

DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUAS REPERCUSSÕES EM ÂMBITO DE DIREITO TRABALHISTA NO BRASIL*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*

Rafael Laffitte Fernandes*

Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson*

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato traçar os contornos da figura do direito ao esquecimento, no âmbito trabalhista, de sorte a analisar a formação desse novo direito, surgido em face da sociedade de informação, no contexto laboral, de forma a evitar prática excludentes ilegais em relação ao trabalhador.

Palavras-Chave: Direito ao esquecimento. Ambiente de trabalho. Fase pré-contratual.

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central.

* Professor Efetivo de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN) - Campus Natal (Central). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

* Doutora em educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

RIGHT TO FORGETTING AND ITS REPERCUSSIONS IN THE FIELD OF LABOR LAW IN BRAZIL

Abstract: The screen research, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, where one visits the legislation, the doctrine and the jurisprudence, its purpose is to trace the contours of the figure of the right to be forgotten in the labor sphere in order to analyze the formatting of this new right, arising in the face of the information society, in the labor context, in order to avoid illegal exclusionary practices in relation to the worker.

Keywords: Right to be forgotten. Workplace. Pre-contractual phase.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS



História, memória e esquecimento se inter-relacionam de diversas maneiras sendo objeto de estudo em múltiplos ramos do conhecimento, havendo repercussões, por óbvios, na dimensão jurídica naquilo que se convencionou chamar de “direito ao esquecimento”, expressão polissêmica que acarretou uma plêiade de visões sobre a temática vindo a ter aplicação em um plexo de ramos do direito com repercussões em diversos institutos.

A problemática específica, ora tratada neste ensaio, cinge-se em aferir a aplicabilidade desse “direito ao esquecimento” no contexto das relações de trabalho, nessa sociedade informacional, interligada pelas tecnologias de informação e comunicação (tics), onde todo um conjunto de informações está a um passo de um “click,” armazenado em alguma base de dados

de algum servidor em alguma parte desse globo que acaba por se “achatar”.^{1&2}

Para tanto é fundante adentrar nas peculiaridades do estudo do direito ao esquecimento, o qual tem natureza multifacetada, tensionando história, liberdade de expressão, direito à privacidade, proteção à honra e imagem, direitos de personalidade, tutela de dados, identidade, direito a um recomeço, anistia, direito a verdade, direito à informação, dentre outros.

¹ “As pessoas dispõem agora não apenas de seu próprio sistema de acesso às informações para entender melhor o que está ocorrendo em seus países ou fora dele, não apenas para discuti-las entre si, mas também do mecanismo de comando e controle para se organizar e tomar uma providência”, acrescenta Mundie. ‘No passado, somente governos e exércitos dispunham desses tipos de sistemas de comando e controle. Agora as pessoas dispõem. E quanto mais essas ferramentas penetram em grandes volumes, mais cai o preço de sua produção e uso, e então mais elas penetram e mais longe se difundem. E, quanto mais se difundem, mais impossível se torna controlar qualquer coisa do centro.’ Mais impossível se torna também manter qualquer coisa no nível ‘local’. Tudo agora flui instantaneamente dos cantos mais remotos de qualquer país para essa plataforma global onde tudo é compartilhado”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80)

² “Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso - mas também de gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da web ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o pc, o smartphone, a internet e o Facebook estão fazendo ‘é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa’ que lhe interesse - ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 - um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80)

É evidenciado que o problema por trás do “direito ao esquecimento” perfaz-se em torno da questão da circulação da informação, o que vem por desdobrar no conflito entre a busca na preservação dos direitos de personalidade (honra, imagem, privacidade), os quais possuem *status* constitucional, em relação ao direito de liberdade de expressão, também um direito fundamental e humano, cuja restrição abusiva macula o estado de direito e a democracia.

A complexidade sobre os liames do direito ao esquecimento é premente, não sendo objetivo desse ensaio esgotar ou apresentar uma abordagem inovadora, mas sim explicitar de forma geral, de sorte a refletir sobre suas repercussões na tutela dos direitos fundamentais do trabalhador.

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato traçar os contornos da figura do direito ao esquecimento no âmbito trabalhista de sorte a analisar a formatação desse novo direito, surgido em face da sociedade de informação, no contexto laboral, de forma a evitar práticas discriminatórias ilegais em relação ao trabalhador.

Quanto a estruturação do presente ensaio dar-se-á da seguinte maneira: explicitação de cunho geral quanto ao direito ao esquecimento, sendo abordado o contexto histórico, razão de sua estruturação relacionada com os direitos fundamentais, sua abordagem na senda jurisprudencial; estudo pormenorizado da aplicabilidade do direito ao esquecimento na dimensão trabalhista, com ênfase na fase pré-contratual, onde se daria o processo de exclusão ilegal do candidato à vaga de emprego pelo empregador.

2. PONDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1. ALGUMAS NOTAS QUANTO AO SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO COMPARADO

O estopim, na modernidade, quanto ao debate em relação ao direito ao esquecimento deu-se em face do litígio envolvendo Google Spain, Google Inc, Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González.

A referida contenda deu-se em face da reclamação do senhor Mario Costeja González que ao realizar uma busca do seu nome no site de busca do Google dava por resultado notícia ventilada no jornal *La Vanguardia*, em 1998, sobre o leilão de seus imóveis para pagamento de dívidas perante a seguridade social espanhola. O autor alegava que tal fato ocorreu fazia anos e que a referida informação não possuía mais pertinência atual.

A decisão, em 2010, referente a reclamação do senhor Costeja perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (entidade autárquica) fora no sentido de excluir qualquer responsabilidade do jornal *La Vanguardia*, visto que as mesmas eram justificadas e foram feitas a ordem do Ministério do Trabalho Espanhol.

