XII SEMANA CIENTÍFICA UNILASALLE – SEFIC 2016
Canoas, RS – 17 a 21 de outubro de 2016

COMUNICAÇÃO ORAL

ISSN 1983-6783

"ORAÇÃO DO TEMPO" – REFLEXÕES SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Clarissa Pereira Carello, Maria Cláudia Mércio Cachapuz (orient.), Diógenes V.Hassan Ribeiro (coorient.)
Unilasalle Canoas

Resumo

Através de casos históricos e precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça, o direito ao esquecimento é abordado. Igualmente há um convite a pensar sobre o tema através das contribuições de Niklas Luhmann e François Ost sobre o tempo, sua passagem e os reflexos nas relações privadas.

Palavras-chave: *Esquecimento, Privacidade, Memória.*

Área Temática: PPG em Direito

1. Introdução - Propósito central do trabalho

A partir da canção "Oração do Tempo" composta e interpretada por Caetano Veloso, a qual é parte do título do presente artigo, verifica-se a referência que o cantor deu ao tempo e sua passagem. Desde os primeiros versos, onde o tempo parece jovem e complascente, apto a aceitar pedidos e compor destinos, ou alçado a condição de um dos "deuses mais lindos", viável de guardar segredos e de excluir os então protegonistas do seu circulo têm-se mais uma obra que trata do tempo e seus reflexos.

Assim como na música, o tempo também é retratado na mundo das artes plásticas através de inúmeros pintores que eternizam épocas e momentos em suas obras e nas diversas formas de expressão ali compreendidas. A temática em comento também é explorada no âmbito do direito, pois conforme a evolução das relações sociais os aspetctos temporais ganham destaque e, em vários ordenamentos, a temporalização da legislação e a pseudo "estabilização da sociedade" pode ser alcançada.

Nessa perspectiva, aborda-se a tutela do denominado "direito ao esquecimento", sem olvidar-se das suas primeiras incidências que remetem ao Estado da Califórnia em 1930, reconhecido na ocasião como um "direito à ressocialização". Igualmente, forçoso referenciar o precedente conhecido como "Caso Lebach", no qual o direito ao esquecimento é suscitado perante o Tribunal Constitucional Alemão, na década de 70. No Brasil, a temática ganhou destaquem em meados de 2013, a partir da edição do Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil e, após, dois julgados da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicados no mesmo ano. Em 2014, porém, há uma decisão paradigmática envolvendo o direito ao esquecimento, proferida pela Corte de Justiça da União Europeia, que julgou uma reclamação realizada por um cidadão espanhol contra a empresa Google, onde pleiteava a retirada de seus dados pessoais dos buscadores disponibilizados pela empresa em questão.

Nas ações brasileiras, o direito ao esquecimento veio a debate após a veiculação de nome e imagem, sem a devida autorização dos envolvidos ou de seus sucessores, em programa de televisão. O ponto comum em ambas demandas foi a referência de que não haveria relevância ou mesmo contemporaneidade nos fatos então noticiados. Para os autores, as exposições extemporâneas, após longo período sem a veiculação de seus nomes e imagens aos fatos

ISSN 1983-6783

pretéritos, só serviram para ressuscitá-los, trazendo novamente à tona informações que já haviam sido esquecidos – ou mesmo ignorados – pelos espectadores. Assim, em virtude da exposição de seus nomes e imagens de forma desautorizada, pleitearam indenização pelos danos experimentados em razão dessa divulgação indevida.

Tanto nos precedentes internacionais como nos nacionais, o cerne da controvérsia se dá em virtude da ausência de norma especifica que possa validamente estabelecer os limites de aplicação do direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa consagrada na legislação. No mesmo sentido, a afronta aos direitos de preservação da intimidade e privacidade dos envolvidos também é alvo de tutela específica nas ações originárias.

Assim, por primeiro, será exposto o viés histórico, bem como os julgados internacionais sobre o direito ao esquecimento e seus reflexos nos precedentes das Cortes brasileiras. Ao longo do texto, a análise o tempo e de suas consequências quando se invoca o direito ao esquecimento, será permeado pelas reflexões de Fraçois Ost, em sua obra "O tempo do direito" e Niklas Luhmann, no livro "Sociologia do Direito I". O objetivo, portanto, é traçar a perspectiva do futuro, com a promessa de ligá-lo ao que há de novo, afastando o tempo passado que guarda ressentimentos e expectativas frustradas. Com o esquecimento viabilizado, as oportunidades de recomeço e de estabilização das expectativas que outrora não prosperaram pode se tornar uma positiva realidade.

