma nova ordem sociopolítica fundada sobre valores democráticos. Esta intenção se percebe claramente no histórico discurso proferido por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte, na sua sessão de encerramento: “*Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (...) Muda Brasil!*”.

Uma das características mais nefastas do regime autoritário, da qual o constituinte quis se desvencilhar, foi o desprezo às liberdades comunicativas. O Brasil era um país que censurava os meios de comunicação e as artes; que proibia a divulgação de críticas e de notícias desfavoráveis; que prendia, exilava, torturava e assassinava pessoas pelas ideias que ousavam defender. A censura não era apenas política: o antigo regime julgava-se também o guardião de valores tradicionais e conservadores, que buscava impor coercitivamente, cerceando as liberdades públicas também em nome da “moral e dos bons costumes”. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a censura então praticada oscilava “*entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o absurdo*”⁶³.

As liberdades de expressão e de imprensa receberam proteção especialmente reforçada também por força dos seus fundamentos. Em primeiro lugar, elas são de importância capital para a democracia, que não se esgota no governo das maiorias.⁶⁴

⁶²Cf. Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 302-310.

⁶³ Luís Roberto Barroso. “Liberdade de Expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 346.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público dinâmico, em que os temas de interesse social possam ser debatidos com amplitude e liberdade. Ela demanda a existência de uma esfera pública crítica, com amplo acesso à informação e a pontos de vista diversificados, para que cada pessoa possa formar as suas próprias convicções sobre temas controvertidos e participar de maneira consciente do autogoverno. Ademais, na democracia, as pessoas devem ter a possibilidade de influenciar, com suas manifestações, as opiniões dos seus concidadãos, para que eventualmente prevaleçam na arena deliberativa.⁶⁵

Por isso, a liberdade de expressão é tão fundamental em qualquer regime democrático. É a sua garantia que possibilita que a vontade coletiva seja formada através do livre confronto de ideias, aberto a todos. É a sua principal projeção institucional – a liberdade de imprensa – que potencializa as interações discursivas na sociedade, e que confere maior transparência sobre a atuação do Estado e dos poderes sociais, ensejando o seu controle pela cidadania. Esta ligação visceral entre democracia e liberdades de expressão e de imprensa é amplamente reconhecida pela jurisprudência do STF. Na ADPF 130, por exemplo, a liberdade de imprensa foi tachada de “*irmã siamesa da democracia*”⁶⁶.

Outro fundamento importante para as liberdades comunicativas é a dignidade humana. Afinal, comunicar-se com o outro é uma das mais importantes atividades do homem. A possibilidade de cada um exprimir as próprias ideias, concepções, sentimentos é dimensão essencial da nossa dignidade como pessoas. Quando se impede alguém de exercer com plenitude estas faculdades, restringe-se a sua capacidade de se

⁶⁴Cf. Alexander Meiklejohn. “Free Speech and its Relation to Self-Government”. In: *Political Freedoms*. Westport: Greenwood Press, 1960, 00. 03-89; Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.

⁶⁵ Como consignou o Ministro Marco Aurélio no voto que proferiu na ADPF 187, que tratou da legalização da “Marcha da Maconha”, “*a democracia compreende simplesmente a possibilidade de ir a público e emitir opiniões sobre os mais diversos assuntos concernentes à vida em sociedade. Embora a versão de democracia de hoje não seja idêntica à adotada pelos gregos, citada por Constant, o cerne do que hoje se entende por governo democrático encontra-se, ao menos parcialmente contido nesta ideia de possibilidade de participação pública. E o veículo básico para o exercício deste direito é a prerrogativa de emitir opiniões livremente.*”

⁶⁶ ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 06/11/2009.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

realizar como ser humano e de perseguir na vida os projetos que elegeu.⁶⁷ E a preocupação com a autonomia não se centra apenas na figura do “manifestante”, alcançando também a pessoa do “ouvinte”. Para que cada indivíduo desenvolva livremente a sua personalidade, é fundamental que lhe seja franqueado o mais amplo acesso a informações, opiniões sobre os mais variados temas, obras artísticas e literárias.⁶⁸ Deve-se partir da premissa de que a pessoa adulta tem o discernimento para formar as suas próprias convicções, negando-se ao Estado o poder de proibir a divulgação de ideias ou informações que considere erradas ou perniciosas. Nas palavras de Dworkin, “*o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas.*”⁶⁹

Este ponto foi destacado com precisão pela Ministra Cármem Lúcia no voto que proferiu na ADPF 130, para rechaçar a existência de tensão entre a dignidade da pessoa humana e as liberdades comunicativas: “*a liberdade de imprensa (...) se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos*”. Na mesma esteira, o voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 187 ressaltou que o “*exercício da liberdade de expressão se põe como relevante aspecto da autonomia do indivíduo, concebida, numa perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana*”.⁷⁰

Outro motivo importante aduzido em favor da garantia das liberdades de expressão e de imprensa é de que se trata da forma mais eficiente para a “busca da verdade” em matérias controvertidas. Em síntese, o argumento, que vem do filósofo

⁶⁷ Cf. Thomas Scanlon. “A Theory of Freedom of Expression”. In: Ronald Dworkin (Ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 153-172.

⁶⁸ Nesta linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves Branco salientaram: “*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 tomar decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana*”. (*Curso de Direito Constitucional*. 9^a ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254).

⁶⁹ Ronald Dworkin. “Why Speech Must be Free”. In: *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 200.

⁷⁰ ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Stuart Mill,⁷¹ postula que, diante do pluralismo de opiniões na sociedade, é o debate livre entre pontos de vista divergentes que permite a prevalência das melhores posições. Em passagem clássica, o juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes defendeu esta ideia, ao afirmar que “*o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado*”.⁷²

Finalmente, uma outra razão, frequentemente invocada no âmbito da jurisprudência interamericana de direitos humanos, se liga ao caráter instrumental da liberdade de expressão para a garantia de todos os demais direitos. Isso porque, é através do seu exercício que direitos podem ser reivindicados na esfera pública, por meio de críticas às autoridades, mobilizações, protestos etc. Ademais, a liberdade de imprensa amplia a *accountability* governamental no que concerne ao respeito e proteção de todos os direitos, ao dar publicidade à violação dos mesmos. Por isso, a Comissão Interamericana de Direito Humanos afirmou que “*a carência de liberdade de expressão é uma causa que contribui ao desrespeito de todos os outros direitos*”.⁷³

Estas múltiplas razões convergem para que se reconheça a *posição preferencial* das liberdades de expressão e imprensa em nosso sistema constitucional, o que vem sendo destacado em diversas manifestações do STF. Com efeito, em seu voto na ADPF 130, o Ministro Carlos Britto averbou que “*a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu*”. Na mesma trilha, o Ministro Luiz Fux consignou, em voto proferido na ADPF 187, que “*a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso prima facie maior*”, em razão da sua “*preeminência axiológica*” sobre outras normas e direitos.⁷⁴ O Ministro Luís Roberto Barroso, também assentou, em recente decisão, que “*as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como*

⁷¹ Johh Stuart Mill. *On Liberty*. Chicago: Encyclopeadia Britannica, 1978.

⁷² *Abrahams vs. United States*, 260 U.S. 6161 (1919).

⁷³ Caso n. 10.548, *Hugo Bastos Saavedra v. Perú*, decisão de 16/10/1997.