Todavia, a mesma decisão entendeu que poderia determinar aos operadores dos motores de busca a retirada de dados e interdição de acessar determinados dados quando este conspurque direitos fundamentais, sem que houvesse necessidade de suprimir os dados ou informações do website.³

³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de maio de 2014, no processo C-131/12. Disponível em: <

A Google interpôs recurso perante a “Audiência Nacional” (tribunal espanhol), a qual determinou a suspensão da instância e remeteu o caso ao Tribunal de Justiça Europeu, o qual veio a reconhecer o direito a desindexação de determinados resultados de busca, sendo o operador do motor de busca responsável pelo tratamento quanto as informações buscadas contiver dados pessoais, ficando este obrigado a suprimir da lista de resultados referente ao nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas da internet publicadas por terceiros que contenham dados dessa pessoa buscada.⁴

Como explicitado alhures, o referido caso espanhol foi a razão das discussões mais aprofundadas sobre o direito ao esquecimento na contemporaneidade. Todavia, o assunto é ventilado em litígios judiciais passados, em casos, por exemplo, nos Estados Unidos e Alemanha.

Sem adentrar, aprofundadamente, nas minúcias dos litígios, a temática do direito ao esquecimento, mesmo que de forma indireta, foi tratada em julgado do Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1931, *Melvin v. Reid*, onde *Gabrielle Darley Melvin* adentrou com ação contra *Dorothy Davenport Reid* em razão da produção do filme *Red Kimono*, onde retrata a vida de *Melvin*, no passado, abordando prostituição e acusação de homicídio. O filme utiliza o nome real da autora, bem como imagens reais do julgamento.

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417>. Acessado em: 17 de novembro de 2020.

⁴ Acórdão Do Tribunal De Justiça, de 13 de maio de 2014, no processo C-131/12. Disponível em: < http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5fe90ba6179b14238af0fae643c9fa1b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKaNb0?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=100417>. Acessado em: 17 de novembro de 2020.

O tribunal entendeu que os fatos eram públicos, todavia, isto não tornava legítimo o uso do nome real e imagem da apelante, o qual teria direito de seguir sua nova vida honrada, sem ter sua reputação maculada pela publicação da história, fundamentando no direito a reabilitação.^{5&6}

Na Alemanha, é apresentado o caso *Lebach*, o qual fora julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. O presente caso versa sobre uma emissora de televisão que após anos de um crime de homicídio de 4 soldados decidiu fazer um

⁵ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.39-40.

⁶ Court of Appeal of California, Fourth District. *Melvin v. Reid*. 112 Cal. App. 285. Decided Feb 28, 1931. Disponível em: < <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acessado em: 09 de dezembro de 2020.

“Upon demurrer the allegations of the complaint must be taken as true. We must therefore conclude that eight years before the production of “The Red Kimono”, appellant had abandoned her life of shame, had rehabilitated herself and had taken her place as a respected and honored member of society. This change having occurred in her life, she should have been permitted to continue its course without having her reputation and social standing destroyed by the publication of the story of her former depravity with no other excuse than the expectation of private gain by the publishers.

One of the major objectives of society as it is now constituted, and of the administration of our penal system, is the rehabilitation of the fallen and the reformation of the criminal. Under these theories of sociology it is our object to lift up and sustain the unfortunate rather than tear him down. Where a person has by his own efforts rehabilitated himself, we, as right-thinking members of society, should permit him to continue in the path of rectitude rather than throw him back into a life of shame or crime. Even the thief on the cross was permitted to repent during the hours of his final agony. We believe that the publication by respondents of the unsavory incidents in the past life of appellant after she had reformed, coupled with her true name, was not justified by any standard of morals or ethics known to us and was a direct invasion of her inalienable right guaranteed to her by our Constitution, to pursue and obtain happiness. Whether we call this a right of privacy or give it any other name is immaterial because it is a right guaranteed by our Constitution that must not be ruthlessly and needlessly invaded by others. We are of the opinion that the first cause of action of appellant's complaint states facts sufficient to constitute a cause of action against respondents”.

documentário (*The Soldiers Murder At Lebach*)⁷ sobre o mesmo. O documentário iria usar imagens do detento, bem como retratar suas preferências sexuais, sendo veiculado alguns meses antes da soltura do condenado.

Inicialmente, o Tribunal Regional de *Mainz* não acatou o pedido do detento em impedir a veiculação do documentário baseado na liberdade de imprensa. O detento ajuizou uma reclamação constitucional perante a Tribunal Constitucional Federal alegando que o documentário comprometeria sua ressocialização e consequentemente sua liberdade de desenvolvimento. A decisão foi favorável ao autor, afirmando que o direito de informação ao público e o direito de personalidade devem ser pautados pelo princípio da proporcionalidade. Em síntese, disse que uma informação sobre fatos antigos poderia ser considerada ilícita, bem como que o direito à privacidade antecederia a ideia de autoterminação informacional.⁸

O referido caso *Lebach* fora revisitado em 1990, onde novamente, um outro canal de televisão iria fazer um seriado sobre crimes históricos e o crime em *Lebach* seria abordado. Novamente, aquele que fora condenado pelo delito adentra com ação para impedir a veiculação.

No tribunal Regional de *Sarre*, o autor não obteve sucesso, posto que o nome e imagem do ex-detento não seriam veiculados. Um outro condenado, coautor do referido crime, adentrou com ação no Tribunal de *Coblença*, obtendo êxito, o que forçou a emissora de televisão a entrar com uma reclamação no Tribunal Constitucional Federal. O tribunal constitucional reformou a decisão do Tribunal de *Coblença*, visto que não haveria

⁷ O caso versa sobre um assalto a um depósito de munições das forças armadas alemãs, em *Lebach*, onde 4 soldados foram mortos.

⁸ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, ps.44-46.

risco de comprometer a ressocialização dos condenados pelo delito, posto que os mesmos já se encontravam inseridos na sociedade, além de que não haveria identificação dos autores, bem como a percepção do delito, no contexto atual, seria outro.⁹

Como explicita o professor Ingo Wolfgang Sarlet, o assunto em questão não é novo, apesar da nova nomenclatura, tratando, em derradeiro, sobre o clássico embate entre a proteção a personalidade e outros direitos fundamentais constitucionalmente prescritos.¹⁰

2.2. PREMISSAS CONSTITUIDORAS E RAZÕES FUNDANTES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Conceituar o direito ao esquecimento não é tarefa fácil, posto que depende do espectro de abrangência no processo interpretativo normativo, maior ou menor, de que se tenha o operador do direito.¹¹

⁹ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, ps.46-48.