2. Marco Teórico

Nas primeiras páginas da obra sobredita de Niklas Luhmann as ideias de complexidade e contingência são apresentadas ao leitor, nos seguintes termos:

> (...) o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingencia entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, 45-46)

Com a conceituação apresentada, que não se exaure nessa referência, é possível associar a ideia do que vem a ser o anseio de ter fatos da vida pretérita apagados da memória daqueles afetados pela lembrança, de seu protagonista ou mesmo de inviabilizar que outros venham a ter ciência do que ocorreu. Para Luhmann a complexidade é a possibilidade de ter mais de uma escolha e a contingência pode ser compreendida como a possibilidade dos resultados apresentados serem diferentes daqueles anteriormente expostos. Nesse sentido, o direito ao esquecimento pode ser avaliado como a contingência que Luhmann insere em seus conceitos.

O primeiro precedente que estendeu proteção à imagem data de 1858. Foi a partir dele que, dez anos depois, foi editada uma lei que previa punição de multa correspondente a quinhentos francos pela publicação de fatos da vida privada em periódicos. O caso que deu origem a essa proteção foi julgado pelo Tribunal de Seine, na França, e teve como motivação a exposição e venda de uma gravura feita da imagem de uma atriz francesa em seu leito de morte. Na ocasião, a irmã da atriz autorizou o retrato, mas não sua reprodução e venda, tendo a Corte francesa impedido tal comercialização (RIBEIRO, 2003, 15-16). Esse primeiro aporte, relaciona-se

ISSN 1983-6783

a ideia de que ser esquecido, é ser deixado em paz o que não ocorreu na espécie, o desapontamento trazido por Luhmann na citação em comento.

A segunda referência histórica que tratou do esquecimento, mas como um direito a "ressocialização", ocorreu nos anos 30, em uma ação ajuizada no Estado da Califórnia (EUA) por Gabrielle Darley Melvin, ex-prostituta, que fora inocentada da acusação de participação em um crime, em 1918, mas foi surpreendida pelo lançamento de um filme que o recontava, reproduzindo cenas reais do seu julgamento, com a exposição de seu nome e imagem sem autorização expressa para tanto. A divulgação e reprodução do filme geraram prejuízos para Gabrielle, pois ela construiu uma 'nova vida', com uma imagem dissociada daquela da época dos fatos reproduzidos na película.

No julgamento, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia reconhece que Gabrielle tem o direito a buscar felicidade – não expressamente o direito ao esquecimento – visto que aquele vem proclamado na declaração de independência dos Estados Unidos da América, e fundamenta tal posicionamento, pois houve o uso indevido do nome e imagem da requerente que não consentiu para tanto. A decisão em questão reconhece, porém, que as acusações de participação em assassinato eram verídicas, e encontravam-se incluídas em registros públicos – acessível a todos – não prosperando as alegações da autora neste particular, pois "*O próprio fato dos incidentes constarem em um registro público basta para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade(...)".*[1]

Outro precedente relevante sobre o direito ao esquecimento é o intitulado "Caso Lebach". Em 1973, o Tribunal Constitucional Alemão, julga uma tutela inibitória ajuizada por um dos réus que se envolveu em um assassinato de quatro soldados alemães, ocorrido na cidade que dá nome ao caso, e, às vésperas de ser libertado após seis anos de reclusão, toma conhecimento que uma rede de televisão local pretendia exibir um programa especial sobre o crime em comento, exibindo fotos e imagens da época do ocorrido, sendo que sua figura seria exposta o que acarretaria prejuízos a sua imagem e à ressocialização pretendida.

A Corte alemã entendeu que permitir a veiculação do programa traria prejuízos ao autor, visto que a notícia a ser veiculada não tinha atualidade e não ensejaria mais interesse dos espectadores do programa, *in verbis*:

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

[1] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia**. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <http:// https://casetext.com/case/melvin-v-reid > Acesso em: 30 jun. 2016. – Originalmente: "From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are *291291 so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of "The Red Kimono", stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued"

ISSN 1983-6783

> que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. (SCHWAB, 2005, 486-488)

Conforme o entendimento sobredito, o princípio da proteção da personalidade (proteção da personalidade integral) se sobrepôs a liberdade de informação, em consonância com a proporcionalidade e o direito à ressocialização alcançado na decisão ao autor. Refira-se que o julgado em comento foi suscitado em outras duas ocasiões perante a Corte Alemã, e em ambos, os autores buscavam a tutela do esquecimento, deferido no originário. Todavia, em ambos o entendimento não corroborou com a primeira decisão.