⁷⁴ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”.⁷⁵ E o Ministro Marco Aurélio, em julgamento ainda não concluído, ressaltou: “é forçoso reconhecer a prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos fundamentais, raciocínio que encontra diversos e cumulativos fundamentos. (...) A liberdade de expressão é uma garantia preferencial em razão da estreita relação com outros princípios e valores fundantes, como a democracia, a dignidade da pessoa humana, a igualdade”.⁷⁶

A ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial é originária da jurisprudência constitucional norte-americana. Ela surge na célebre nota de rodapé nº 4 apostada pelo Justice Stone na decisão do caso *United States v. Carolene Products*,⁷⁷ julgado em 1938, que tratava da regulação econômica pelo Estado. Naquele feito, decidiu-se que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas, no que tange a alguns *direitos preferenciais* e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas. Com o tempo, definiu-se que o *standard* que rege este escrutínio jurisdicional rigoroso (*strict scrutiny*) envolve verificar se a norma restritiva promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*), e se ela é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*), para favorecer dito interesse.⁷⁸ O escrutínio estrito – diz um conhecido ditado – é quase sempre fatal. Em outras palavras, poucas normas conseguem sobreviver ao controle jurisdicional efetuado com base neste *standard*.⁷⁹ A doutrina foi articulada mais claramente em relação à liberdade

⁷⁵ Rcl 18638/MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 17/09/2014.

⁷⁶ Rec. Ext. 685.493, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷⁷ 30 U.S. 144 (1938).

⁷⁸ Veja-se, a propósito, Laurence H. Tribe. *American Constitutional Law*. 2^a ed., Mineola: The Foundation Press, 1988, pp769-784.

⁷⁹ Em algumas hipóteses, outros *standards* menos rigorosos de controle jurisdicional são empregados em casos envolvendo a liberdade de expressão. É o que ocorre, por exemplo, em normas que regulam a expressão não em razão do seu conteúdo – são neutras do ponto de vista do conteúdo (*content neutral*) – mas dizem respeito ao tempo, lugar e maneira (*time, place and manner*) do discurso em espaços públicos. Também recebem proteção menos rigorosa, por exemplo, a propaganda comercial e a pornografia. Veja-se, a propósito, Daniel Farber. *The First Amendment*. 2^a ed., New York: The Foundation Press, 2003, pp. 21-38, 127-150 e 151-167.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

de expressão em *Thomas v. Collins*,⁸⁰ em que se consignou, no voto do Justice Routledge: “*a usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso sistema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis*”.

A proteção das liberdades de imprensa e expressão como direitos preferenciais vem encontrando eco na jurisprudência constitucional comparada. A tese foi explicitamente abraçada, por exemplo, pelas cortes constitucionais da Espanha⁸¹ e da Colômbia.⁸² Mas em que consiste a posição preferencial das liberdades comunicativas?

A posição preferencial envolve, basicamente, duas ideias, que se interpenetram.⁸³ Em primeiro lugar, deve haver um controle muito rigoroso das medidas que eventualmente restrinjam estes direitos (escrutínio estrito). Tais medidas, além de previstas em leis gerais, abstratas, claras e não retroativas,⁸⁴ devem perseguir

⁸⁰ 323 U.S. 516 (1945).

⁸¹ E.g., STC 104/ 1986, 159/1986, 6/1988, 151/2004.

⁸² E.g., Sentencias C-010/00, T 391/07 e C 442-11.

⁸³O Tribunal Constitucional colombiano, na Sentença T-391/07, discorreu de forma analítica sobre a posição preferencial da liberdade de expressão, desdobrando-a em quatro presunções, três ônus, e uma exigência de margem de tolerância dos Poderes Públicos, na avaliação dos riscos sociais advindos do exercício desta liberdade. As presunções são (i) de inclusão *prima facie* de todas as manifestações no âmbito deste direito; (ii) de primazia da liberdade de expressão em casos de colisão com outros princípios; (iii) de inconstitucionalidade das medidas restritivas desta liberdade; (iv) de vedação à censura. As três primeiras presunções, segundo a Corte, são relativas, mas a quarta, atinente a censura, é absoluta. Já os ônus são o (i) o definitório, que impõe a explicitação, na medida restritiva da liberdade, das finalidades perseguidas e respectiva base jurídica; (ii) o argumentativo, que atribui às autoridades públicas o dever de demonstrarem, na edição da medida restritiva, o cumprimento dos requisitos para limitação à liberdade de expressão, e os motivos que ensejaram a superação das presunções aludidas acima; e (iii) o probatório, que exige que sejam evidenciados, por quem editou a medida restritiva, os elementos fáticos, técnicos ou científicos que a embasam, e que justificariam a superação das presunções em favor da liberdade de expressão. Para uma análise mais detida destes elementos, veja-se Aline Rezende Peres Osório. *Por um Marco Teórico para a Liberdade de Expressão no Brasil: Contribuições do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado*. Trabalho apresentado no Mestrado em Direito Público na UERJ, 2014.

⁸⁴A exigência de que as restrições a direitos estejam consagradas em leis formais, de natureza geral, abstrata, não retroativa e de conteúdo claro nem é peculiaridade das liberdades preferenciais. A rigor, trata-se de exigência inerente ao regime geral de restrições a direitos fundamentais, mas que deve ser

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

objetivos extremamente importantes, amparados pela Constituição. Devem ser, por outro lado, compatíveis com o princípio da proporcionalidade na sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito):⁸⁵ elas têm de ser *adequadas* para os fins a que se destinam; *necessárias* para a prossecução destes fins, em razão da inexistência de alternativas menos gravosas; e *proporcionais em sentido estrito*, gerando vantagens para os bens jurídicos tutelados que superem, sob o ângulo constitucional, os ônus sobre as liberdades comunicativas decorrentes da sua imposição. Nesta última avaliação, deve-se atribuir peso necessariamente elevado aos interesses subjacentes às liberdades de expressão e de imprensa. A posição preferencial confere ao Judiciário o papel de exercitar um controle forte sobre estas medidas restritivas, pouco deferente às escolhas e valorações feitas pelos outros poderes estatais. Opera-se uma espécie de inversão na presunção de constitucionalidade das normas restritivas, que são vistas como “legislação suspeita”.⁸⁶ Reconhece-se neste campo, uma ampla legitimidade para decisões jurisdicionais *contramajoritárias*, visando a contrabalançar a tendência comum – mas lamentável - dos governos e maiorias políticas, de tentar silenciar os que expressam opiniões impopulares ou divulgam fatos que desagradam os que estão no poder.

Além disso, a posição preferencial envolve o reconhecimento de uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais, inclusive os que consagram outros direitos da personalidade. As liberdades de expressão e imprensa não são direitos absolutos, mas, pelo seu elevadíssimo peso na ordem dos valores constitucionais, tendem a prevalecer nos processos ponderativos.⁸⁷ Ademais, a não ser em casos excepcionalíssimos, a tutela dos

cobrada com rigor ainda maior no caso destas liberdades. Veja-se, a propósito, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 136; e Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 301-310.

⁸⁵Há ampla bibliografia sobre o princípio da proporcionalidade, e. g., Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003; David Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004; e Suzana de Barros Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

⁸⁶ Veja-se, a propósito, Sérgio Moro. *Legislação Suspeita?* 2^a ed., Curitiba: Juruá, 2004.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

direitos da personalidade deve ocorrer *a posteriori*, através do exercício do direito de resposta e da responsabilização dos que exerceram abusivamente as suas liberdades expressivas.⁸⁸ Esta última conclusão, de resto, também pode ser extraída do banimento constitucional da censura (CF, art. 220, § 2º), que se aplica a todos os poderes estatais – inclusive ao Judiciário.

Firmada esta premissa, cumpre perquirir se é legítima a imposição de restrições às liberdades comunicativas assentadas no “direito ao esquecimento”. A resposta é claramente negativa. O direito ao esquecimento, em primeiro lugar, não está consagrado em qualquer norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional. Na extensão que lhe atribuiu o STJ, ele tampouco pode ser extraído da Constituição pela via interpretativa – seja da garantia da privacidade, do princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁹ ou de qualquer outra cláusula - pois é claramente incompatível com nosso sistema constitucional, como já se demonstrou acima. Afinal, o esquecimento sobre fatos que envolvem interesse público não pode ser visto como um direito fundamental, em regime constitucional que se preocupa tanto com o acesso à informação, garante a memória coletiva e valoriza a História. A restrição não satisfaz, portanto, o requisito da *reserva legal* para restrição de direitos fundamentais.