¹⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. In: *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet#:~:text=O%20chamado%20%E2%80%9Cdireito%20ao%20esquecimento,assim%20chamada%20Sociedade%20da%20Informa%C3%A7%C3%A3o.&text=e%20a%20liberdade%20de%20express%C3%A3o%20e%20informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acessado em: 16 de novembro de 2020.

¹¹ Explicitam-se dois conceitos simples de natureza geral: “O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de apagar informações sobre ele, depois de um certo período de tempo. O referido direito visa que fatos passados da vida de uma pessoa sejam esquecidos, impedindo que novas notícias ou divulgações sejam feitas sobre esses fatos. O direito ao esquecimento, portanto, é o direito de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente, evitando uma espécie de pena perpétua através da lembrança. Tal direito visa não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento da vida de alguém, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Ou seja, os atos que praticaram no

É constatado pela doutrina que o direito ao esquecimento é utilizado de forma ampla e indistinta, como no cancelamento de informações negativa sobre crédito ou antecedentes criminais ou mesmo em relação a um processo de desindexação de dados em buscadores, independentemente das razões para tanto.¹²

Além disso é comum usar a expressão “direito ao esquecimento” como espécie de sinônimo em relação ao direito à privacidade, direito de estar só ou direito de proteção de dados. Luiz Fernando Marrey Moncau explicita bem essa crítica:

(...). Em primeiro lugar, que a expressão “direito ao esquecimento” não deve ser utilizada de maneira intercambiável em relação a outros direitos existentes no ordenamento jurídico. Direito ao esquecimento não é o mesmo que direito à privacidade, à proteção de dados pessoais ou que um direito de estar só. A expressão não deveria ser utilizada para se referir, por exemplo, ao direito de ter informações sobre inadimplemento de obrigações contratuais expurgadas de bancos de dados de

passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas”. (STUDART, Ana Paula Didier; MARTINEZ, Luciano. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. In: *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 5, nº 1, ps-121-165, 2019, p. 121. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0121_0165.pdf>. Acessado em: 16 de novembro de 2020). “A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. In: *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet#:~:text=O%20chamado%20%E2%80%9Cdireito%20ao%20esquecimento,assim%20chamada%20Sociedade%20da%20In-forma%C3%A7%C3%A3o.&text=e%20a%20liberdade%20de%20express%C3%A3o%20e%20informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acessado em: 16 de novembro de 2020)

¹² Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.57.

crédito após um certo período, ou mesmo para referir-se à impossibilidade de utilizar as condenações penais transitadas em julgado há um certo tempo para fins de majoração de pena, por maus antecedentes. (...) ¹³

Quais seriam os elementos constitutivos de um genuíno direito ao esquecimento?

A partir da doutrina especializada pode-se identificar como elementos primários do direito ao esquecimento: a circulação da informação e o transcurso do tempo. Essa informação precisa de alguns atributos: publicidade, *status* de licitude e o consequente resultado danoso ou discriminatório. ¹⁴

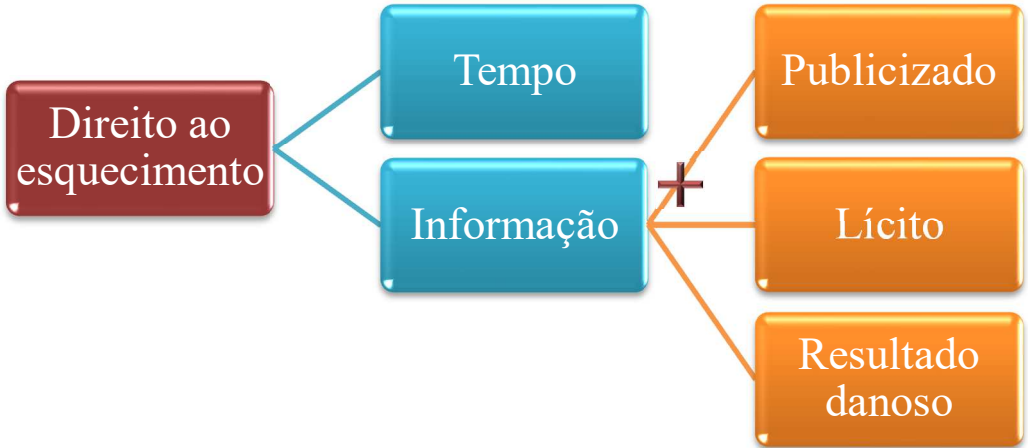
Explicando: necessita-se de uma informação de natureza pública que fora publicizado ou posto à disposição em algum momento no passado. É crível constatar que aquela informação de natureza privada ou que fora veiculado recentemente por si só não constitui contexto para falar em direito ao esquecimento. A divulgação de informação, em tempo pretérito, precisa ser lícita, posto que caso a informação seja reputada ilícita, seja por infração ao direito à privacidade, imagem, honra, direitos autorais, dentre outros, novamente, não se teria um ambiente próprio para o direito ao esquecimento. Por fim, diante da informação de natureza pública e lícita, veiculado no passado, tem a necessidade de associar a uma consequência danosa injustificada ao indivíduo, na realidade atual. ¹⁵

Figura 01 – Elementos primários do direito ao esquecimento

¹³ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.366.

¹⁴ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.366.

¹⁵ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, ps.212-216.



Fonte: figura elaborada pelos autores

Não se tem dúvida que se está diante de uma problemática jurídica grave no que tange restringir uma informação pública e lícita. Sem dúvida que o uso leviano e desmedido do chamado “direito ao esquecimento” pode ocasionar restrição abusiva a liberdade de expressão, direito básico para o desenvolvimento e medição de um Estado democrático.

Na percepção, particular, desses ensaístas, o tempo teria a capacidade de degradar a importância e o valor das informações públicas e lícitas. Essas informações públicas e lícitas ao serem resgatadas, no futuro, e a depender da forma que venham a ser empregadas podem acarretar um resultado danoso ao macular algum direito de personalidade do indivíduo. Não é a informação que se torna ilícita, mas a forma com que venha a ser utilizada que constitui a possível ilicitude.¹⁶

¹⁶ “(...) explorou algumas alternativas de fundamentação de um direito ao esquecimento. A passagem do tempo poderia, por exemplo, modificar o equilíbrio dos

Evidencia-se que não há uma fórmula geral e específica para solucionar a demanda do resgate e uso da informação passada. Apenas diante do caso concreto e socorrendo-se da técnica da ponderação para aferir que direito deve preponderar.