Em 1996, outra emissora alemã realizou um documentário sobre o trágico episódio, porém sem expor nomes e imagens reais dos envolvidos. Este é conhecido como "Caso Lebach II". Nesse feito, o pleito dos autores visava impedir que a emissora veiculasse o programa, todavia o entendimento da Corte Constitucional Alemã é no sentido de respeitar a "liberdade comunicativa" da empresa, pois *com base no direito à radiodifusão, a proibição a um programa é sempre uma forte violação ao direito fundamental*. Já em 2009, o direito ao esquecimento foi suscitado por um ex-jogador de futebol que foi denunciado e condenado por estupro. O pedido versava sobre a exclusão de resultados de busca de sites da internet, em especial aqueles sobre sua carreira e preferências sexuais. Perante o Tribunal Superior de Munique, ele requer a suspensão de informações de âmbito privado dos sites de busca/pesquisa, trazendo a colação os fundamentos do primeiro "Caso Lebach". Porém não logrou êxito, recorrendo ao Tribunal Constitucional Alemão para reformar a decisão. A Corte por sua vez, relativiza a proteção aos fatos da vida privada, pois considerou que *a cobertura jornalística de um fato verídico e criminoso, ainda que no âmbito das relações sexuais, mesmo que sem uma sentença definitiva, não pode ser obstada sob o fundamento da preservação da vida privada.*

Os julgados do Brasil, são de uma mesma sessão de julgamento realizada em maio de 2013, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ambos tendo como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão. O direito ao esquecimento foi a temática dos processos, buscando retirar o caráter público de dados pretéritos, adentrando-se no mérito quanto à proteção da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerada a violação aos direitos da imagem e intimidade que a veiculação sem a autorização da pessoa pode causar e a liberdade de informação arguida pela imprensa nos casos concretos. Refira-se que a celeuma originou-se após a veiculação pela Rede Globo de Televisão do extinto programa "Linha Direta", que tinha um seguimento especial denominado "Linha Direta Justiça".

Nestes programas crimes que geraram grande repercussão nacional eram dramatizados, e, por conseguinte relembrados ao público, através das cenas com riqueza de detalhes do que teria ocorrido antes, durante e após os crimes ali retratados. O primeiro processo examinado pelo STJ analisa o pleito da Rede Globo para afastar a condenação deferida nas instâncias inferiores a uma pessoa acusada de ter participado da "Chacina da Candelária", trágico episódio ocorrido no Rio de Janeiro na década de 90. Refira-se que ele aduziu ter sofrido inúmeros prejuízos de ordem moral e material, pois foi absolvido no processo criminal, porém teve seu nome e imagem divulgados pelo programa, fato que trouxe à memória de inúmeras pessoas, que já tinham esquecido este acontecimento, fatos do passado, renovando os sentimentos de repudio e desconfiança a sua pessoa. A veiculação do programa, nos moldes que foi editado, também trouxe o assunto àqueles que não tiveram acesso ao mesmo na época do acontecido, o que igualmente entendeu o autor como prejudicial.

No caso em comento, o entendimento do Relator, acompanhado pelos demais pares, é pela manutenção da indenização deferida nas instâncias inferiores, reconhecendo na decisão a possibilidade do autor buscar seu direito ao esquecimento. Para o Relator, consiste no "*direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado*"[2] e, quanto à liberdade de imprensa, entendeu que ela não pode conferir à notícia jornalística uma liberdade

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br Acesso em: 27 jun. 2016.

ISSN 1983-6783

absoluta, livre de regras e de princípios, especialmente aqueles de natureza constitucional. Refere, especificamente sobre a proteção à dignidade da pessoa humana, intimidade e privacidade.