⁸⁷ Cf. Letícia de Campos Velho Martel. “Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista Síntese*, nº 48, 2004, pp. 91-117.

⁸⁸ Neste sentido, registrou o Ministro Luís Roberto Barroso em recente decisão: “*Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações (...) A opção pela composição do dano posterior tem a vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.*” (Rcl 18638/MC, decisão de 17/09/2014)

⁸⁹ Por honestade intelectual, cumpre registrar que a existência do direito ao esquecimento foi reconhecida, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo STJ em 2013. Na ocasião, foi aprovado o Enunciado 531, segundo o qual “*a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. Apresentou-se a seguinte justificativa para o enunciado: “*Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados*”.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Ainda que assim não fosse, tratar-se-ia de restrição excessivamente *vaga* a uma liberdade preferencial, o que, como já assinalado, se afigura francamente inadmissível. É que, como destacou Ronaldo Lemos, “*como é praticamente impossível definir os limites deste direito* (ao esquecimento), *as decisões tornam-se subjetivas*”⁹⁰.

A exigência de clareza e determinabilidade das restrições a direitos fundamentais destina-se a conter a discricionariedade dos que as aplicam a casos concretos, e a conferir maior previsibilidade e segurança aos seus titulares. Nas palavras de Jorge Reis Novais, “*uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados alarga potencialmente a margem de actuação restritiva dos poderes constituídos (...) e gera efeitos inibitórios no lado do exercício destas liberdades*”⁹¹. Trata-se de uma exigência especialmente importante no campo das liberdades comunicativas. É que, diante da incerteza da restrição, os titulares das liberdades expressivas tendem a se silenciar, para evitarem possíveis responsabilizações e sanções, mesmo em hipóteses em suas manifestações seriam absolutamente legítimas.

Foi com esta preocupação que a jurisprudência norte-americana desenvolveu as doutrinas do *overbreadth* (excessiva abrangência) e *void for vagueness* (vedação à vagueza), que se prestam à invalidação de restrições ao *free speech*.⁹² Dentre as finalidades destas construções jurisprudenciais, estão “*minimizar a discricionariedade das autoridades públicas na aplicação de restrições à liberdade e (...) diminuir o ‘efeito resfriador’ das restrições sobre a intenção das pessoas de se manifestarem, protestarem e adotarem outras atividades desta natureza*”⁹³.

Orientação similar se encontra no sistema interamericano de direitos humanos, que também não se compatibiliza com restrições vagas às liberdades comunicativas. De acordo com a Relatoria sobre Liberdade de Expressão da OEA, “*normas vagas, amplas*

⁹⁰ Ronaldo Lemos. “Direito ao esquecimento é mais veneno que remédio”. *Folha de São Paulo* de 19/05/2014.

⁹¹ Jorge Reis Novais. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 771.

⁹² Veja-se, a propósito, Daniel Farber. *The First Amendment. Op. cit.*, pp. 49-53.

⁹³ Idem, *ibidem*, p. 51.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*ou abertas, pela sua simples existência, dissuadem a emissão de informações e opiniões pelo medo de sanções e podem levar a interpretações judiciais amplas, que restringem indevidamente a liberdade de expressão”.*⁹⁴ A Corte Interamericana tem usado este critério em vários julgamentos, como no caso *Kimel vs Argentina*⁹⁵, em que se considerou inválida a legislação argentina de crimes contra a honra - que permitira a condenação de jornalista por criticar duramente um juiz -, pela sua excessiva vagueza e indeterminação.

Por outro lado, não há um interesse suficientemente relevante – um *compelling interest*, na linguagem constitucional norte-americana - que justifique a restrição às liberdades comunicativas para promover o esquecimento. Como já ressaltado, é natural e compreensível que as pessoas desejem o olvido coletivo dos fatos embaraçosos do seu passado. Daí, porém, não se segue que tenham um *direito* a isso, quando tais fatos envolverem algum interesse público. Menos ainda que tenham um direito com *peso* suficiente para justificar tão forte restrição às liberdades comunicativas.

Ademais, o reconhecimento do “direito ao esquecimento”, nos termos amplos em que foi afirmado pelo STJ, gera danos muito maiores ao sistema constitucional do que as vantagens que enseja. A imposição desta restrição às liberdades de expressão e imprensa não sobrevive, portanto, a uma *ponderação abstrata*,⁹⁶ calcada no princípio da proporcionalidade, que atribua *peso elevado* a tais direitos, em razão da sua posição preferencial na nossa ordem jurídica.

Afinal, reconhecer um direito de impedir a recordação de fatos passados desagradáveis ou desabonadores implica obstar o conhecimento e debate sobre questões que podem ser extremamente importantes para a sociedade, e que não se despem do seu interesse público apenas pela passagem do tempo, como já se demonstrou acima. A veiculação de reportagem sobre um crime ocorrido no passado, por exemplo, além de proporcionar conhecimento histórico para a audiência, pode trazer à tona discussões

⁹⁴ Cf. *Marco Jurídico Interamericano de la Libertad de Expresión*. *Op. cit.*, p. 25.

⁹⁵ Caso *Kimel vs Argentina*, Sentencia de 2 de Mayo de 2008.

⁹⁶ A ponderação entre interesses constitucionais pode ser realizada no caso concreto, mas também pode ser feita de modo abstrato, para avaliar a constitucionalidade de normas jurídicas ou de construções doutrinárias ou jurisprudenciais, como é o caso do reconhecimento do “direito ao esquecimento”.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

relevantes sobre mazelas persistentes da nossa sociedade e sistema de justiça. Pode contribuir para a formação e desenvolvimento da personalidade dos expectadores, auxiliando-os a formarem as suas convicções sobre temas importantes. Pode estimular a reflexão sobre alternativas para a superação dos nossos problemas sociais, sugerindo novos ângulos de observação.

A afirmação do direito ao esquecimento, com a amplitude que lhe deram as decisões do STJ, tem, portanto, grave impacto sobre as liberdades comunicativas. Ela pode comprometer o acesso à informação de interesse público, prejudicar gravemente a nossa capacidade de pesquisar e discutir a História, de cultivar nossa memória coletiva, de esclarecer e dar publicidade a fatos terríveis da trajetória do país. Especialmente porque, pela generalidade com que está sendo concebido, o “direito ao esquecimento” certamente dará margem a decisões exorbitantes, inibindo os indivíduos e veículos de comunicação a pesquisarem, divulgarem e discutirem fatos passados, pelo temor de responsabilização, especialmente quando tais acontecimentos projetarem sombras sobre a reputação de pessoas poderosas. Assim, os discutíveis ganhos à proteção da personalidade certamente não compensam tamanho impacto sobre as liberdades de expressão, imprensa e informação, valoradas com o peso que lhes confere a sua posição preferencial no sistema constitucional.

5. Liberdades Comunicativas v. Direito ao Esquecimento na Jurisdição breves notas sobre a jurisprudência nacional e comparada

O tema do direito ao esquecimento ainda não foi enfrentado no âmbito do STF. No STJ, além dos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi, cabe mencionar o acórdão⁹⁷ em que se discutiu a pretensão da apresentadora de televisão Xuxa Meneghel de impedir o Google de exibir resultados de pesquisa que a associassem à pedofilia.⁹⁸ Parte da decisão foi dedicada à exposição da tese – oposta à adotada recentemente pelo

⁹⁷ Recurso Especial nº 1.316.921, 3^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/6/2012.