Pode-se afirmar que o direito ao esquecimento constituir-se-ia em um corolário do direito de personalidade, a qual possui proteção constitucional nos termos do art. 5º, X da Constituição Federal¹⁷ e que fora positivado, também, no Código Civil de 2002 (arts. 11-21), apesar de regulamentada timidamente.¹⁸

Não se tem dúvida da importância dos direitos da personalidade, cuja construção dar-se após a segunda guerra mundial, face necessidade de uma categoria mínima de direitos à pessoa

interesses em jogo na disseminação de determinada informação. Nessa linha, uma informação pública no passado se tornaria privada no presente, o que transformaria, fatalmente, uma nova disseminação em ato ilícito. A consequência dessa formulação, como se pode notar, é extremamente grave para a liberdade de expressão.

De qualquer maneira, por esse raciocínio, o tempo poderia afetar as ideias de interesse público, figura pública ou interesse noticioso, mitigando tais interesses. Novos interesses poderiam surgir, como a ressocialização daquele que cumpriu pena. A partir de uma ideia mais matizada de privacidade - superando a dicotomia sigilo-publicidade - seria possível pensar em como o tempo afeta ou deveria afetar a obscuridade (dificuldade de acesso) de determinada informação. Dessa forma, com o tempo, uma informação pública (no sentido de "em evidência e facilmente acessível") poderia se tornar cada vez mais obscura, sem tornar-se novamente sigilosa, maneira semelhante, os efeitos do tempo poderiam operar sobre outros aspectos, sendo possível formular múltiplas teorias sobre como o tempo afetaria o direito à imagem, ao nome ou à identidade, justificando limitações na circulação da informação". (MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, ps.367-368)

¹⁷ Constituição Federal. Art. 5º. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

¹⁸ “Apesar do acanhamento (ficando aquém das expectativas doutrinárias e do próprio avanço jurisprudencial dos anos mais recentes, o Código Civil de 2002 reconheceu, expressamente, os direitos da personalidade (...).” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, ps. 135-136).

humana.¹⁹

Os direitos de personalidade constituem-se nos direitos basilares para o desenvolvimento da pessoa em sociedade vindo apresentar-se como consectário da dignidade da pessoa humana, elevado este a fundamento da República Federativa do Brasil.²⁰

No presente ensaio vislumbra-se que o direito ao esquecimento vem por compor o espectro do direito da personalidade (que em uma percepção aberta dispensa tipificação e positivação, não encerrando em sua dimensão taxativa de direitos), o qual é composto por um rol de outros direitos.²¹ A essência desse direito ao esquecimento é vislumbrada como a proibição do uso de informações referentes a fatos passados de uma determinada pessoa de forma a obstar o acesso a oportunidades, ao exercício de direito e/ou a macular outros direitos de personalidade como honra, imagem e privacidade.

O direito ao esquecimento como forma de tutela da dignidade da pessoa humana fora reconhecido no enunciado nº 531 do Conselho de Justiça Federal: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Nesse contexto de sociedade de informação um meio de tutelar esse direito ao esquecimento dar-se-ia por meio de um processo de desindexação de dados, referente a informações do indivíduo, nos motores de pesquisa.

¹⁹ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135.

²⁰ “Em síntese estrita: os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 137)

²¹ Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

Afira que essa forma de tutela permite compatibilizar o exercício da liberdade de expressão realizado legitimamente, por exemplo, pela imprensa (na época que um determinado fato fora perpetrado) de forma a preservar a referida liberdade e a preservação da informação com o direito ao esquecimento, onde, no futuro, o indivíduo detentor de um justo direito a reabilitação, de não ter que “pagar uma pena perpétua” por fatos do passado, possa ter seu nome desindexado dos buscadores existentes na internet de forma a preservar sua honra e sua imagem permitindo sua incorporação na sociedade dignamente.

2.3. DAS POSSÍVEIS FONTES PARA A TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Apesar da questão ao direito ao esquecimento já ter sido ventilada e reconhecida no seio das jurisprudências do STJ e STF, visto, mais uma vez, não ser um tema novo, mas sim ter ganhado nova roupagem e dimensão na presente sociedade de informação, constata-se que não há uma lei específica que regule ou defina essa temática fruto dos chamados “novos direitos”.

O que se afere, em verdade, são leis pontuais que permitem, de certa forma, a instrumentalização ao direito ao esquecimento no que tange ao uso dos dados pessoais, no âmbito da internet, seja de pessoas físicas ou jurídicas, limitando o seu uso de forma indiscriminada.

Aponta-se como primeira prescrição legal a lei instituidora do marco civil da internet, Lei nº 12.965/14, em seu art. 7º, X, o qual teve sua redação modificada pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº13.709/18):²²

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
(...)

²² Art. 60 da Lei Geral de Proteção de Dados.

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei;
(...)

Afirma que não se utiliza ou explicita a expressão direito ao esquecimento, mas a possibilidade de sua tutela se manifesta na normatividade do artigo retro no momento que permite a exclusão de informações referentes a dados pessoais em relação a aplicação na internet ao término da relação entre as partes envolvidas.

Instrumento para tutelar o direito ao esquecimento é ventilado, também, no seio da Lei Geral de Proteção de Dados, a qual entrou em vigor, no Brasil, em agosto de 2020, ao versar sobre a possibilidade de correção, anonimização, bloqueio e eliminação de dados pessoais, como se constata na redação do art. 18:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

(...)

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

(...)

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

(...)

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço

desproporcional.

Reforçamos que o direito ao esquecimento não se restringe apenas aos dados/informações que transitam na imensidão da rede mundial de computadores, mas ganha enfoque e atenção nessa cyber-realidade que a sociedade e instituições encontram-se inseridas.

Também não se deve quedar no equívoco de associar direito ao esquecimento a mero tratamento de dados pessoais.²³

2.4. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

No presente tópico explicitar-se-á alguns precedentes sobre o direito ao esquecimento, no seio da jurisprudência brasileira, em específico do Superior Tribunal de Justiça.