Todavia, este entendimento não foi reproduzido no outro processo[3] julgado pela mesma Corte. Nele, os irmãos de uma vítima de violência no final dos anos 50, recorrem ao STJ, pleiteando indenização em decorrência do uso do nome e imagem da irmã no programa sobredito, sem que houvesse a autorização deles para tanto. O Ministro Relator, porém, afasta a pretensão indenizatória, entendendo, em apertada síntese, que: a) a ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados não pode ser invocada, pois inviável recontar um crime histórico, como o que vitimou a irmã dos autores, sem mencionar a própria; b) *"(...) a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade – e o próprio ser humano – evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia"*; c) o caso em comento está inserido nas exceções decorrentes de crimes com ampla publicidade e, a veiculação do caso, passados cinquenta anos depois da morte da irmã dos autores, não poderia gerar abalo moral que ensejasse o dever de indenizar; e, d) a imagem da vítima não foi utilizada de forma indevida, pois sua imagem real foi veiculada no programa em apenas uma cena, sendo as demais, dramatizadas por atores contratados. Ao longo da decisão há análise da legislação pátria aplicável ao feito, bem como doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

Essa decisão, porém, não foi unanime, havendo dois votos divergentes[4] - Ministros Marco Buzzi e Maria Isabel Gallotti - que reconheceram o direito à indenização pleiteada pelos recorrentes, pois de acordo com o art. 20 do Código Civil. Há ainda uma relativização da liberdade de imprensa invocada pela emissora que produziu e transmitiu o programa, dando maior ênfase à tutela da privacidade e intimidade dos envolvidos, sendo reforçada nas decisões vencidas que os recorrentes manifestaram de forma expressa a contrariedade à veiculação do caso, pois remeteram notificação à emissora quando cientes da filmagem e produção do programa em comento.

No âmbito internacional, o precedente mais recente sobre o direito ao esquecimento é de 2014. Nessa oportunidade, a Corte de Justiça da União Europeia, se manifesta em uma ação ajuizada em 2012, por um cidadão espanhol contra a empresa norte-americana Google[5], pois quando seu nome era inserido para busca, informações sobre um edital, veiculado em 1998, em um jornal que anunciava a venda de imóvel de sua propriedade em hasta publica em decorrência de dívidas com o sistema de seguridade espanhol. O julgado em comento teve significativa repercussão, pois o cerne da discussão proposta era a necessidade de manutenção de dados com mais de onze anos de sua veiculação original, a relevância das informações e, em especial, porque os débitos então executados foram regularizados.

O processo foi levado a julgamento no Tribunal de Justiça da União Europeia, em virtude de recursos manejados pela empresa, em 13 de maio de 2014, proferiu a Diretiva 95/46, onde o direito ao esquecimento no âmbito da internet foi tutelado, na hipótese *"dados são considerados inadequados, não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido"*. Com esse entendimento, a Google passou a disponibilizar ferramentas que viabilizam que os usuários notifiquem o site para retirada de informações pessoais ali armazenadas, as quais não ficam mais visíveis quando ocorre a busca.

---

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.335.153- RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 27 jun. 2016

[4] Ibidem, p. 45-50.

[5] Tribunal de Justiça da União Europeia.Processo nº C-131/12 http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=esquecimento&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=421219, acesso em 27 nov 2015

ISSN 1983-6783

Os países que compõe a União Europeia passam a fazer mão de um sistema cooperativo, onde seus cidadãos podem notificar os sites para que os dados sejam retirados, cabendo ao provedor Google e os demais que disponibilizam estes serviços, incluir campo que permita aos usuários solicitar a exclusão de dados pessoais sem relevância dos resultados de buscas. Oportuno referir que esse julgado gerou um precedente relevante que inclusive foi replicado no projeto de lei que está tramitando no Brasil quanto à regulamentação da publicidade de dados[6].

A partir das referências sobreditas oriundas de casos concretos, a questão comum é justamente a lembrança, a memória daquilo que para os autores/recorrentes deveria ter sido mantida no passado e não ser transportada para o presente que não lhe pertence mais. É a memória que liga o presente ao passado, conforme depreende-se da leitura de François Ost. Para ele é através da memória a primeira referência do tempo jurídico, pois cabe ao direito (e aos juristas) instituir uma memória da coletividade. Todavia, essa memória não é absoluta, pois há uma abundância de informações e uma queda da memória coletiva em contraposição a memória individual. O autor prossegue a análise, fazendo a distinção da memória através de quatro paradoxos, quais sejam: memória social, que difere da memória individual; a memória do presente; a memória ativa (voluntária), e o esquecimento, que vem a ser um pressuposto da própria memória.