⁹⁸ A apresentadora, antes de se dedicar profissionalmente ao público infantil, gravou filme em que protagonizou cena sensual com um menor.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Tribunal de Justiça da União Europeia - de que provedores de pesquisa não são obrigados a deixar de exibir *links* com conteúdo ilegal. Consta na decisão, ademais, reflexão importante atinente ao confronto entre a direito à informação e a pretensão ao esquecimento: “*não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação a cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação, assegurada no art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação de massa*”.

Outra importante decisão sobre o conflito entre esquecimento e liberdade de imprensa foi proferida pelo TJ/RJ, em caso envolvendo a exibição, também pelo programa “Linha Direta-Justiça” da Consulente, de matéria sobre o rumoroso homicídio de Ângela Diniz, cometido pelo seu então companheiro “Doca Street”. O autor do crime, que já havia cumprido a pena a que fora condenado, tentou obter reparação de danos morais pela divulgação do programa televisivo, mas não logrou êxito. A 5ª Câmara Cível do TJ/RJ negou o pedido,⁹⁹ tendo o acórdão destacado que o direito coletivo a receber informação jornalística não pressupõe a “*contemporaneidade dos fatos*”, uma vez que, em relação a acontecimento dotado de interesse social, a sociedade mantém “*o direito de discutir e avaliar suas causas e consequências independente do tempo decorrido, já que inserido nos anais históricos daquela coletividade*”. A decisão foi mantida em sede de embargos infringentes e os recursos especial e extraordinário interpostos não foram conhecidos.

No âmbito do Direito Comparado, há diversos julgamentos relevantes sobre a matéria. Os eruditos votos do Ministro Luis Felipe Salomão proferidos nos casos Chacina da Candelária e Aída Curi aludiram à decisão do caso *Melvin vs, Reid*,¹⁰⁰ julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, em que se reconheceu o direito de uma antiga prostituta, que fora processada e absolvida por um homicídio, de obter indenização em razão da exibição de filme, que revelava aspectos da sua antiga vida

⁹⁹ TJ/RJ, Apelação Cível nº 2005.001.54774, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 07/03/2006.

¹⁰⁰ 297 P. 91 (Cal. 1931).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

que ela desejava manter em segredo. É certo, porém, que tal precedente foi **superado** pela evolução da jurisprudência norte-americana em matéria de liberdade de expressão.¹⁰¹ Neste sentido, o Judiciário norte-americano em *Wilan v. Columbia County*,¹⁰² julgado em 2002, chegou a afirmar: “*o caso Melvin, paternalista na sua dúvida sobre a capacidade do povo de atribuir o peso próprio e não excessivo a história criminal de uma pessoa, está morto*”.

Em *Sidis vs. F-R Publishing Corp.*,¹⁰³ julgado em 1940, por exemplo, a Justiça norte-americana examinou o caso de publicação de matéria sobre um jovem superdotado, que conseguira se graduar em Harvard aos 16 anos de idade, mas que, na idade adulta, acabara não prosperando profissionalmente, levando uma vida recolhida. Ele postulou reparação de perdas e danos por violação da sua privacidade. A decisão judicial entendeu que havia interesse público na questão, que não era afastado em razão da vida do autor ter sido reclusa nas últimas décadas. Os fatos do seu passado remoto bastavam para tornar o assunto “noticiável” (*newsworthy*), o que afastava o direito à indenização. Na jurisprudência constitucional norte-americana, as liberdades de expressão e imprensa quase sempre prevalecem sobre a tutela de direitos da personalidade, como se vê no julgamento, pela Suprema Corte, dos casos *Cox Broadcasting Corp v. Cohn*¹⁰⁴ e *The Florida Star v. B.J.F*¹⁰⁵, em que se afastou a responsabilidade civil da imprensa por revelar os nomes de vítimas de estupro, obtidos de forma lícita, afirmando-se a inconstitucionalidade de normas jurídicas que vedavam tal divulgação.

¹⁰¹ Como ressaltou Anita A. Allen, “*as interpretações atuais da responsabilidade civil não favorecem a proteção, com base em ações de indenização por violação à privacidade, a pessoas cujo passado público foi ressuscitado pela mídia para discussão e debate públicos. A Primeira Emenda e a common law determinam ampla liberdade para falar a verdade, publicar notícias acuradas e liberdade artística*” (“Dredging up the Past: Lifelogging, Memory and Surveillance”. *The University of Chicago Law Review*, n. 75, 2008, p. 59). No mesmo sentido, Steven C. Benett. “The Right to be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives”. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 30: 1, 2012, pp. 170-171.

¹⁰² 280 F.3d 1163 (7th Circuit, 2002).

¹⁰³ 113 F. 2d 806 (2nd. Circuit, 1940).

¹⁰⁴ 420 U.S. 469 (1975).

¹⁰⁵ 491 U.S. 524 (1989).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Em relação à Alemanha, é sempre recordado o caso *Lebach*, decidido pelo Tribunal Constitucional em 1973.¹⁰⁶ Na hipótese, indivíduo que fora condenado e preso por homicídio de vários soldados, cometidos durante um roubo de armas, pleiteou que se impedisse uma rede de televisão de fazer um documentário sobre os fatos, meses antes da data da sua soltura. O Tribunal germânico manteve a decisão que proibia a veiculação do documentário, sob a alegação de que, na hipótese, a tutela dos direitos da personalidade sobrepujava a liberdade de comunicação. Dois fundamentos importantes da decisão foram a conclusão de que a exibição do programa poderia comprometer seriamente a ressocialização do prisioneiro, e a ideia de que não haveria significativo interesse público na informação, em razão do transcurso de vários anos desde a data do crime.

Cumpre salientar, todavia, que nas últimas décadas, a proteção da liberdade de expressão vem se tornando mais intensa na jurisdição constitucional alemã, em casos envolvendo colisões com direitos da personalidade. Em 1999, o Tribunal Constitucional examinou o caso *Lebach II*,¹⁰⁷ atinente à pretensão de outro canal de televisão de exibir programa sobre o mesmo crime, objeto do primeiro julgamento *Lebach*. Dessa vez, a Corte germânica afastou a proibição de veiculação do programa, que fora imposta por instâncias judiciais inferiores, em nome da proteção da liberdade comunicativa. Dentre os argumentos empregados para distinguir o caso do julgamento anterior, o Tribunal afirmou que neste novo programa, ao contrário do primeiro, não haveria o mesmo risco para a ressocialização dos autores do crime, pois já haviam decorrido muitos anos desde a sua soltura.

Outro julgamento importante na Alemanha sobre o tema foi o caso *Seidlmayr*. Walter Seidlmayr foi um famoso artista, assassinado por dois irmãos em 1990. Um deles, que sairia da prisão em 2008, ajuizou várias ações objetivando a retirada da Internet de notícias antigas que narravam o crime, arquivadas em páginas de veículos de comunicação. O feito chegou até a Suprema Corte alemã (*Bundesgerichtshof*),¹⁰⁸

¹⁰⁶ 35 BVerfGE 202 (1973).

¹⁰⁷ 1 BVerfGE 349 (1999).

¹⁰⁸ BGH, VI ZR 227/08, decisão de 15/12/2009.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

que, ponderando os diversos elementos do caso, como o tempo transcorrido, o caráter verdadeiro da notícia e o impacto da manutenção dos arquivos, rejeitou o pedido, destacando, na sua argumentação, que a supressão dos registros do crime nas *webpages* da imprensa poderia levar ao “*apagamento da História*”, o que prejudicaria a mídia de cumprir o seu papel constitucional de informar o público.

Na França, há também decisões importantes sobre a matéria. Foi naquele país que se cunhou a expressão “direito ao esquecimento” (*droit à l'oubli*), pelo Professor Gerard Lyon-Caen, em comentário a uma decisão judicial proferida em 1965, no *affaire Landru*,¹⁰⁹ em que a ex-amante de um famoso *serial killer* pretendia obter reparação de danos pela exibição de um filme que retratava fatos do seu passado, que ela desejava que fossem esquecidos. Dita ação foi julgada improcedente, porque se entendeu lícito o filme, já que baseado em informações judiciais públicas e nas memórias divulgadas pela própria autora. De todo modo, o reconhecimento jurisprudencial do “direito ao esquecimento” no Judiciário francês ocorreu em decisão de 1983, proferida pelo Tribunal de Paris no caso *Madame M. v. Filipachi et Congedipress*,¹¹⁰ que tratou de matéria jornalística sobre um crime que ocorreu 15 anos antes.

Ocorre que a Corte de Cassação, última instância da justiça civil francesa, proferiu posteriormente decisão no caso *Mme Monanges v. Kern*,¹¹¹ afirmado que não existe direito ao esquecimento em relação a fatos passados de interesse público, que tenham sido licitamente revelados.¹¹² Tratava-se de ação de pessoa que buscava a supressão de trechos de um livro que narravam suas atitudes condenáveis durante o período de ocupação nazista (1940-45), e que já tinham sido discutidas publicamente no passado, em processos judiciais divulgados pela imprensa.

¹⁰⁹ TGI Seine, 14/10/1965.

¹¹⁰ TGI Paris, 20/04/1983.

¹¹¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, n. 89-12580, j. 20/11/1990.

¹¹² Na decisão, destacou-se: “considerando (...) que os fatos atinentes à vida privada de Mme X, foram expostos, ao seu tempo, ao conhecimento do público em razão dos debates judiciais divulgados pela imprensa local; que eles foram licitamente revelados e assim, escapam da sua vida privada, Mme X não pode invocar um direito ao esquecimento para impedir que eles sejam, de novo, revelados”.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Da Itália, cabe a referência a um interessante exemplo de solução compromissória encontrado pela Corte de Cassação do país.¹¹³ Tratava-se de ação proposta por político italiano que fora processado por corrupção e depois absolvido. A instauração do processo fora, à época, noticiada pelo jornal *Corriere della Sera*, e a notícia ficara no arquivo histórico do periódico, acessível em sua página na Internet. O Tribunal afirmou, por um lado, que era lícita a iniciativa do jornal, de manter em arquivo histórico a notícia, pois a passagem do tempo não lhe subtraíra o interesse público. Considerou, porém, que era legítima a pretensão do autor, de que os dados no arquivo digital se mantivessem atualizados por algum meio, que poderia ser a criação de *link* entre a referida notícia e a informação posterior, da absolvição processual. Nesta hipótese, impôs-se uma restrição à liberdade do jornal, mas esta, além de promover os direitos da personalidade do autor da ação, *ampliou*, ao invés de restringir, o acesso do público à informação.

O caso mais debatido sobre direito ao esquecimento não é do Poder Judiciário de qualquer Estado, mas do Tribunal de Justiça da União Europeia. Aquela Corte regional reconheceu que a garantia da proteção de dados pessoais envolve o direito ao esquecimento no recente caso *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*,¹¹⁴ julgado em 13 de maio de 2014. Tratava-se de pedido de cidadão espanhol que postulava que o Google não mostrasse, nos seus resultados de busca, o *link* de um jornal que noticiara o leilão de um imóvel seu, ocorrido muitos anos antes, decorrente de dívidas junto à seguridade social. A execução já estava encerrada há bastante tempo, mas o indivíduo continuava sendo associado à dívida na Internet. O Tribunal deu razão a Costeja Gonzalez, afirmando que “*um tratamento inicialmente lícito de dados pode se tornar, com o tempo*”, ilícito, “*quando estes dados já não sejam necessários, atendendo às finalidades para que foram recolhidos ou tratados*”. Considerou que, nesta hipótese, a pessoa tem o direito de postular que os dados em questão sejam retirados da lista fornecida pelo provedor de buscas.

¹¹³ *Corte Suprema di Cassazione*, Terza Sezione Civile, nº 5525/2012, julgado em 11/01/2012.

¹¹⁴ Caso C-131/12, Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Há na decisão, porém, dois *disclaimers* muito importantes. O primeiro é de que há casos em que o direito do indivíduo à privacidade e ao controle dos seus dados pessoais é sobrepujado pelo interesse público no acesso às informações disponibilizadas pelos provedores de buscas, tendo em vista aspectos como “*o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública*”. O segundo é de que a questão assume outros contornos quando se discute a disponibilização de dados pessoais não por um provedor de buscas, mas pelo editor de um sítio na *web*, já que, nessa hipótese, poderão ser invocadas as liberdades de expressão e imprensa. Afinal, o editor do *site* – diferentemente do provedor de buscas – se manifesta na rede, e, dependendo do caso, ele também pode ser caracterizado como veículo de imprensa.

Muitas críticas foram desferidas contra a referida decisão, ao meu ver procedentes. Aduziu-se, por exemplo, que ela consagrou uma restrição muito ampla e genérica ao direito à informação. Outra importante objeção é a de que o esquema engendrado pelo Tribunal Europeu importou na transferência, para o sítio de buscas, da incumbência de ponderar, a requerimento do suposto lesado, o direito à privacidade com o interesse público na informação, para o fim de manter ou não a exibição dos *links* que tenham sido questionados. Considerando a responsabilidade civil dos provedores de buscas, esta solução tende a gerar o resfriamento dos debates na Internet, pois estimula o exercício da censura privada, para evitar possíveis condenações à reparação de danos. O modelo desenhado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia tem, em minha opinião, impactos muito severos e desproporcionais sobre o direito de acesso à informação e sobre as liberdades comunicativas, não sendo legítima a sua adoção no Brasil, considerando a posição preferencial desfrutada por tais direitos em nossa ordem constitucional.

Esta breve exposição demonstra que, apesar das significativas variações nacionais e regionais, um denominador comum na experiência transnacional sobre o “direito ao esquecimento” é que as cortes, para reconhecê-lo ou refutá-lo, sempre levam em consideração as liberdades de expressão, imprensa e informação, bem como o interesse na preservação da História e da memória coletiva.

De todo modo, é pertinente uma breve reflexão sobre o modo como o Direito Comparado deve ser empregado no caso. O conhecimento das decisões adotadas por

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

outros países e por instâncias regionais e internacionais é sempre positivo, inserindo-se na benfazeja tendência contemporânea ao diálogo internacional no campo da jurisdição constitucional. Porém, não cabe transpor acriticamente orientações adotadas em outros Estados ou instituições para o nosso sistema. É sempre importante refletir sobre a compatibilidade destas soluções com o nosso ordenamento jurídico, sobre o seu ajuste à realidade e aos problemas nacionais. No caso específico do “direito ao esquecimento”, há várias razões para se preferir, no Brasil, soluções mais inclinadas à proteção das liberdades comunicativas.

Em primeiro lugar, existem razões ligadas à nossa ordem constitucional, que, como já destacado, justificam que se atribua uma **posição preferencial** às referidas liberdades. Além disso, deve-se tomar em conta o fato de que, a despeito da Constituição, ainda vivemos no Brasil sob o signo de uma cultura de sigilo¹¹⁵ e desmemória, que seria reforçada com o acolhimento do “direito ao esquecimento”, concebido com grande amplitude. Não bastasse, cumpre considerar os riscos - muito elevados no nosso cenário de grandes assimetrias sociais - , de apropriação do discurso do “direito do esquecimento” em favor da manutenção de um indevido manto de opacidade sobre os desmandos e atos reprováveis dos “donos do poder”, em detrimento do controle social e da crítica pública sobre os seus atos.

6. Liberdades Comunicativas, Responsabilidade Civil e Direito ao Esquecimento

A responsabilidade civil, como todos os demais campos do ordenamento jurídico, deve ser permeada pelo valores e princípios da Constituição.¹¹⁶ O texto constitucional, como se sabe, prevê expressamente a responsabilidade civil por danos materiais e morais, no caso de lesão à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem

¹¹⁵Como declarou Gil Castelo Branco, fundador da ONG Contas Abertas, “*a cultura do brasileiro ainda é mais para o sigilo e para o secreto, do que propriamente para a informação aberta*”. Entrevista para o Instituto Millenium, acessível em www.imil.org.br/entrevistas/gil-castelo-branco-cultura-brasileira-ainda-marcada-pelo-sigilo.

¹¹⁶Sobre a incidência dos valores constitucionais no campo da responsabilidade civil, veja-se Anderson Schreiber. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5^a ed., São Paulo: Atlas, 2012; e Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

das pessoais (art. 5º, incisos IX e X). Tal responsabilidade também é regida pelo Código Civil, mas é certo que este deve ser lido a partir do filtro principiológico da Constituição.

Por isso, os contornos da responsabilidade civil por lesão aos direitos da personalidade não podem ser desenhados com abstração dos valores que regem as liberdades comunicativas, especialmente diante do reconhecimento da posição preferencial de que estas desfrutam em nosso sistema constitucional. É que a liberdade de expressão não incide apenas no momento anterior à manifestação, para impedir as restrições prévias. Ela opera também depois, para eximir da responsabilidade civil e penal aqueles que exerceram legitimamente a sua liberdade.¹¹⁷ Afinal, de pouco adiantaria proibir a censura e permitir, pela via da responsabilização ulterior, que as pessoas fossem penalizadas, ou que tivessem que pagar vultosas indenizações pelas suas manifestações causadoras de algum dano a terceiros. Se as liberdades comunicativas compreendem a faculdade de criticar e de transmitir informações negativas sobre as pessoas,¹¹⁸ é natural que o seu exercício incomode, cause embaraços e até sofrimento nos indivíduos retratados. Tal fato, porém, não caracteriza a responsabilidade civil, pois traduz exercício regular de direito (art. 188, inciso I, Código Civil). Entender o contrário seria amesquinhar a garantia constitucional conferida às liberdades de expressão e de imprensa.¹¹⁹

Tal orientação também se inspira no relevante interesse social de que haja um espaço público dinâmico, em que as discussões possam ser travadas de forma aberta e desimpedida, e em que as pessoas tenham amplo acesso às informações de interesse

¹¹⁷Cf. Daniel Sarmento. “Art. 5º, V”. In: J. J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. *Comentários à Constituição do Brasil*. Op. cit., pp. 262-263; Eric Barendt. *Freedom of Speech*. Op. cit., pp. 199-205.

¹¹⁸ Como ressaltou a Corte Europeia de Direito Humanos no caso *Lingens vs Austria*, “a liberdade de expressão não é aplicável apenas às informações e ideias que são favoravelmente recebidas ou vistas como inofensivas ou indiferentes, mas também às que ofendem, chocam e acarretam distúrbios”. (Case 9815/82, j. 08/07/1986)

¹¹⁹Nesta linha, veja-se recente decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, em que se destacou: “não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações de caráter mordaz ou irônico ou, então, que veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou até impiedosa, ainda mais se a pessoa a que tais observações forem dirigidas ostentam a condição de figura pública, investida ou não de autoridade governamental” (Rcl. 15.243-MC, AgReg, Rel. Min. Celso de Mello).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

público. É que a expansão e a exacerbação da responsabilidade civil nesta seara tende a inibir as críticas às autoridades e aos poderosos, e a desestimular as denúncias e divulgações de fatos negativos.¹²⁰ Em outras palavras, um regime muito alargado de responsabilidade civil sobre supostos abusos expressivos exerce um pernicioso efeito resfriador sobre a esfera comunicativa, em detrimento da vitalidade da democracia.

Este ponto foi ressaltado em caso seminal da jurisprudência norte-americana, *Sullivan v. New York Times*,¹²¹ julgado pela Suprema Corte do país em 1964. Nesse famoso julgado, discutiu-se se poderia haver responsabilização civil no caso de manifestação contendo erro factual, cometido sem má-fé, que atingira uma figura pública. O Tribunal entendeu que não. Em voto histórico, o Justice Brennan destacou que “os debates sobre assuntos de interesse público devem ser desinibidos, robustos e abertos” e que as “afirmações equivocadas são inevitáveis em um debate livre”, devendo ser protegidas “se se deseja que as liberdades expressivas tenham o ‘espaço de respiração’ de que precisam para sobreviver”. Para a Corte, “uma norma que exigisse do crítico (...) a comprovação da verdade das suas alegações fáticas”, sob pena de responsabilização civil, levaria à “autocensura”. Uma regra como esta – disse o Tribunal – não inibiria apenas manifestações falsas. Mais que isso, “possíveis críticos (...) poderiam se abster de manifestar suas críticas, mesmo considerando-as corretas e mesmo que elas de fato fossem verdadeiras, pela dúvida sobre se seriam capazes de prová-las numa corte, ou pelo medo dos custos de fazê-lo”. Neste contexto, a Suprema Corte fixou a orientação de que estas ações de reparação de danos à honra propostas por figuras públicas só seriam cabíveis nos casos em que se provasse que “a manifestação foi feita com “malícia real” (actual malice) – ou seja, com o conhecimento de que era falsa ou com descuidada desconsideração (reckless disregard) sobre se era falsa ou não”.

Esta preocupação com os efeitos negativos que a responsabilidade civil pode exercer sobre as liberdades expressivas também se faz presente na jurisprudência do

¹²⁰Cf. Guillaume Lécuyer. *Liberté de Expression et Responsabilité: Étude de Droit Privé*. Paris: Dalloz, 2006, pp. 519-554; Jonatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão. Op. cit.*, pp. 803-821.

¹²¹ 376 U.S. 254 (1964).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

STF. Na ADPF 130, o ponto foi ressaltado no voto condutor do Min. Carlos Britto, que destacou que excessos indenizatórios são “*um poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa*”, que justificaria, no caso de ofensas à honra e imagem de agentes públicos, uma exigência constitucional de modicidade das condenações. Em recente decisão, a Ministra Rosa Weber bateu na mesma tecla:

“*O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivo a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos. Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tais hipóteses, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização de manifestações do pensamento relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente (...) O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania manifesto.*”¹²²

Assim, como é constitucionalmente legítima a divulgação de fatos ocorridos no passado que envolvam interesse público, não há que se cogitar em responsabilidade civil na hipótese. Possível sofrimento que essa divulgação venha a gerar para as pessoas envolvidas, que preferiam “ser esquecidas”, não é suficiente para ensejar o dever de reparação, pois não se trata de dano injusto,¹²³ e sim de consequência do exercício regular de um direito.

Por outro lado, críticas lançadas nestas manifestações, ainda que duras e contundentes, também não dão azo à responsabilidade civil, uma vez que criticar, como já salientado, é faculdade inerente ao exercício das liberdades comunicativas.

¹²² Rcl 16434, Rel. Min. Rosa Weber, decisão de 30/06/2014.

¹²³ Em instigante parecer sobre a constitucionalidade da restrição à publicação de biografias, Gustavo Tepedino fez registro também pertinente ao presente caso: “*Na vida cotidiana, a personalidade humana é atingida rotineiramente, sem que haja dano resarcível. A cobrança de dívida pode levar o devedor insolvente à depressão profunda e até mesmo ao suicídio. No âmbito das relações afetivas, bastaria pensar no fim de um relacionamento amoroso, como ocorre na ruptura unilateral de noivado, por exemplo, em que não há dano injusto, inexistindo, portanto, dever de reparação, ainda que a dor possa ser lancinante, com evidente dano à personalidade causado pela separação*”. Acessível em www.migalhas.com.br/arquivo/art20120823-06.pdf.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Tampouco erros fáticos devem ensejar a responsabilização, desde que não tenha havido má-fé, nem falta de diligência na apuração do ocorrido. É que também em relação às informações sobre fatos passados subsiste uma exigência de veracidade, mas esta deve ser sempre compreendida sob o ângulo subjetivo - como exigência de lealdade e de diligência de quem informa - e não sob o enfoque objetivo. O contrário seria chancelar um regime de responsabilidade civil inibidor do exercício das liberdades comunicativas, em contrariedade aos valores constitucionais.

7. Sobra algum espaço para o “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira? O controle de dados pessoais que não envolvam interesse público

Como já ressaltado, o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos formulados pelo STJ nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi, não é compatível com a Constituição de 88, pelas ameaças que encerra às liberdades comunicativas, à História e à memória coletiva. Existe, contudo, um espaço legítimo para que ele seja protegido, que não envolve risco tão significativo para estes bens jurídicos essenciais. Trata-se do campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, especialmente – mas não exclusivamente - no âmbito da informática¹²⁴.

É sabido que, na atualidade, por força de vertiginosos avanços tecnológicos, instituições estatais e privadas têm condições de obter, armazenar, tratar e divulgar uma quantidade de informações sobre as pessoas que era impensável no passado, o que aumenta a vulnerabilidade dos indivíduos. Fazemos compras, lemos textos e notícias, nos comunicamos com o mundo e conduzimos as nossas atividades cotidianas por meios eletrônicos. O uso disseminado em todo o mundo da Internet e das redes sociais

¹²⁴Sobre o direito ao esquecimento no âmbito digital, veja-se Daniel Solove. *The Digital Person: technology and privacy in the digital age*. New York: New York University Press, 2004; Alessia Ghezi, Angela Guimarães Pereira e Lucia Vesnic-Alujevic. *The Ethics of Memory in the Digital Age: Interrogating the right to be forgotten*. London: Palgrave Macmillan, 2014; Daniel Solove e Paul M. Schwartz (Eds.). *Privacy, Information and Technology*. New York: Wolters Kluer, 2009; Stefano Rodotà. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; Danilo Doneda. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Têmis Limberger. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

permite que sejam armazenadas informações pessoais, mensagens privadas, fotografias, dados sobre os hábitos de busca e navegação e muitos outros elementos, que podem ser utilizados de forma ilegítima, violando direitos humanos.¹²⁵ A possibilidade de vigilância total e permanente sobre o indivíduo, com graves riscos à sua personalidade, saiu do terreno da ficção para entrar na realidade, como se tem verificado na atuação de diversos Estados após o atentado às torres gêmeas. E não é só do Estado que vem a ameaça. Como observou Laura Schertel Mendes, o risco hoje “não se restringe mais à figura do ‘Big Brother’, de Orwell, mas abrange também o setor privado, que utiliza massivamente os dados pessoais para atingir os seus objetivos econômicos”,¹²⁶ como por vezes ocorre, por exemplo, no âmbito das relações de consumo e de trabalho.

Um componente relevante deste quadro é a memória praticamente infinita da Internet e de outras tecnologias hoje disponíveis. Esta realidade – que tende a se intensificar, com a continuidade dos progressos científicos –, torna possível o acesso generalizado, no presente, a dados ou informações sobre fatos da vida privada de pessoas comuns, por vezes embaraçosos, ocorridos há muitos anos. Postagens em blogs, atualizações de *Facebook*, *tweets*, fotos, vídeos etc, mesmo quando tratem de questões estritamente particulares, podem ficar eternamente armazenados em nuvens cibernéticas, sendo facilmente acessados por meio de sítios de busca. Nas palavras de Simón Castellano, “nossos dados são gravados na rede como se fossem uma tatuagem, que nos seguirá pela vida toda”.¹²⁷ Uma foto de um adolescente embriagado, postada

¹²⁵ Em decisão proferida em 1995, o Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar já detectava o problema: “A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo em que o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes sequer sabe da existência de tal atividade (...) E assim como o conjunto dessas informações (...) também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica” (Recurso Especial nº 22.337, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJ 20/03/1995).

¹²⁶ Laura Schertel Mendes. *Transparência e Privacidade: Violão e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, 2008, p. 75.

¹²⁷ Pere Simón Castellano. “The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate”. *Lex Electronica*, vol 16.1, Winter 2012, p. 4

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

numa rede social pelo próprio ou por terceiros, por exemplo, pode se tornar a razão para que ele seja descartado numa entrevista de emprego realizada quando já adulto.

Neste cenário, é importante construir instrumentos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não ostentem interesse público. Embora a designação não pareça a mais apropriada, o “direito ao esquecimento” encontra aqui um campo legítimo para desenvolvimento, do ponto de vista dos valores jurídicos e morais envolvidos. Os maiores desafios a serem enfrentados nesta área são de natureza técnica, haja vista as conhecidas dificuldades de exercício de controle sobre o ambiente virtual, derivadas de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional do ciberespaço.

A proteção de dados pessoais – por vezes também chamada de autodeterminação informativa – exprime uma visão mais moderna, dinâmica e relacional da privacidade,¹²⁸ que se afasta da sua ótica estritamente individualista, subjacente, por exemplo, a ideia do “direito de ser deixado só” (*right to be let alone*), de que falavam Samuel Warren e Louis Brandeis, no primeiro texto doutrinário sobre o direito à vida privada.¹²⁹

No âmbito jurisprudencial, a ideia de existência de um direito à autodeterminação informativa sobre dados pessoais foi formulada em importante julgado do Tribunal Constitucional alemão proferido em 1983 – o caso sobre a Lei do Censo.¹³⁰ Discutiu-se, na hipótese, a constitucionalidade de uma lei federal sobre o censo que determinara o preenchimento pelas pessoas de detalhado questionário sobre dados pessoais, e previra o envio dos dados estatísticos para os governos locais, para diversos fins. A Corte germânica reconheceu a constitucionalidade da maior parte dos dispositivos legais questionados, mas invalidou os que possibilitavam a identificação

¹²⁸Cf. Alan Westin. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1967; Stefano Rodotà. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade hoje*. *Op. cit.*; Danilo Doneda. *A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais*. *Op. cit.*.

¹²⁹Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. “The Right to Privacy”. *Harvard Law Review*, n. 4, 193, 1890.

¹³⁰ 65 BVerfGE 1 (1983).

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

do cidadão que fornecera os dados. No julgamento, o Tribunal afirmou que “*as pessoas devem ser protegidas da busca ilimitada, armazenamento, uso e transmissão de dados pessoais, como condição para o livre desenvolvimento da personalidade, considerando as condições modernas de processamento de dados*”. Para a Corte alemã, este direito, conquanto não seja absoluto, “*garante a faculdade do indivíduo de determinar por si quando o Estado pode usar ou divulgar os seus dados pessoais*”. Posteriormente, a jurisprudência constitucional germânica reiterou a existência e relevância deste direito em diversos outros casos.¹³¹ E outras cortes nacionais e internacionais também reconheceram tal direito fundamental.¹³²

O direito à autodeterminação informativa, sintetizado por Canotilho como “*a faculdade de o particular determinar e controlar os seus dados pessoais*”¹³³, é previsto pelos ordenamentos internos de quase todos os estados europeus, que elaboraram detalhadas legislações para disciplinar a matéria.¹³⁴ Em alguns, ele recebeu consagração constitucional expressa, como em Portugal (art. 35), Espanha (art. 18.4), Holanda (art. 10) e Grécia (art. 19 A). Em diversos países, foram criados órgãos reguladores independentes voltados para a questão, como a *Comission Nationale de L'Informatique et des Libertés* (CNLS) francesa, o *Garante per Protezione dei Dati Personali* (GPDP) italiano e a *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD).

No âmbito da União Europeia, foi editada, em 1995, a Diretiva 95/46, relativa ao processamento e circulação de dados pessoais, que deu detalhado tratamento à matéria. Foi nesta Diretiva que se baseou a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzales*, acima referido. Outras normas comunitárias subsequentes também

¹³¹ Um resumo de alguns deles se encontra em Donald P. Kommers e Russel A. Miller. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3^a ed., Durham: Duke University Press, 2012, pp. 411-418.

¹³² E.g., a Suprema Corte do Canadá, em *R. v. Plant* (1993) 3 SCR 281, e a Corte Europeia de Direitos Humanos, em *S. and Marper v. United Kingdom* (30562/04 (2008)).

¹³³ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 468.

¹³⁴ Veja-se, a propósito, Viktor Mayer-Schönberger. “Generational Development of Data Protection in Europe”. In: *Technology and Privacy: The New Landscape*. Massachusetts: The MIT Press, 2001; Têmis Limberger. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Op. cit., pp. 79-100.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

cuidaram do assunto, como as Diretivas 97/66 e 2002/58. A proteção dos dados pessoais foi expressamente consagrada como direito fundamental pelo art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Não há, na legislação comunitária europeia, alusão explícita ao “direito ao esquecimento”. A percepção de que tal direito, além de necessário para fazer frente às ameaças tecnológicas à personalidade, já estaria implícito no Direito Comunitário, levou a Comissão Europeia a elaborar uma proposta sobre nova regulação de dados pessoais que o contempla expressamente. Destaque-se, porém, que no lançamento desta proposta, Viviane Redig, à época Vice-Presidente e Comissária de Justiça da União Europeia, ressaltou que o direito ao esquecimento não pode se sobrepor às liberdades de expressão e imprensa, nem justificar o apagamento da história¹³⁵. De todo modo, a proposta de regulação, ainda em fase de discussão, tem provocado intensa controvérsia.

No cenário brasileiro, o direito ao controle de dados pessoais pode ser inferido da Constituição.¹³⁶ Ele é inerente ao direito à privacidade e se vincula também à dignidade da pessoa humana. Tal direito é parcialmente disciplinado por diplomas específicos, como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação e a Lei do *Habeas Data*. O seu exercício pode justificar, em certas circunstâncias, o não processamento e até o apagamento de dados pessoais, contemplando, neste sentido, uma espécie limitada de direito ao esquecimento. É altamente recomendável no Brasil a edição de uma lei geral e sistêmica para disciplinar a proteção de dados pessoais, como ocorre em praticamente todos os Estados europeus, e em países como Canadá, Argentina, Uruguai, Chile e México.

Porém, a disciplina da questão não pode ameaçar as liberdades de imprensa, expressão, o direito de acesso à informação de interesse público, nem tampouco o cultivo da História e da memória coletiva. Não há, assim, como estender o direito ao

¹³⁵ Viviane Redig. “The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age”. Disponível em http://www.europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm. Nas suas palavras, “o direito ao esquecimento não é um direito absoluto. Há casos em que existe uma finalidade legítima e um interesse juridicamente justificado em manter os dados num banco de dados. Os arquivos de um jornal são um bom exemplo. É claro que o direito ao esquecimento não pode se tornar um direito ao total apagamento da história. Nem ele deve ter precedência sobre a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa”.

¹³⁶ Cf. Danilo Doneda. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. *Op. cit.*; Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, pp. 417-421.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

esquecimento às informações que se revistam de interesse público, e este, como já destacado anteriormente, não desaparece tão somente pela passagem do tempo.

8. Resposta aos Quesitos

Diante do que foi exposto, passa-se à resposta sintética dos quesitos formulados pela Consulente:

(a) *Existe um direito fundamental do público de acesso à informação sobre fatos ocorridos no passado, ou o transcurso do tempo acarreta o perecimento deste direito?*

Sim. O direito fundamental de acesso à informação também abrange as informações referentes a fatos passados, porque estes não se despem do seu interesse público apenas pela passagem do tempo. O reconhecimento da importância da História e da memória coletiva são incompatíveis com a ideia de que apenas os acontecimentos contemporâneos interessam à sociedade. O conhecimento e a discussão de fatos passados são essenciais não só para a cultura do país, como também para que as pessoas e a sociedade possam compreender melhor o seu presente e tenham condições de fazer escolhas mais conscientes e informadas quanto ao seu futuro.

(b) *É compatível com a tutela constitucional das liberdades de expressão e de imprensa a invocação do “direito ao esquecimento” para impedir a divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado, em qualquer veículo ou plataforma, cuja recordação seja embaraçosa, prejudicial ou dolorosa para alguém?*

Não. As liberdades de expressão e de imprensa configuram *direitos preferenciais* na ordem constitucional brasileira. Elas ostentam prioridade *prima facie* em casos de colisão com outros princípios, e a restrições que lhes são impostas estão sujeitas a uma série de requisitos, que o suposto “direito ao esquecimento” não atende.

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Não há base constitucional ou legal para tal restrição. Ela é, ademais, excessivamente vaga e genérica. Não bastasse, os ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são incomparavelmente mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais.

É compreensível que as pessoas queiram que a sociedade olvide os fatos desabonadores ou desagradáveis em que se envolveram no passado. Porém, nem todo desejo configura direito fundamental. Não há como reconhecer um direito ao esquecimento de fatos pretéritos que envolvam interesse público. Menos ainda um direito que seja forte o suficiente para prevalecer sobre uma liberdade preferencial.

(c) *É cabível a responsabilização civil de veículos da imprensa em razão da divulgação, discussão ou encenação de fatos de interesse público ocorridos no passado?*

Não. É lícita a conduta dos veículos de imprensa de divulgar, discutir ou encenar fatos de interesse público ocorridos no passado. Trata-se de legítimo exercício da liberdade de imprensa, que não gera, portanto, direito à reparação de danos.

Inexiste, tampouco, responsabilidade civil em razão de críticas, ainda que contundentes, feitas nestas manifestações, já que a liberdade de imprensa abrange o direito à crítica. Da mesma forma, erros factuais porventura cometidos também não geram direito à indenização, desde que não tenha havido má-fé ou falta de diligência na sua apuração pelo veículo de comunicação.

(d) *Seria compatível com a Constituição a condenação da Consulente à reparação de danos, fundada no “direito ao esquecimento”, pela exibição no programa televisivo “Linha-Direta Justiça”, de matérias sobre os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”?*

Não. Os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi” cuidam de episódios criminais que pertencem à História, e são, pela sua própria natureza, revestidos de inequívoco interesse público. A exibição das matérias em questão configurou legítimo

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

exercício das liberdades de expressão e imprensa da Consulente, atendendo, por outro lado, ao direito do público de acesso à informação.

A 4^a Turma do STJ valeu-se de critério francamente incompatível com a Constituição para traçar uma distinção entre os casos “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”. Entendeu a Corte que teria sido possível para a Consulente narrar os assassinatos dos menores na Candelária sem qualquer alusão a Jurandir Gomes de França - o autor da ação judicial-, mas que seria inviável contar o homicídio de Aída Curi sem fazer referência à sua vítima. Tal diferença, no seu entendimento, justificaria o acolhimento do pleito indenizatório no primeiro caso, mas não no segundo.

Ocorre que as liberdades comunicativas garantem à Consulente não só o direito à escolha dos fatos a serem narrados em sua programação, mas também do *ângulo de análise* destes fatos, bem como do *conteúdo* da sua narrativa, o que, naturalmente, envolve a eleição dos *personagens* cujas participações são retratadas. Na matéria sobre a Chacina da Candelária, a Consulente optou por perspectiva em que a participação do sr. Jurandir se afigurava fundamental: tratou dos graves equívocos que marcaram a investigação criminal do caso, que levaram a que ele fosse indevidamente acusado pelos homicídios. O interesse público envolvido na discussão desta faceta dos acontecimentos é evidente. Por tudo isso, a conduta da Consulente representou exercício regular das suas liberdades constitucionais, o que afasta de plano a responsabilidade civil.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015



Daniel Sarmento

Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ

Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ

Visiting Scholar da Yale Law School