2.4.1. JULGADOS DO STJ

Sem dúvida que um caso emblemático que perpassou pelo STJ versa sobre o caso Candelária, onde emissora de televisão rememorou o homicídio de 8 crianças e adolescentes, moradores de rua, próximo a igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, onde se teve a participação de membros da polícia militar, ocorrido há mais de 20 anos, tendo sido veiculado o nome e imagem de um cidadão que fora equivocadamente condenado pelo crime, sendo, posteriormente, absolvido.

No julgado é reconhecido a historicidade como patrimônio imaterial, mas específica que não há permissão para retratar pessoas envolvidas em delitos do passado de maneira “*ad eternum*”. A perda do interesse público sobre um crime tende a

²³ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, ps.368-370.

desaparecer quando se submerge a causa que legitimava a sua apuração e/ou extingue-se a resposta penal ao caso. O uso da informação, posteriormente, teria caráter meramente estigmatizante, tendendo a perpetuar as misérias humanas.

É explicitado pelo ministro relator que o caso poderia ter sido novamente retratado, visto o caráter histórico do mesmo e por revelar problemas sociais no Brasil, todavia, sem a necessidade de citar nomes e imagens dos seus partícipes. De tal sorte, teria como equalizar a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade do requerente, o qual não precisava ter sua honra e imagem maculados por uma segunda vez.

In verbis, transcrição do julgado:

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

(...)

2. *Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor*

busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiper informação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências

de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprezada de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, *embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto*. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica quando gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

9. *Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os*

traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. *Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.*

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. *A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito*

sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, *o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena* (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. *Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.*

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. *Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as mi-sérias humanas.*

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, *confere*

concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. *No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.*

19. *Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte.*

20. *Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.*

21. Recurso especial não provido.²⁴ (Grifos nossos)

No segundo julgado, proferido na mesma data do caso da “chacina da Candelária”, a discussão envolvia um documentário, em uma rede de televisão, sobre um delito de homicídio ocorrido em 1958, no Rio de Janeiro, que teve por vítima uma jovem de nome Aída Curi. Seus familiares demandaram uma ação de indenização visto violação do direito à personalidade, posto fazerem jus ao direito ao esquecimento, face a rememoração do caso que se deu de forma desnecessária.

No julgado em questão preponderou a liberdade de imprensa, posto a impossibilidade de retratar um caso que adentrou para a história sem explicitar sobre a vítima.

Apontou também que o caso não fora explorado de forma sensacionalista a época dos fatos, vindo sua rememoração 50 anos depois não constituir nenhum tipo de abuso. Fora reconhecido que a imagem da vítima não fora utilizada de forma desrespeitosa ou degradante. Um outro aspecto abordado é que o direito ao esquecimento não acarreta necessariamente a um direito a indenização.

O presente julgado fora prolatado em uma votação apertada, onde se constatam as controvérsias, entre os ministros, sobre a temática do direito ao esquecimento.

Transcreve-se, abaixo, a ementa do caso:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO

²⁴ STJ, 4º turma, REsp nº 1334097/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe em 10/09/2013.

CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

(...)

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. *Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.*

5. *Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece*

para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. *É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.*

7. *Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.*

8. *A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, substancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.*

9. *Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou*

desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.²⁵ (grifos nossos)

No caso supra ocorreu recurso para o STF, tendo sido reconhecido sua repercussão geral, em 2014. Todavia, até a presente data encontra-se pendente de julgamento.²⁶

Críticas pertinentes são ventiladas por Luiz Fernando Marrey Moncau visto que as referidas decisões não ofertam critérios precisos para a configuração do direito ao esquecimento, o que inviabiliza a previsibilidade em julgados futuros.²⁷ Assim lapida o referido doutrinador:

(...). Não há, por exemplo, maiores discussões sobre critérios que permitissem distinguir: a) quanto tempo é necessário para que qualquer parte de uma informação transforme-se de lícita em ilícita ou, em outras palavras, a partir de que momento teria um meio de comunicação o dever de não citar o nome ou imagem de pessoa com base em um direito ao esquecimento; b) qual o critério para se definir quando uma informação, mesmo fazendo parte de um fato histórico, deve ser omitida; c) em que casos a informação sobre a pessoa torna-se componente

²⁵ STJ, 4ª turma, REsp nº 1335153/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, DJe em 10/09/2013.

²⁶ “EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL”. (STF, Pleno, ARE nº 833248, Ministro Relator Dias Toffoli, julgado em 11/12/2014, DJe em 20/02/2015).

²⁷ Cf. MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.336.

indissociável do fato, podendo, portanto, ser veiculada; d) se um direito ao esquecimento poderia ser oposto contra qualquer crime ou se a gravidade do crime importa no balanceamento de direitos, e; e) se tal direito abrange outras situações, inclusive aquelas que reportam fatos passados que não são de natureza criminal.²⁸

Em outro julgado do STJ fora reconhecido o direito ao esquecimento em relação a pessoas anistiadas pelos delitos perpetrados na época da ditadura militar, sendo negado a pretensão de declaração judicial da ilicitude da conduta do réu. *In verbis*:

(...)

23. É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto –, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo.

24. *Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, “confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda” (REsp 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013).*

25. *A eternização de conflitos entre particulares, como o de que ora se cuida, traz em si mesmo um efeito pernicioso àquele ideal de reconciliação e pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar; é a própria jurisdicionalização da vendeta, que não deve ser chancelada pelo Poder Judiciário, sobretudo passados mais de 40 anos dos acontecimentos.*

26. *Sob essa ótica, mostra-se inviável a pretensão deduzida na petição inicial, de obter a declaração de “que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou*

²⁸ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento* – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais. São Paulo: RT, 2020, p.336.

danos morais e danos à integridade física dos autores” (fl. 47, e-STJ), como se a decisão judicial fosse um desses certificados que se pendura na parede para imortalizar o malfeito do recorrente.

27. O ordenamento jurídico, por todos os fundamentos expostos, veda tal pedido, e clama pelo perdão.

(...) ²⁹ (Grifos nossos)

Em decisão, recente, o STJ, reafirma a tutela da dignidade da pessoa humana ao reconhecer o direito ao esquecimento, condenando empresa jornalística, produtora de revista de abrangência nacional, de periodicidade semanal, que em 2012, resgatou um delito de homicídio da década de 90, que ganhou repercussão nacional, vista a notoriedade da vítima.