Assim, aceitar o esquecimento como parte relevante da memória pode auxiliar a compreender as oportunidades em que a possibilidade de ser “deixado em paz (ou só)” deve ser contemplada. Conforme a teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann, o direito é um subsistema de um sistema maior, que é a sociedade em que ele está inserido. Tenta-se estabelecer regras para gerar maior segurança e evitar frustrações. Nesse sentido ainda, no direito busca-se evitar conflitos e as referências para tanto estão muitas vezes nos costumes e precedentes e não em fatos inéditos.

No âmbito do direito ao esquecimento, a ideia que pode-se trazer, excetuando qualquer tentativa normativa para tanto, é justamente garantir que o perdão seja dado – e não se está fazendo apologia religiosa. O perdão que se imagina é viabilizar a regeneração dos fatos pretéritos e, com implemento do tempo, que seja viável a reconstrução daquilo que ficou após o que deveria ter sido esquecido. Para François Ost:

> O esquecimento, como memória, exige, pois, ser revisitado, selecionado, ultrapassado, superado, subsumido num tempo que não se reduz tão somente à declinação do passado. Eis-nos na terceira etapa, que virá nos conduzir ao limiar do perdão, um perdão que é simultaneamente anamnésia e remissão: ato de memória e aposta no futuro. Sem dúvida, um perdão desse tipo é um tanto sublime demais para ser jurídico integralmente; admitamos que ele estava ligeiramente para além do direito, assim como todo esquecimento estaria frequentemente aquém de suas virtualidades. Contudo, nada impede pensar que o ideal de reabilitação por ele implicado, que o processo coloca em ação, não seria aquilo que, na prática de reconhecimento recíproco dos querelante, inspira muitas instituições penais, mesmo que estas continuem amplamente matizadas de cálculo de interesses, de relações de força e de compromissos políticos. É no levantamento dessas manifestações do perdão, mais ou menos mescladas de esquecimento e de cálculo, que nos dedicamos, então, entre a anistia,

[6] Projeto de Lei 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha/PMDB-RJ. http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575. Acesso em 27 nov. 2015. No mesmo sentido, tramita no Senado Federal o projeto 181/2014, de autoria do Senador Vital do Rego: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736. Acesso em 27 jun. 2016.

ISSN 1983-6783

> que tende a esquecer tudo, e o imprescritível, que tende a conservar tudo. (OST, 2005, 145/146)

Nesse sentido, verifica-se que o perdão pode ser compreendido como o inverso da memória, onde se interpreta de forma diversa talvez os fatos do passado, esquecendo-se de determinados registros, pensando assim, em uma "aposta" para um novo futuro, partindo-se do pressuposto que o perdão é ato voluntário, não tendo efeitos se sobrevir de imposição (legal/moral/filosófica). Na referência em comento, François Ost, refere que o ligar e desligar o futuro aparece através da segurança jurídica, oriunda da confiança e, essa por sua vez, relaciona-se com o princípio da boa-fé (pacta sunt servanda). Todavia, prossegue o autor, afirmando que tal princípio tenha sido lançado a "penumbra do esquecimento" pelo positivismo jurídico (OST, 2005, 206-207).

Quanto as expectativas comportamentais e normativas apresentadas por Luhmann, pode-se suscitar que imagina-se uma conduta prévia das pessoas, porém, essa poderá ou não ocorrer.

> Através da expectativa normativa de expectativas, o estilo dessas expectativas pode ser submetido a regras normativas. A questão da assimilação ou não, no cão de desapontamentos, é tão importante ao ponto dela não poder ser relegada ao arbítrio privado. A escolha de um ou outro tipo tem que ser institucionalizada. (LUHMANN, 1983, 64)

Relacionando ao direito ao esquecimento e ao recente precedente internacional sobredito, é possível constatar a constante exposição que os usuários da *web* sofrem diariamente, todavia a almejada segurança jurídica não se faz presente. Não há regulamentação especifica sobre o que e a forma de disponibilização e divulgação de dados apresentados pelos provedores e buscadores de internet. As informações, sejam elas públicas ou privadas, são inseridas em um incontável – e muitas vezes inacessível – número de páginas, links, sites e o uso que é dado para tais referências ainda são desconhecidos da maioria. A rapidez com que o conteúdo da rede se espalha – e as limitações para retirá-los – são alarmantes, pois colocam os direitos da personalidade em segundo plano. Não há mais privado, anonimato ou desconhecido.

3. Metodologia

A pesquisa empírica para elaboração do presente artigo foi realizada através da análise de dois acórdãos oriundos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que abordaram o tema do direito ao esquecimento. A perspectiva do tempo também foi abordado através de revisão bibliográfica da doutrina de Niklas Luhmann e Fraçois Ost.