No caso em específico a matéria jornalística veiculou imagem atual de um dos autores do delito, bem como retratou sua atual vida e de seus familiares (nome, profissão do esposo, local e endereço de sua residência, veículo que transporta os seus filhos, locais que frequenta).

Perceba que ocorreu um resgate de um delito histórico, mas o foco foi na vida contemporânea de uma pessoa ex-condenada, o que vem por impedir sua reintegração na sociedade, causando-lhe uma segunda condenação e a perpetuação da pena, apesar de décadas do fato delitivo já ter se passado.

O pleito quanto a tutela inibitória de futuras referências ao delito perpetrado na década de 90 não prosperou, visto, nesse ponto a importância de preservar a historicidade do fato, bem como a liberdade de expressão. Proibições futuras sobre o assunto em matérias jornalísticas configurariam uma censura prévia.

Mais uma vez é reconhecido que a liberdade de expressão não é absoluta, devendo respeitar os limites normativos de outros direitos, também, fundamentais.

²⁹ STJ, 3º turma, REsp nº 1.434.498/SP, Ministra Relatora Nancy Andriahi, julgado em 09/12/2014, DJe em 05/02/2015.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. MATÉRIA JORNALÍSTICA. REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. CRIME HISTÓRICO. REPORTAGEM. REPERCUSSÃO NACIONAL. DIREITO À PRIVACIDADE. PENA PERPÉTUA. PROIBIÇÃO. DIREITO À RESSOCIALIZAÇÃO DE PESSOA EGRESSA. OFENSA. CONFIGURAÇÃO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. MEMÓRIA COLETIVA. DIREITO À INFORMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ESPOSO E FILHOS MENORES. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO INTEGRAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME FÁTICO. VEDAÇÃO.

(...)

2. *A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em (i) analisar os limites do direito ao esquecimento de pessoa condenada por crime notório, cuja pena se encontra extinta, e (ii) aferir o eventual cabimento de majoração dos danos morais fixados em virtude da divulgação não autorizada de imagem e de informações pessoais da autora do crime e de seus familiares em matéria jornalística publicada mais de vinte anos após ocorrido o ato criminoso.*

3. *Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente, à imagem e à honra das pessoas sobre as quais se notícia.*

4. *O interesse público deve preponderar quando as informações divulgadas a respeito de fato criminoso notório forem marcadas pela historicidade, permanecendo atual e relevante à memória coletiva, situação não configurada na hipótese dos autos em que houve exposição da vida íntima de pessoa condenada por delito, cuja pena se encontra extinta, e sua família.*

5. *A publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente*

voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo artigo 220, § 1º da Constituição Federal, e viola o direito à privacidade, consolidado pelo artigo 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização. 6. No caso concreto, o Tribunal de origem fixou o entendimento de que a reportagem se limitou a descrever hábitos rotineiros da autora do crime, de seu esposo e de seus filhos, utilizando o delito como subterfúgio para expor o cotidiano da família, inclusive crianças e adolescentes, premissas fáticas cujo reexame é vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

7. A exploração midiática de dados pessoais de egresso do sistema criminal configura violação do princípio constitucional da proibição de penas perpétuas, do direito à reabilitação e do direito de retorno ao convívio social, garantidos pela legislação infraconstitucional nos artigos 41, VIII e 202 da Lei nº 7.210/1984 e 93 do Código Penal.

8. Diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

9. A extensão dos efeitos da condenação a terceiros não relacionados com o delito configura transgressão ao princípio da intranscendência ou da pessoalidade da pena, consagrado pelo artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, sendo especialmente gravosa quando afetar crianças ou adolescentes, os quais se encontram protegidos pela Lei nº 8.069/1990 (ECA), que assegura o direito à proteção integral e o pleno desenvolvimento de forma sadia.

(...)

11. Recurso especial conhecido e não provido.³⁰ (Grifos nossos)

³⁰ STJ, 3ª turma, REsp nº 1.736.803/RJ, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/04/2020, DJe em 04/05/2020.

É importante perceber que no aresto acima, por mais que se tenha a fundamentação no direito ao esquecimento, vejamos que a as razões que dão provimento a demanda da autora não perpassa pela temporalidade passada, mas sim pela mácula da honra e imagem, sua e de seus familiares, em face de reportagem sensacionalista da atualidade.

De tal sorte, podemos afirmar, pelo menos no que tange ao julgado analisado, que o direito ao esquecimento fora utilizado de forma indiscriminada, fora de uma precisão adequada, o que confirma a afirmação outrora de nebulosidade no qual permeia a referida temática.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO CONTEXTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Na dimensão das relações laborais, o fato material extremamente corriqueiro, perpetrado pelos setores de recursos humanos das empresas e demais organizações, é a exigibilidade da certidão de antecedentes criminais³¹ em relação aos candidatos ao processo de seleção de vagas de emprego, na fase pré-contratual.

Quando não é feito esse tipo de exigências o próprio departamento de recurso humanos, tendo em mãos os dados do candidato à vaga de emprego, em meio a essa sociedade hiperconectada, faz pesquisas em site de buscas e nos sites de tribunais, na parte de consulta pública, para constatar a existência do processamento ou condenação por alguma prática delitativa, seja em documentos oficiais, seja em notícias jornalísticas.

³¹ Não seria estranho, também, a solicitação de certidão do cartório criminal distribuidor. Diverso da certidão de antecedentes criminais que atesta ou não alguma condenação em processo crime, a certidão do cartório criminal distribuidor, por sua vez, vem por informar a existência ou não de algum processo criminal em que o trabalhador foi parte.

Afira que no momento que o candidato é excluído do processo de seleção, impedido de participar ou não selecionado a vaga pleiteada em face da constatação de uma condenação criminal ou de um processo criminal em trâmite tem-se uma prática discriminatória que vilipendia o telos dos direitos humanos.

A exigibilidade dessas certidões criminais (das mais diversas esferas – estadual, federal, eleitoral e militar) e/ou certidão do cartório criminal distribuidor não possui qualquer amparo legal, constituindo uma exigibilidade que ultrapassa o poder regulamentar do empregador, bem como vem por ferir ditames constitucionais por promover a discriminação, cujo seu combate constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.³²

Destaca-se, ainda, que o princípio da igualdade que vem por vedar o tratamento discriminatório encontra-se plasmado nas regras constitucionais prescritas no art. 7º da Constituição, destacando-se: “XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Indaga-se: que informação a certidão de antecedentes criminais ou certidão do cartório criminal distribuidor poderia revelar ao empregador no que tange a capacidade laboral de alguém?

Nenhuma.

Estigmatizar o trabalhador em decorrência dos seus antecedentes criminais é uma afronta a sua liberdade de trabalho,

³² Constituição de 1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ofício, e profissão,³³ posto que ter-se-ia um processo de exclusão do trabalhador em face de fatos alheios a capacidade/aptidão laboral, o que impediria o acesso ao labor e, conseqüentemente, a tão desejada reintegração a sociedade, o qual perpassa pelo justo acesso aos meios de subsistência galgado pelo trabalho.

Lembrar que existe o instituto da reabilitação criminal³⁴ que é fruto de política criminal que vem por garantir a sigilidade sobre os registros do processo e sobre a condenação, bem como extinguir certos efeitos específicos da condenação, de sorte a tentar proporcionar um processo de ressocialização do ex-apanado de forma a evitar que o equívoco do passado lhe assombre eternamente, recuperando de tal forma sua reputação moral.³⁵

³³ Constituição Federal. Art. 5º. (...). XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...).

³⁴ Código Penal.

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

³⁵ Cf. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *Curso de Direito Penal – Teoria da*

Apesar da louvável a função da reabilitação criminal quanto ao revestimento da sigilosidade em relação ao processo e condenação criminal, o acesso ao mesmo fica disponível de forma total ou parcial na rede mundial de computadores, em servidores privados.³⁶

É nesse cenário pintado que o “direito ao esquecimento” tem aplicabilidade nas relações trabalhistas como sucedâneo de viabilizar a possibilidade de acesso ao trabalho de sorte que a pessoa não seja discriminada em decorrência de condutas passadas, mas sim que seja avaliado em face de critérios objetivos quanto a conhecimento e competências do perfil da função a ser preenchida, em uma determinada organização.

A questão já se encontra pacificado no bojo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, onde se reconheceu conduta discriminatória de empresa que exigia certidão de antecedentes criminais para admissão em emprego, bem como o dano moral decorrente dessa prática.

In verbis, transcrição de julgado de 2019, onde o direito ao esquecimento é explicitado da fundamentação do acórdão:

RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CRITÉRIO DE ADMISSÃO NO EMPREGO - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. O conflito entre o interesse de proteção ao patrimônio do empregador e a preservação do princípio da presunção de inocência e da não discriminação que irradiam da proteção da dignidade do trabalhador deve ser resolvido à luz das especificidades do caso concreto. Ou seja, nas hipóteses previstas em lei como situações de fidúcia extrema (como no caso da contratação de trabalhador doméstico por meio de

Pena. Curitiba: Juruá, 2017. V.II, p. 447.

³⁶ A título de exemplo o site “jusbrasil” que permite a consulta processual, a qualquer processo, no Brasil, que não esteja sob sigilo judicial (como os que envolve menores), apenas pelo nome, bem como das decisões judiciais de primeiro grau aos acórdãos de todos os tribunais. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/>

agência de empregos ou da contratação de trabalhador para atuar em serviços de vigilância patrimonial), assim como em hipóteses cuja natureza do serviço se assemelhe a esses já previstos na legislação, se legitimar-se-ia a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais, tendo em vista a singularidade da atividade do trabalhador ou do empregador, que envolveriam riscos acentuados ou que exigiriam fidedignidade específica. Todavia, não se mostra viável acolher a possibilidade de o empregador exigir e, por consequência, afastar ou não a contratação de um trabalhador que já tenha tido passagem documentada por algum dos órgãos de repressão penal do Estado, no que concerne ao desempenho de atividades corriqueiras, que não envolvam risco acentuado para o patrimônio do empregador ou que não exijam do empregado fidedignidade diferenciada. É o caso, por exemplo, da reclamada, que contrata trabalhadores para se ativarem na indústria calçadista. Isso porque a contratação do trabalhador para o exercício de atividade dessa natureza sequer ostenta o potencial de colocar em risco o patrimônio do empregador. Ademais, privilegia-se e trata-se como regra a ampla possibilidade de ressocialização e reinserção no mercado de trabalho por parte daquele que já sofreu alguma sanção penal, tratando como exceção restrita, e não como regra, a possibilidade de negar emprego ao sujeito que cometeu algum delito ou contravenção e que já quitou sua responsabilidade por ele. *Agir em contrário, legitimando-se amplamente a restrição desses sujeitos ao emprego, implica aplicar-lhes perpetuamente uma penalidade por sua conduta pretérita, além de negar-lhes o direito ao esquecimento dos erros do passado, objetivos que não são abarcados por uma ordem jurídica democrática e centrada na proteção, no desenvolvimento e na emancipação da pessoa humana. Em nada se altera esse entendimento se, após exigir a certidão negativa de antecedentes criminais, o empregador efetivamente contrata o trabalhador que apresentou o documento. Isso porque o direito à não discriminação consiste em proteção abstrata, que confere ao sujeito acesso e gozo de direitos e oportunidades sem restrições ou constrangimentos, de modo que sua violação dispensa a produção de efeitos concretos no âmbito da esfera material do trabalhador.* A discussão se refere a pedido de reparação

moral, e não patrimonial. O constrangimento que decorre do ato de exigência da certidão criminal negativa, em si, fere a dignidade do trabalhador, que é detentor da garantia da presunção de inocência contida na Constituição da República, assim como da garantia do tratamento igualitário, no âmbito do trabalho e nos mais diversos aspectos da vida social. A conduta discriminatória lança sob os seus destinatários um efeito difuso, que não pode ser encerrado na dimensão individual. A conduta empresarial, que, no caso, é sabidamente ampla, tendo em vista a quantidade de processos com pedidos semelhantes que aportam a essa Corte com a mesma reclamação, deve ser considerada em seu aspecto coletivo. Ao exigir a certidão de antecedentes criminais anteriormente à contratação, o potencial empregador cria para si situação jurídica de pleno arbítrio sobre o trabalhador; caso deseje rejeitar o candidato, o faz na fase pré-contratual, de modo a refutar a possibilidade de eventual dispensa ser enquadrada como discriminatória, se o contrata e, posteriormente, descobre a existência dos antecedentes criminais. Por outro lado, ao realizar o discrimina na fase pré-contratual, derrama sob o trabalhador o difícil, ônus probatório de demonstrar que a não-contratação adveio em razão dos antecedentes criminais, e não por conta do não preenchimento dos requisitos para o cargo. Não há por que legitimar a exigência de que o trabalhador apresente a certidão de antecedentes criminais, se não concorda em legitimar o seu uso com efeitos discriminatórios, uma vez que a finalidade lógica de exigir a apresentação do documento é utilizá-lo como critério no processo de recrutamento. Tais documentos são públicos e podem ser acessados nos sítios virtuais das instituições respectivas, tendo a exigência prévia da apresentação dos antecedentes criminais, como critério do processo de contratação, o condão, por si só, de intimidar que potenciais candidatos à vaga de emprego se habilitem ao posto de trabalho oferecido, realizando concretamente a discriminação pela intimidação. A conduta da reclamada é intolerável à luz do ordenamento jurídico vigente e a submissão do reclamante a tal procedimento é constrangedora, ofensiva à presunção de inocência e abstratamente discriminatória, atingindo, nessa gama de bens jurídicos imateriais, também o reclamante no caso concreto. A presente matéria já

se encontra pacificada nesta Corte e no âmbito da Justiça do Trabalho, em face do julgamento do Incidente de Recurso de Revista repetitivo IRR-243000-58.2013.5.13.0023.³⁷

Em decorrência do quantitativo de recursos, onde a prática perniciosa na exigência de certidão de antecedentes criminais a candidato à vaga de emprego era ventilado, o assunto fora tema de número 01 de incidente de recurso de revista repetitivo, na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,³⁸ em 2017, o que veio por uniformizar a jurisprudência da corte, sobre essa temática.

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA Nº 0001. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CANDIDATO A EMPREGO.

1. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.

2. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

³⁷ TST, 7ª turma, RR nº 130374-25.2015.5.13.0024, Ministro Relator Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julgado em 03/04/2019, DEJT em 05/04/2019.

³⁸ CLT. Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

3. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas supra, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.³⁹

Nesse incidente de recurso de revista repetitivo, delimita as repercussões jurídicas do “direito ao esquecimento” de sorte a firmar a ilegalidade da conduta de exigibilidade de certidão de antecedentes criminais a candidato a emprego, salvo situações específicas previstas em leis ou justificadas em face do ofício ou do grau de confiança necessários a função.

Além disso determinou que o dano moral resultante dessa prática discriminatória é presumível, não sendo ilidido o dano pela eventual admissão do candidato.

4. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível averiguar, em um primeiro momento, a temática sobre o direito ao esquecimento está longe de ser algo simples de se tratar, posto o conflito referente a direitos fundamentais.

Algo é certo, não se tem um conceito uníssono sobre o assunto e nos julgados ventilados, em sede de STJ, não foram determinados parâmetros para delinear o que seria o direito ao esquecimento e em que circunstância o mesmo deveria prevalecer.

No contexto dessa era da hiper informação a questão do direito ao esquecimento fora associado a desindexação do nome de uma pessoa a uma determinada informação presente no ambiente virtual da internet. Entende-se, aqui, que são coisa distintas, podendo a desindexação tutelar, em certas situações, o

³⁹ TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, IRR-RR - 243000-58.2013.5.13.0023, Ministro Relator Joao Oreste Dalazen, julgado em 20/04/2017, DEJT em 22/09/2017.

direito ao esquecimento.

Constata-se que solicitações de exclusão da informação veiculada em jornais, no passado, configuraria uma restrição indevida a liberdade de expressão. É nesse ponto que a desindexação em motores de pesquisa equalizaria a liberdade de expressão com o direito ao esquecimento, no contexto dessa sociedade informacional.

A partir da doutrina especializada pode-se identificar como elementos primários do direito ao esquecimento: a circulação da informação e o transcurso do tempo. Essa informação precisa de alguns atributos: publicidade, status de licitude e o consequente resultado danoso ou discriminatório.

Na percepção desses ensaístas, o tempo teria a capacidade de degradar a importância e o valor das informações públicas e lícitas. Essas informações públicas e lícitas ao serem resgatadas, no futuro, e a depender da forma que venham a ser empregadas podem acarretar um resultado danoso ao macular algum direito de personalidade do indivíduo. Não é a informação que se torna ilícita, mas a forma com que venha a ser utilizada que constituía a possível ilicitude

No que tange, especificamente ao objeto de estudo, constata-se de forma palmar que a exigibilidade de certidões criminais e/ou certidão do cartório criminal distribuidor ao candidato a uma vaga de emprego não possui qualquer amparo legal, constituindo uma exigibilidade que ultrapassa o poder regulamentar do empregador, bem como vem por ferir ditames constitucionais por promover a discriminação.

Tal prática vem por conspurcar a liberdade de trabalho, ofício, e profissão do trabalhador, posto o processo de estigmatização através dos antecedentes criminais, os quais não agregam qualquer informação quanto à capacidade laboral do trabalhador.

O direito ao esquecimento fica evidenciado, visto que se

trata de uma informação referente a fatos passados, informação de natureza lícita, onde a sua utilização abusiva, na contemporaneidade, nos processos seletivos de empresas com o desiderato de praticar atos discriminatórios acarretam dano a personalidade do trabalhador segregado que se vê impossibilitado de se reintegrar na sociedade, por meio do trabalho.

O direito ao esquecimento compõe rol dos direitos de personalidade viabilizando a proteção contra a discriminação, no caso explicitado, no âmbito laboral, bem como tutelando a liberdade de trabalho, ofício e profissão.

A essência desse direito ao esquecimento é vislumbrada como a proibição do uso de informações referentes a fatos passados de uma determinada pessoa de forma a obstar o acesso a oportunidades, ao exercício de direito e/ou a macular outros direitos de personalidade como honra, imagem e privacidade.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 108. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2020.

- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao esquecimento – Entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. São Paulo: RT, 2020.
- NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *Curso de Direito Penal – Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2017. V.II
- SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. In: *Revista Consultor Jurídico*, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior>>