4. Considerações Finais

A memória do presente e do passado pode auxiliar ou prejudicar o futuro. Quando se aborda o direito ao esquecimento, essa memória de algo passado trazido para o tempo presente perturba. A incerteza do que uma imagem, um escrito ou um áudio representam no presente e venham a influenciar no futuro faz com que as pessoas busquem a tutela de seus direitos a privacidade perante o Poder Judiciário. Na doutrina de François Ost:

> o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal – temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. (OST, 2005, 160-161)

O direito ao esquecimento não deve ser compreendido como um novo direito, mas uma espécie decorrente do direito à privacidade, ou como uma ferramenta para transformar os fatos do passado, outorgando assim às pessoas a possibilidade de reescrever sua própria historia livre de

ISSN 1983-6783

máculas, podendo de forma seletiva descartar o que lhe convém, pois desagradável à memória no presente. Todavia, o cerne da temática está na relevância que as informações possuem para os outros além da própria pessoa. Por qual razão os dados e informações da vida privada devem ser disponibilizados sem limitações ou responsabilidade daqueles que as possuem sem maiores preocupações?

Sob o ponto de vista da doutrina jurídico-sociológica utilizada ao longo do presente texto, o direito busca trazer segurança para a sociedade que ele está inserido, evitando assim as frustrações apresentadas por Luhmann em seu estudo. Em sua teoria sistêmica, o direito é um subsistema da própria sociedade que o utiliza como demonstração de sua evolução. A falta de regulação quanto ao que deve ou não ser exposto e disponibilizado eternamente gera insegurança e uma expectativa nos envolvidos, direta ou indiretamente, em afronta a tutela da privacidade.

O tempo e a memória individual possuem referenciais diferentes, pois muitas vezes é o tempo que estabiliza as relações e viabiliza a retomada dos envolvidos livre do peso que o passado pode gerar. Todavia, quando há a persistência e a resistência no tempo e no espaço das informações, sem que haja um elemento que seja determinante para esse eterno lembrar – como se verifica em caráter de excepcionalidade a pessoas/fatos com viés eminentemente históricos, por exemplo - a violação à intimidade e a privacidade são flagrantes.

Como dito, o direito ao esquecimento não é a possibilidade de censura, mas sim a tutela justa de separação do que diz respeito à intimidade de cada individuo e com quem este deseja compartilhá-la. O precedente europeu repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, pelos precedentes do STJ e as recorrentes jurisprudências sobre o tema nos Tribunais de Justiça dos Estados da federação, bem como pelo projeto de lei ainda em tramitação[7], que versa sobre a temática.

Por fim, quanto às contribuições dos estudos de Ost sobre o tema, a percepção que ele apresenta do tempo, como sendo um elo que liga a memória do passado ao que é trazido para o presente e, a partir de então a viabilidade de construir-se um (novo) futuro, denotam a importância de permitir o esquecimento. Refira-se ainda que por seus exemplos associados à mitologia, é com a passagem do tempo e a sua estabilização que o direito ao esquecimento é associado ao perdão e, através dele, é possível conferir uma nova chance para o passado.

Referências

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

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

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

_____. Projeto de Lei 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha/PMDB-RJ. http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575. Acesso em 15 dez. 2015. No mesmo sentido, tramita no Senado Federal o projeto 181/2014, de autoria do

[7] Projeto de Lei 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha/PMDB-RJ. http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575. Acesso em 15 dez. 2015. No mesmo sentido, tramita no Senado Federal o projeto 181/2014, de autoria do Senador Vital do Rego: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736. Acesso em 15 dez. 2015

ISSN 1983-6783

Senador Vital do Rego: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736. Acesso em 15 dez. 2015

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

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81181-cnj-abre-consulta-publica-sobre-dados-de-candidatos-em-concurso-publico . Acesso em 18 dez 2015.

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

Jornal O Globo. Disponível em: http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/lei-do-direito-de-ser-esquecido-provoca-remocao-de-verbete-da-wikipedia-13488536#ixzz39VInUZBg.

LUHMANN, Nicklas. **Sociologia do Direito I**; tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

OST, François. **O tempo do direito**; tradução: Élcio Fernandes. Bauru. São Paulo: Edusc, 2005.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Proteção da Privacidade**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento#author.

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

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

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

Tribunal de Justiça da União Europeia. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf.