

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS

CURSO DE DIREITO

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA FALCÃO

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O SUPERINFORMACIONISMO: a colisão entre um direito da personalidade e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa

São Luís
2017

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA FALCÃO

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O SUPERINFORMACIONISMO: a colisão entre um direito da personalidade e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Raimundo Nonato Campos Serra Filho.

São Luís
2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Falcão, Ana Carolina de Oliveira.

Direito ao esquecimento e o superinformacionismo : a colisão entre um direito da personalidade e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa / Ana Carolina de Oliveira Falcão. - 2017.

72 f.

Orientador(a): Raimuno Nonato Campos Serra Filho.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Direito ao esquecimento. 2. Direitos da personalidade. 3. Liberdade de informação. 4. Ponderação. I. Serra Filho, Raimuno Nonato Campos. II. Título.

ANA CAROLINA DE OLIVEIRA FALCÃO

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O SUPERINFORMACIONISMO: a colisão entre um direito da personalidade e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Raimundo Nonato Campos Serra Filho (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

A Deus, o construtor de toda minha vida, e aos meus pais, fonte
de amor, dedicação e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu porto seguro e alicerce em todas as batalhas e vitórias. Toda minha gratidão ao Pai, pois sem Ele, nada seria possível.

Aos meus pais, Maria José e Rodolpho, por terem me incentivado e acreditado no meu potencial para alcançar todos os meus objetivos. Meu amor por vocês é imensurável, agradeço eternamente pela presença em todos os momentos, guiando meus passos e zelando pelo meu futuro, por terem me dado tanto amor e me ensinado o valor e a importância da educação.

A minha irmã, Ana Karina, por ser minha melhor amiga, confidente, conselheira, e por ter tido paciência até nos momentos em que não mereci. Obrigada pela confiança no meu sucesso, não sei o que eu faria sem você.

Ao meu irmão, Adauto, por ser a fonte de alegria das nossas vidas, um anjinho (mesmo em seus piores momentos) enviado por Deus para nos encher de felicidade.

Ao Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho, pela dedicação, paciência e auxílio na realização deste trabalho.

Ao meu namorado, Joel, por ter me escutado, aconselhado e motivado em todos os momentos de desespero. Muito obrigada por estar presente e ter me dado forças para continuar e superar mais uma etapa.

Aos meus amigos, pelo companheirismo durante todos os anos de curso, graças a vocês meus dias foram mais leves e divertidos. Agradeço pela confiança e motivação constante no desenvolver do trabalho, além da paciência e empatia nos muitos momentos em que estive ausente.

A todos que de alguma forma contribuíram direta ou indiretamente para que este trabalho se tornasse real.

O esquecimento é, pois, necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; responde à natureza descontínua do tempo cujo fio, como vimos, é entrecortado por pausas e intervalos, atravessado por rupturas e surpresas.

François Ost

RESUMO

O direito ao esquecimento, decorrente dos direitos da personalidade à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, busca impedir que os indivíduos tenham equívocos cometidos no passado lembrados através dos diversos meios de comunicação, acarretando sofrimentos e prejuízos aos envolvidos. Essa situação é agravada em razão da sociedade de informação, marcada pelo compartilhamento imediato e constante de notícias e informações que, muitas vezes, invadem a esfera privada dos indivíduos. Diante desse contexto, surge uma colisão entre os direitos constitucionais fundamentais ao esquecimento e às liberdades de expressão, de informação e de imprensa. O presente trabalho, nesse caso, tem como objetivo fazer uma explanação acerca deste conflito, apresentando os métodos propostos pela doutrina e jurisprudência, sendo a técnica da ponderação o escolhido para sua solução.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Liberdade de informação. Ponderação.

ABSTRACT

The right to be forgotten, arising from the personality rights to honor, image, private life and intimacy, as well as to the principle of the human dignity, seeks to prevent individuals from having past events remembered by the media, bringing suffering and prejudice to those involved. This situation is aggravated by the information society, marked by the immediate and constant sharing of news and information, often invade a private sphere of individuals. In this sense, there is a collision between fundamental rights, the right to be forgotten and freedoms of expression, information and the press. The present work has as objective to make an explanation about the conflict between fundamental rights, presenting the methods proposed by the doctrine and jurisprudence, being the balancing technique chosen as the solution.

Keywords: Right to be forgotten. Personality rights. Freedom of information. Balancing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
2.1 Direitos da personalidade	14
2.1.1 Breve histórico de evolução dos direitos da personalidade	15
2.1.2 Características e classificação.....	17
2.1.2.1 Direito à honra.....	19
2.1.2.2 Direito à intimidade	20
2.1.2.3 Direito à vida privada.....	22
2.1.2.4 Direito à imagem	23
2.2 Dignidade da pessoa humana como princípio indispensável para a consagração dos direitos fundamentais da personalidade	25
3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	29
3.1 Breves considerações acerca do tema.....	29
3.2 Origem e fundamentos do direito ao esquecimento.....	31
3.3 Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça: aplicação do direito ao esquecimento nos casos Chacina da Candelária e Aída Curi.....	34
4 SUPERINFORMACIONISMO E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA	37
4.1 Liberdade de expressão	38
4.2 Liberdade de informação	40
4.3 Liberdade de imprensa.....	41
4.4 Limites às liberdades de expressão, de informação e de imprensa	43
5 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA	47
5.1 Técnica da ponderação como forma de solução para o conflito entre o direito ao esquecimento e às liberdades de expressão, de informação e de imprensa	52
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62
ANEXOS	66

1 INTRODUÇÃO

Com o advento dos diversos meios de comunicação e, principalmente, da internet e suas inúmeras redes sociais, a sociedade passou a ter uma maior conexão com a informação, tanto no sentido de compartilhar como de receber notícias. Houve uma verdadeira revolução do direito à expressão, visto que todos podem manifestar seus pensamentos e convicções a qualquer momento e sem nenhum tipo de restrição, fazendo com que qualquer assunto vire notícia e se torne de conhecimento geral. Dessa forma, o instrumento do poder, na sociedade moderna, é a informação, não só recebida, mas refletida.

Em razão desse panorama, os direitos individuais, como o direito à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade, passaram a estar mais sujeitos a violações. As informações inseridas na rede mundial de computadores não são apagadas nem esquecidas, podendo ser acessadas por qualquer pessoa e em qualquer lugar do mundo. Houve uma globalização e perenização do conhecimento.

A Constituição de 1988 foi inovadora em relação a suas predecessoras, visto que consolidou e garantiu o status de direito fundamental às liberdades de informação, de expressão e de imprensa, após um longo período de repressão. Trouxe muitos artigos espalhados ao longo do Texto Constitucional que mostram a importância destas liberdades para a proteção do Estado Democrático de Direito e para o exercício da democracia, impedindo que estejam submetidas a qualquer tipo de censura.

Entretanto, a Constituição Federal também trouxe em seu bojo a proteção aos direitos fundamentais da personalidade, que são inerentes ao ser humano e necessários para a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, portanto, serem assegurados. São os direitos do indivíduo em face dos demais e do Estado, essenciais para que tenham acesso à uma vida digna, bem como ao mínimo existencial.

Decorrendo do direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, que são direitos da personalidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, está o direito ao esquecimento ou o “direito de ser deixado em paz”, conforme conhecido pelos norte-americanos.

O direito ao esquecimento surgiu, inicialmente, na esfera penal, nos casos de indivíduos condenados por crimes e que, mesmo após cumprirem a pena, continuavam a ter tais fatos lembrados, causando transtornos e malefícios para suas vidas. E, com mais propriedade, nos casos em que o indivíduo não tinha condenação penal, mas era condenado pela informação perpétua, impedindo que tivesse uma vida normal.

Consiste o direito ao esquecimento, assim, na possibilidade de o ser humano não ter sua vida novamente escancarada e destruída por equívocos cometidos no passado e que em nada acrescentam para o interesse da coletividade, bem como de não ter sofrimentos e transtornos antigos reavivados apenas pelo intuito de lucro da mídia.

Assim, no contexto da sociedade de superinformação, em que muitas vezes não há uma divisão visível entre o que é público e o que é privado, fazendo com que a vida privada e a intimidade sejam violadas constantemente, visto que tudo é compartilhado mesmo contra a vontade do titular do direito, seria possível que os veículos de informação, com base nas liberdades de expressão, de informação e de imprensa, transmitissem fatos e eventos que ocorreram há muito tempo de forma perpétua, mesmo que em detrimento dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana?

Diante disso, surge uma colisão entre dois direitos fundamentais de extrema importância: de um lado está o direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa, essenciais para o exercício da democracia e a formação da opinião pública, e de outro lado está o direito ao esquecimento, corolário dos direitos da personalidade, imprescindível para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O conflito entre os direitos da personalidade e as liberdades constitucionais não é recente, mas agora se apresenta em um contexto diferente, que é o da sociedade de informação. Assim, é necessário analisar a colisão de acordo com a realidade apresentada, que é a da globalização da informação, da *internet*, das redes sociais, do compartilhamento instantâneo, em que está cada dia mais difícil deixar algo no foro íntimo, fazendo com que a criação de limites seja complicada e acabe sendo taxada como repressão.

Em razão desse quadro de profunda colisão entre direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição Federal e essenciais para a democracia e à própria dignidade da pessoa humana, torna-se necessário a utilização do método da ponderação, em que, através da análise do caso concreto, será aplicado o direito fundamental mais adequado, porém sempre observando o princípio da unidade da Constituição, da harmonização ou concordância prática, bem como da proporcionalidade, impedindo que um direito ao ser privilegiado esvazie o conteúdo normativo do outro.

No primeiro capítulo, serão abordados os direitos da personalidade, mais especificamente os ligados à integridade moral, o direito à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem, trazendo um breve histórico de seu surgimento, sua conceituação, características e classificação. Também será estudado, mas sem o intuito de esgotar, em razão da sua riqueza

de detalhes, o princípio da dignidade da pessoa humana, imprescindível para a proteção dos direitos individuais e da vida digna a que todos têm direito.

No segundo capítulo, será analisado o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos da personalidade ligados à integridade moral e do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando delimitar o tema, com origem e fundamentos, e sua importância no contexto da sociedade de informação, trazendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao julgar dois casos históricos sobre o assunto.

No terceiro capítulo, será feito um breve apanhado sobre a atual sociedade de informação, suas características e a influência que as liberdades de expressão, de informação e de imprensa alcançaram na contemporaneidade, bem como os limites aos quais estão sujeitas, visto que inexistem direito absoluto e ilimitado.

No quarto capítulo, por fim, aborda-se a colisão entre os direitos fundamentais, as diversas técnicas de resolução de conflitos, aplicando-se a ponderação para solucionar o choque entre o direito ao esquecimento e às liberdades de informação, de expressão e de imprensa.

É importante ressaltar que o presente trabalho tem como objetivo demonstrar os efeitos devastadores que os meios de comunicação e a mídia, principalmente, podem causar aos envolvidos em fatos delituosos, bem como aos familiares e às vítimas de crimes cuja repercussão foi avassaladora, quando transmitem informações sem interesse público e com ausência total de contemporaneidade, historicidade e consentimento.

Trazer ao conhecimento do público que, apesar da liberdade de expressão e informação ser um direito fundamental, todos têm direito a seguir em frente e ter uma vida livre de amarras do passado. Converter o presente em um eterno passado pode destruir pessoas, sendo assim, em uma ponderação, o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre as liberdades de informação, de expressão e de imprensa.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de adentrar na discussão acerca do direito ao esquecimento, é necessário trazer um estudo acerca dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, visto que o direito de ser deixado em paz decorre dos direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada e estes devem estar baseados na preservação de uma existência digna a que todos os indivíduos têm direito.

2.1 Direitos da personalidade

Primeiramente, para entender o tema em análise, é necessário compreender o que vem a ser personalidade, pois muitos confundem este termo com a ideia de capacidade de direito, restringindo, assim, seu alcance. Porém, a personalidade é muito mais abrangente, compreendendo diversos direitos inerentes à pessoa humana, como o direito à vida, à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada e à própria dignidade, em razão de serem indispensáveis para o desenvolvimento da própria condição humana.

Gofredo da Silva Telles (apud DINIZ, 2003, p. 119) ensina que:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Diante disso, torna-se patente a importância e essencialidade dos direitos da personalidade para os seres humanos, visto que são inatos ao homem, imprescindíveis para que se desenvolva e tenha uma vida digna. Pablo Stolze Gagliano (2014, p. 142) conceitua os direitos da personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 188), por sua vez, afirma que são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal.

Anderson Schreiber (2013, p. 5), ao tratar dos direitos da personalidade, dispõe que:

A expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado. Eram, já então, direitos considerados essenciais à condição humana, direitos sem os quais “todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa”.

Sidney César Silva Guerra (2004, p. 11), corroborando com o ensinamento alhures esclarece que:

Esses direitos, na verdade, são inatos, porque nascem com o próprio homem. Daí a concepção naturalista, que relaciona os direitos da personalidade com atributos inerentes à condição da pessoa humana, como por exemplo: a vida, a intimidade, a honra, a privacidade, a intelectualidade, a liberdade etc. (GUERRA, 2004, p. 11).

Os direitos da personalidade estão inseridos na primeira geração de direitos fundamentais, que é composta pelos direitos civis e políticos e marcada pela proteção aos direitos inerentes aos indivíduos e oponíveis ao Estado. Impedem a intervenção do Poder Público na esfera privada, sendo, por isso, considerados direitos negativos, visto que exigem uma abstenção, uma não atuação. Ademais, necessitam estar adstritos ao princípio da dignidade da pessoa humana para que possam ser considerados legítimos.

Expondo a ligação entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, o Enunciado nº 274, da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, proclama que: “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).”

2.1.1 Breve histórico de evolução dos direitos da personalidade

No que se refere à evolução dos direitos da personalidade, é importante ressaltar que seu surgimento trouxe grandes divergências para o pensamento doutrinário, visto que por se tratarem de uma questão inovadora, era necessário traçar sua origem, seus limites, sua natureza e suas características.

É possível encontrar contornos de sua existência desde os primórdios da civilização grega, principalmente em Roma, porém foram as influências germânicas e francesas, no período compreendido entre os séculos XVI ao XX que trouxeram maior contribuição para a formação e valorização dos direitos da personalidade.

Na Grécia, apenas os chefes de família e os cidadãos livres tinham acesso à vida pública. Os escravos, mesmo sendo reconhecidos como pessoas, não podiam participar de assembleias nem praticar atos jurídicos, não tinham direitos. Nessa época, havia a diferenciação entre capacidade jurídica e personalidade. Apenas com os filósofos gregos, como Sócrates, Platão e Aristóteles, que se começou a pensar no homem como centro do universo, dando força a um direito da personalidade, porém ainda restrito, pois a tutela era somente penal.

Apesar de terem aparecido na Grécia antiga, os direitos da personalidade apenas se desenvolveram com a teoria jurídica da personalidade, em Roma. Para esta teoria, só existiria personalidade quando presentes três status: o status de liberdade, o status de cidadão, o status de chefe de família. Nesse caso, os que não estivessem enquadrados, teriam direitos de acordo com a função de seu status. A proteção aos direitos personalíssimos era feita por meio do *actio injuriarum*, que era uma cláusula geral protetora da personalidade do ser humano.

Nestes moldes, Farias e Rosenthal (2015, p. 176) dizem que: “Historicamente, o Direito Romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes que são concebidos hodiernamente, apenas contemplando a chamada *actio injuriarum*, a ação contra a injúria, que foi elasticada para abranger qualquer atentado contra a pessoa”. Assim, aduzem que foi com o cristianismo que se teve, verdadeiramente, o homem como digno de ter seus direitos pessoais protegidos, visto que foi feita a imagem e semelhança de Deus.

Na Idade Média, é importante ressaltar o pensamento de São Tomás de Aquino, segundo o qual a razão do indivíduo era a dignidade, sendo a pessoa reconhecida por ser um ente que existe por si. Merece destaque também a Carta Magna de 1215, que estabeleceu aspectos fundamentais ao ser humano, como a liberdade, reconhecendo, de forma implícita, os direitos da personalidade.

Em 1789, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que tutelou a defesa dos direitos individuais e, conseqüentemente, da personalidade humana como direito subjetivo. Porém, apenas em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, após a Segunda Guerra Mundial, momento marcado por grandes barbáries, que houve uma real preocupação com o ser humano e com a garantia de proteção à vida digna e aos direitos individuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro diploma a consagrar os direitos da personalidade com o status de direitos fundamentais, indispensáveis aos indivíduos e à dignidade humana, foi a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 5º, X, proclama serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, que tratava escassamente dos direitos da personalidade e cuja principal preocupação era a tutela do direito de propriedade, o atual Código Civil, de 2002 trouxe em seu bojo um capítulo próprio para tratar dos direitos da personalidade. No entanto, conforme explicita Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 194-195), o avanço do atual Código Civil ainda foi restrito:

Malgrado o avanço que representa a disciplina dos referidos direitos em capítulo próprio, o atual Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento, preferindo não correr o risco de enumerá-los taxativamente e optando pelo enunciado de “poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência”.

2.1.2 Características e classificação

Em razão de serem direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais para sua dignidade e que buscam proteger seu valor existencial, os direitos da personalidade são dotados de diversas características. Dentre essas características, merecem destaque, para elucubração do presente trabalho, as seguintes: intransmissibilidade e irrenunciabilidade, indisponibilidade, absolutismo, generalidade, extrapatrimonialidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

São direitos intransmissíveis e irrenunciáveis, visto que não podem ser transmitidos a terceiros nem abdicados ou renunciados pelo seu titular, não é possível a modificação subjetiva. Essas características acarretam a indisponibilidade, significando que não pode o sujeito do direito dele dispor, de forma permanente ou total, devendo sempre preservar sua estrutura física, psíquica e intelectual¹.

Porém, o próprio art. 11 do Código Civil de 2002, em sua dicção, traz a possibilidade de limitações a estas características dos direitos de personalidades, quando dispõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, salvo as exceções previstas em lei. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 191) exemplifica uma exceção a intransmissibilidade ao elucidar que alguns atributos da personalidade admitem a cessão de seu uso, como a imagem, que pode ser explorada comercialmente, mediante retribuição pecuniária.

Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil que: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Assim, resta claro que a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta, mas sim relativa.

Estes direitos também possuem caráter absoluto, no sentido de que são oponíveis *erga omnes*, ou seja, possuem eficácia contra todos e impõem um dever de respeito e abstenção. E são gerais, pois se dirigem a todas as pessoas pelo simples fato de existirem, são intrínsecos a pessoa humana. A extrapatrimonialidade, por sua vez, evidencia que os direitos

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e lindb. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 181

da personalidade não podem ser aferidos economicamente, não são passíveis de mensuração. Porém, em caso de violação, torna-se possível a aplicação de danos morais, momento em que geram efeitos econômicos.

Os direitos da personalidade são, ainda, imprescritíveis, não se exaurindo pelo uso ou pelo decurso do tempo. Dessa forma, não existe um prazo para o exercício dos direitos da personalidade, não podendo essa imprescritibilidade ser confundida com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de dano à personalidade. Estes direitos também são vitalícios, visto que são adquiridos desde a concepção do titular e só se extinguem com sua morte. Em alguns casos, mesmo após a morte, estes direitos permanecem, como no caso do respeito à honra ou à memória do *de cuius*.

Além de possuírem diversas características, os direitos da personalidade são classificados pela doutrina em três grupos, de acordo com o bem da vida protegido, quais sejam: a) a integridade física, que abrange o direito à vida, ao próprio corpo, seja vivo ou morto; b) a integridade intelectual, composta pelo direito à autoria científica, artística, literária, entre outras manifestações do pensamento; e c) a integridade moral, que corresponde ao direito à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem, dentre outros.

Esta classificação não busca exaurir os direitos da personalidade, visto que, em razão de ter como característica a não limitação, estes direitos não possuem um rol taxativo e acompanham o progresso econômico-social. No presente trabalho, tendo em vista o a pertinência temática, apenas serão tratados os direitos à integridade moral, mais especificamente o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Os direitos referentes à integridade moral tutelam o direito que todas as pessoas possuem de não serem expostas por sua imagem, sua honra ou sua moral, impedido que sejam mercantilizadas ou caluniadas. A personalidade humana não deve ser alterada material ou intelectualmente. Estes direitos, além de previsto no Código Civil, foram previstos de forma expressa pela Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, que buscou tutelar os direitos da personalidade e, assim, proteger e promover a dignidade da pessoa humana, declarando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Coadunando com o que foi anteriormente explicitado, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 105-106) afirma que os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem possuem duplo caráter, visto que ao mesmo tempo em que são direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição, também são direitos da personalidade, essenciais e inerentes ao ser humano, presentes no Código Civil de 2002.

Assim, após o breve histórico acerca do surgimento dos direitos da personalidade, bem como sua conceituação, caracterização e classificação, agora serão feitas explanações sobre o direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, os direitos da personalidade ligados à integridade moral.

2.1.2.1 Direito à honra

A palavra honra está relacionada à boa fama que o indivíduo tem na sociedade, ou seja, com o seu prestígio social. Dessa forma, o direito à honra está relacionado com a defesa da reputação da pessoa perante toda a comunidade, bem como do sentimento que ela tem de si mesma, sua autoestima. Busca proteger o titular do direito dos diversos fatos inverídicos, que atentem contra sua personalidade e possam prejudicá-la, tanto na forma como é vista diante dos demais (socialmente) como pessoalmente, bem como contra fatos verídicos, mas que não possam ser provados.

Trata-se de um dos direitos da personalidade mais significativos, visto que acompanha o indivíduo desde o seu nascimento e até depois de sua morte (STOLZE, 2014, p. 166). Nos dizeres de Novelino (2013, p. 468), “a honra consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive ou na estimação que possui de si próprio”. José Afonso da Silva (2014, p. 211) conceitua a honra, ainda, como “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bem nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades”.

Por se tratar de um direito de grande importância para todos os cidadãos, principalmente na atual sociedade de informação, em que são feitos juízos de valor a todo momento sobre a personalidade, as ações ou omissões das pessoas, o direito à honra possui características essenciais. De acordo com Farias (1996, p. 109), tem-se como primeira característica que a honra é inerente a todos os seres humanos, independentemente de raça, religião, cor, sexo, ou seja, ela tem como fundamento a própria dignidade da pessoa humana e a segunda de que ela existe sobre dois aspectos distintos, um objetivo e outro subjetivo.

A honra, em seu aspecto objetivo, refere-se ao conceito externo, aquilo que os outros (a coletividade) pensam de uma pessoa, ou seja, o juízo de valor que é feito pela sociedade a quem está inserido nela, é a reputação da pessoa perante aqueles com quem convive. Em seu aspecto subjetivo, no entanto, é o conceito interno, trata-se daquilo que a pessoa pensa de si mesma, o sentimento que possui sobre sua própria dignidade moral, é sua autoestima. Tanto a

honra subjetiva quanto a honra objetiva podem ser passíveis de violação, cabendo a reparação necessária pelo dano moral.

Como visto anteriormente, os direitos da personalidade não são ilimitados, podendo a honra também sofrer limitações, reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, como é o caso da exceção de verdade², aplicada em algumas hipóteses nos crimes contra à honra, pelo Código Penal.

Porém, há casos excepcionais, admitidos pela doutrina, em que pode se impedir a divulgação de fatos verdadeiros, mas que atentem contra a honra da pessoa, é o que se chama de “segredo da desonra”, porém esta só é aceita em casos de direito puramente privado, em que não haja interesse público envolvido³.

Dessa forma, pode-se perceber que a partir do momento em que a divulgação de um fato fere a honra da pessoa e sua própria dignidade, sem trazer proveito algum a sociedade, é possível que se aplique um limite à liberdade de expressão. A honra também encontra proteção no Pacto de San José da Costa Rica determina, em seu art. 11, que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

2.1.2.2 Direito à intimidade

Em uma sociedade que tem a informação como um de seus alicerces, o direito à intimidade surgiu com o intuito de proteger dos demais aquilo que diz respeito apenas à pessoa. Trata-se de um direito da personalidade recente, visto que apareceu pela primeira vez apenas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, posteriormente, na Declaração Universal de Direitos Humanos, ambas em 1948.

Entende-se que este direito teve sua origem com o artigo “The right to privacy”, de Warren e Brandeis, publicado em 1890. Este artigo tinha como finalidade dificultar a intromissão da imprensa na vida e na honra das pessoas, estabelecia o chamado “direito de ser deixado só”.

A intimidade se refere as particularidades do indivíduo, aquilo que está em seu íntimo, em seu interior. É o núcleo do sujeito, vinculado a sua personalidade. Todas as características

² É admitido pelo Código Penal Brasileiro, em algumas hipóteses de crimes contra à honra, a aplicação da exceção de verdade, ou seja, o agente deixará de ser responsabilizado pelo dano caso prove a veracidade do fato que alegou.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

da vida do ser humano que interessa apenas a ele e que não são divididas nem com as pessoas com as quais convive em sua esfera privada. A parte intocada de sua vida, seu “mundo particular”. Na visão de Sydney Cesar Silva Guerra (2004, p. 47):

A intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa, como por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria o que vamos chamar de o “canto sagrado” que cada pessoa possui.

Por ser tratar de um direito da personalidade, tem como característica ser inerente à pessoa humana, tendo como fundamento apenas a sua existência. Farias (1996, p. 113), seguindo a doutrina alemã, cita três esferas em que o direito à intimidade pode existir: a) esfera da vida privada, que seria formada por todas as informações que a pessoa quer excluir do conhecimento de terceiros, sendo compartilhada apenas com as pessoas que tem contato; b) esfera confidencial, composta pelas notícias compartilhadas com alguém de sua confiança, excluindo até mesmo seus familiares; e c) esfera do secreto, que contém aquilo que não deve ser partilhado com outras pessoas, pois é do interesse apenas da pessoa.

Na opinião de Novelino (2013, p. 467-468), as esferas são divididas em:

A **esfera da publicidade** compreende os atos praticados em local público com o desejo de torná-los públicos. Não basta apenas que o ato seja praticado em local não reservado (elemento espacial), exige-se um elemento volitivo interno: a renúncia. Esta pode ser expressa (como a que ocorre nos programas televisivos de reality show) ou tácita (pessoas públicas em eventos públicos, como shows, comícios, noite de autógrafos, entrega de prêmios e solenidades em geral), mas somente será válida se ocorrer de forma casuística e temporária (“não exercício”). A esfera da publicidade compreende, ainda, fatos pertencentes ao domínio público ou informações passíveis de serem obtidas licitamente. A **esfera privada** abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação. Abrange, por exemplo, informações fiscais ou bancárias. A **esfera íntima** se refere ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende informações confidenciais e segredos pessoais, como, por exemplo, as anotações constantes de um diário. *Grifo nosso.*

Farias (1996, p. 115) destaca, ainda, a existência de quatro possibilidades de invasão à intimidade, são elas: a) a violação ao âmbito pessoal, aos assuntos privados, a solidão; b) a divulgação ao público de fatos privados, principalmente os que podem causar transtornos à pessoa; c) a divulgação pública de fatos falsamente imputados à pessoa; e d) a utilização do nome, da imagem ou de outros direitos da personalidade pertencentes a um indivíduo, com o intuito de lucro e sem o seu consentimento.

Em razão disso, o direito à intimidade se refere mais aos cidadãos comuns do que as pessoas públicas, visto que estas vivem em razão da divulgação de fatos sobre a sua vida, expondo-se ao público, tendo que, por isso, abrir mão de parte de sua intimidade. Porém, é

incorreto afirmar que existe uma ausência de direito à intimidade com relação a estas pessoas, mas sim que há uma limitação de sua intimidade, podendo ter este direito assegurado quando a divulgação pública atingir fatos que interessem apenas ao sujeito do direito.

Como pode ser observado, o direito à intimidade tem como objetivo preservar a essência do indivíduo, sua dignidade, as informações mais íntimas e pessoais, que não fazem parte do conhecimento das pessoas de seu convívio privado nem de seus próprios familiares. Assim, acaba sendo englobado pelo direito à vida privada, que será analisado adiante, devendo ambos serem observados e assegurados, pois decorrem da dignidade da pessoa humana e buscam proteger os indivíduos.

2.1.2.3 Direito à vida privada

Apesar de estar intimamente ligado ao direito à intimidade, podendo ser considerado por muitos doutrinadores como sinônimo, o direito à vida privada com ele não se confunde. Isto pode ser visto na própria Constituição Federal de 1988 que quando se refere, em seu art. 5º, X, aos direitos da personalidade integrantes da integridade moral, coloca expressamente e de forma separada os direitos à intimidade e à vida privada, como pode ser visto a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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.

Diferentemente do que ocorre com a intimidade, que abarca a esfera íntima do indivíduo, aquilo que não deseja compartilhar com os outros, mesmo os mais próximos, a vida privada está relacionada as informações que interessam apenas a pessoa e aqueles que fazem parte de sua esfera privada, com quem tem contato e em quem confia, razão pela qual devem ser protegidas de terceiros, da divulgação ao público.

José Afonso da Silva (2014, p. 210) dispõe, assim, que a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ter e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 215) conceituam a intimidade com o direito que toda pessoa possui de ter e viver sua própria vida sem contato com os demais, sem ser submetida à publicidade que por ela não foi provocada ou desejada, sendo também o direito de impedir que terceiro venha a influir nas particularidades de uma pessoa.

No contexto da sociedade de informação, o direito à vida privada e à intimidade ganharam mais relevo, pois se torna a cada dia mais difícil proteger da curiosidade dos demais os aspectos pessoais da vida, que dizem respeito apenas ao indivíduo e àqueles que o cercam. Com a proliferação de redes sociais e o avanço da internet, as pessoas acabaram perdendo a noção do que é público e o que é privado.

Encontra-se tutelado no art. 21 do Código Civil, que dispõe ser a vida privada da pessoa inviolável, podendo o juiz adotar as medidas necessárias para que impedir ou cessar sua violação. Dessa forma, estes direitos surgiram com o objetivo de permitir que as pessoas vivam da forma que lhes parecer melhor, sem terem seus interesses e informações íntimas e privadas violadas e divulgadas a terceiros. Na visão de Guerra (2004, p. 48), o direito à privacidade:

Consiste ainda na faculdade que cada indivíduo tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

2.1.2.4 Direito à imagem

Dentre os direitos das personalidades integrantes da integridade moral, também se encontra o direito à imagem. Segundo Pablo Stolze Gagliano (2014, p. 167), “a imagem, em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”. Assim, não se trata da integridade física, mas sim da proteção aos componentes identificadores da pessoa, como sua fisionomia, e suas sensações, personalidade, características comportamentais.

Edilson Pereira Farias (1996, p. 120) destaca, ainda, que a proteção à imagem não se limita a certas partes do corpo e sim ao todo, nesse sentido:

A proteção constitucional não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a “reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto”. Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa, alcança também a qualquer parte distinta de seu corpo.

O Código Civil de 2002 tutelou o direito à imagem do indivíduo, em seu art. 20, quando dispôs que:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Apesar disso, Anderson Schreiber (2016, p. 107) entende que o dispositivo foi falho em sua parte final ao restringir o direito à retratação pelo dano à imagem apenas nos casos em que forem atingidas “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Isto porque o direito à imagem é autônomo e sua tutela independe da configuração de lesão à honra, à intimidade ou de a imagem ter sido utilizada para fins comerciais, basta a reprodução dela sem consentimento da pessoa para que haja indenização.

Seguindo esse raciocínio, Cristiano Farias e Nelson Rosenthal (2015, p. 206) esclarece que “a simples utilização indevida da imagem de uma pessoa, mesmo sem afronta à sua honra e sem exploração comercial, já impõe a reparação por dano, a partir do garantismo constitucional”. A tutela da imagem, neste caso, pode ocorrer de forma preventiva, visando impedir que o dano ocorra ou se perpetue, ou repressiva, por meio de indenização.

Também protegido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, o direito à imagem compreende diversos aspectos, sendo eles, de acordo com Farias e Rosenthal (2015, p. 203): a) a imagem-retrato, que é a fisionomia da pessoa, seu aspecto visual, como a sua fotografia; b) a imagem-atributo, composta pelo conjunto de características que identificam a pessoa na sociedade, é seu retrato moral; e c) a imagem-voz, que consiste na identificação de uma pessoa pelo som de sua voz.

Porém, é importante deixar claro que há apenas um direito à imagem, que possui três diferentes aspectos. Dessa forma, não são três direitos diferentes, mas um único direito que se desdobra em três frentes diversas, sendo todas elas protegidas constitucionalmente.

O direito à imagem não é ilimitado, permitindo a cessão, gratuita ou onerosa, com consentimento expresso ou tácito. Farias (1996, p. 213) estabelece duas formas de limitações ao direito de imagem: a) por vontade do indivíduo, visto que se trata de direito essencial à pessoa humana, podendo ela dispor dele da forma que achar conveniente, mas sem se privar dele totalmente; e b) em razão da coletividade, nos casos em que o interesse público exigir, for necessário para a administração da justiça ou para a ordem público.

Cabe ressaltar, também, que, mesmo que haja um contrato entre o titular da imagem com uma pessoa qualquer, esta só poderá utilizar a imagem daquela, dentro dos limites estabelecidos dentro do acordo de vontades, pois, se forem ultrapassados estes limites, isto ensejará, da mesma forma que o caso precedente, a reparação de dano. (GUERRA, 2004, p. 65).

Assim como ocorre com o direito à intimidade e à vida privada, o direito à imagem também sofre restrições no que se refere as pessoas públicas e as celebridades, tendo em vista sua notoriedade, o que faz com que se tornem interesse da coletividade. Porém, a restrição não é absoluta, essas pessoas não perdem seu direito à imagem, apenas há uma flexibilização,

nos casos em que o interesse na divulgação seja legítimo, em razão de seu ofício, profissão ou da situação em que se encontre (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 213).

2.2 Dignidade da pessoa humana como princípio indispensável para a consagração dos direitos fundamentais da personalidade

Conforme explicitado anteriormente, a dignidade da pessoa humana é intrínseca ao ser humano e está intimamente ligada aos direitos fundamentais. Trata-se de um direito preexistente ao homem, tendo, portanto, uma aplicação extremamente abrangente e abstrata, o que dificulta a criação de um conceito jurídico, visto que abrange diversos significados e concepções. Isto pode ser observado na própria etimologia da palavra dignidade, derivada do latim “dignitas”, que significa virtude, honra, consideração, aquele que é importante e merece estima. Diante disso, Sarlet (2011, p. 73) aduz que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser inerente ao ser humano, passou por diversas definições e concepções ao longo do tempo até alcançar a grande importância e aplicação que detém atualmente. Sofreu diversas modificações de acordo com o momento histórico vivido ou com o pensamento predominante na época, mas sempre foi respeitado como valor do homem, encontrando matrizes culturais desde a Antiguidade até a Idade Moderna.

Segundo Sarlet (2006, p. 29), a concepção de dignidade da pessoa humana já encontrava expressão no pensamento clássico e no cristão. No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana era quantificada de acordo com a posição social e grau de reconhecimento do indivíduo, podendo existir pessoas mais e menos dignas, ao passo que o estoicismo entendia a dignidade como uma qualidade do ser humano, o que o distinguia dos demais animais, estabelecendo que todos possuem o mesmo nível de dignidade.

Para a religião cristã, o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus, razão pelo qual todos os seres humanos têm um valor próprio intrínseco, não podendo ser considerado

apenas um objeto ou instrumento. Este pensamento foi corroborado, na Idade Média, por São Tomás de Aquino, que primeiro utilizou a expressão “*dignitas humana*”, acrescentando que o ser humano, em virtude de sua dignidade, tem capacidade de autodeterminação, sendo livre para exprimir sua vontade.

Com o jusnaturalismo, nos séculos XVII e XVIII, a ideia de dignidade da pessoa humana passou por uma verdadeira transformação, perdendo as raízes do pensamento cristão e se utilizando da racionalização e laicização, permanecendo, porém, a igualdade de todos os homens em liberdade e dignidade. Para os jusnaturalistas, a condição humana era suficiente para que o homem fosse titular de direito e tivesse sua dignidade assegurada em face dos demais e do próprio Estado.

No entanto, apenas em Kant o pensamento cristão foi abandonado totalmente, passando a se considerar como fundamento da dignidade humana a autonomia da vontade, ou seja, a faculdade de decidir o que fazer e agir de acordo com as leis, mas sempre de forma ética, sendo esta característica considerada pelo filósofo como própria dos seres racionais.

Após isso, a dignidade da pessoa humana voltou a ser debatida durante o Século XX, em razão da Segunda Guerra Mundial, marco histórico de grande violação aos direitos humanos pelos regimes nazistas e fascistas. Esse episódio deu início a um processo de internacionalização dos direitos humanos, que passaram a ser assegurados em diversos tratados internacionais.

Essa proteção internacional aos direitos humanos teve seu início com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, garantindo a universalidade e indivisibilidade destes direitos ao afirmar que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”⁴. Alguns anos depois, foram reforçados por meio de outros tratados internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 130):

A reação à barbárie do nazismo levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Desse modo, diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade humana como fundamento do Estado.

Posteriormente, houve a constitucionalização destes direitos, que foram positivados nos ordenamentos jurídicos internos dos países, adquirindo status de direitos fundamentais.

⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), estabelece em seu art. 1º: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade*”.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana passou ao patamar de princípio fundamental da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, com o advento da Constituição Federal de 1988, estando previsto em seu art. 1º, III, juntamente com outros princípios de incontestável importância, constituindo-se em núcleo axiológico da Constituição, base e fundamento para os demais princípios e direitos.

Nesse sentido, Marcelo Novelino (2013, p. 360) dispõe que:

A consagração da dignidade humana no texto constitucional reforça, ainda, o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. O indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Dessa forma, percebe-se uma ligação de dependência incontestável entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, em especial os direitos da personalidade, visto que apesar destes direitos terem surgido com fundamento na dignidade, uma exigência para que as pessoas tenham uma vida digna e plena, apenas por meios deles é que poderá a dignidade ser garantida, protegida e promovida.

Assim, os direitos da personalidade são necessários para que os indivíduos vivam com a dignidade que tem direito e a dignidade da pessoa humana é indispensável para que estes direitos sejam consagrados. Ao se negar os direitos da personalidade que são inerentes à pessoa humana, também se estará negando um dos princípios fundamentais, que é a própria dignidade⁵.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 127) utilizam-se da argumentação afirmando que:

[...] o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a dignidade humana, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Sendo assim, percebe-se que os direitos da personalidade e a dignidade são indissociáveis, isso porque a Constituição, ao elevar o princípio da dignidade humana a fundamento da República, passou a garantir a cada indivíduo, além de proteção aos diversos atributos inerentes à pessoa, os meios necessários para o desenvolvimento da sua

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85

personalidade e para a manutenção de uma vida digna (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 54).

Dessa forma, a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, direitos da personalidade ligados à integridade moral, tornou-se essencial no mundo moderno, visto que há um acesso mais rápido e fácil à informação, fazendo com que muitas vezes pareça não existir uma divisão entre o que faz parte da esfera pública e o que é a esfera privada do indivíduo.

Os meios de comunicação alcançaram grande importância, principalmente com a internet, que permitiu a difusão de informações a qualquer momento e em qualquer lugar, seja boa ou ruim, muitas vezes sem observar os direitos individuais e a dignidade da pessoa humana. Isto ocorre porque a informação é compartilhada de forma imediata e sem nenhuma restrição acerca de sua origem, veracidade, acabando por se perpetuar, impedindo que seja esquecida e afetando a vida dos envolvidos.

Assim, levando em consideração o atual momento, em que houve a popularização das redes sociais, ao absurdo de elas se tornarem uma necessidade para a sociedade, em que tudo é dito de forma inconsequente e irreverente, os direitos da personalidade analisados passaram a ser constantemente desrespeitados. Buscando impedir a proliferação de violações, bem como preservar estes direitos, surgiu o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, que será analisado a seguir em capítulo próprio.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE

Conforme supracitado, o direito ao esquecimento decorre dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado um direito da personalidade e, portanto, fundamental. O direito de ser esquecido consiste na possibilidade de o indivíduo ter informações sobre a sua vida retiradas de circulação pelos diversos meios de comunicações, mesmo que sejam lícitas e verdadeiras, em razão de terem estas perdido seu interesse e, além disso, causarem prejuízo aos envolvidos.

3.1 Breves considerações acerca do tema

Partindo-se da realidade da sociedade de informação, que possui acesso simplificado e rápido à comunicação, por meio das redes sociais e da internet, pode-se perceber que os direitos individuais da pessoa humana estão em risco. Compartilhar momentos tornou-se uma obsessão, todos os acontecimentos vividos são colocados à disposição de milhares de pessoas ao redor do mundo e, com isso, o liame entre o que é público e privado vai se estreitando. A mídia, utilizando-se de seu poder⁶ e do superinformacionismo, explora, algumas vezes, de forma exacerbada e com o intuito de lucro, a intimidade do indivíduo contra a sua vontade.

Nesse sentido, Paulo José da Costa Junior (apud RAMOS FILHO, 2014, p. 46), ao tecer comentário acerca do assunto, dispõe que:

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência de intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

A informação é difundida instantaneamente em todo o mundo, podendo ser acessada com apenas um “clique” nos diversos dispositivos de busca da internet, como o Google e o Yahoo. Estes mecanismos de pesquisa são marcados pela perenidade, visto que as notícias neles espalhadas acabam se perpetuando, fazendo com que nunca sejam esquecidas. Em razão disso, qualquer situação vivida por um indivíduo pode retornar à memória pública, seja lícita

⁶ Daniel Boortin (apud MAINENTI, 2014, p. 49) dispõe que surgiu, em 1828, a expressão quarto poder para se referir a imprensa quando um deputado do parlamento inglês, McCaulay, apontou para a galeria onde estavam sentados os jornalistas e gritou: “Fourth Estate!”.

ou ilícita, verdadeira ou falsa, causando sofrimento, transtornos e, muitas vezes, prejudicando sua nova realidade.

Nos dizeres de Lima (2013, p. 272):

O novo tratamento conferido aos dados inseridos na Internet fez com que, uma vez incorporadas ao espaço digital, as informações nunca fossem inutilizadas. A ampliação do espaço disponível tornou possível armazenar mais dados, mesmo aqueles que os usuários julgavam prescindíveis. Assim, em um ambiente com espaço incomensurável, cada pedaço de informação pode ser lembrado pela eternidade, levando em conta a capacidade de armazenamento digital, modicidade, fácil recuperação e acesso global.

Diante desse panorama, surgem diversos questionamentos: como adequar o direito fundamental à privacidade que todo ser humano tem, direito este indispensável para sua dignidade, com a realidade do superinformacionismo? É possível limitar as liberdades de expressão, de informação e de imprensa em prol dos direitos da personalidade? É legítimo o resgate de informações há muito tempo esquecidas pela coletividade com base no direito fundamental às liberdades de expressão e informação? Quanto tempo uma informação sobre determinada pessoa deve permanecer disponível? O cidadão tem direito de reconstruir sua vida livre de fatos que lhe afligiram? Resumindo: existe um direito ao esquecimento na atual sociedade moderna globalizada?

Assim, como pode ser observado, o tempo é um fator preponderante para a consagração do direito ao esquecimento. Com a mídia, as redes sociais e a internet, a divulgação de notícias, sejam estas atuais ou ultrapassadas, ocorrem a todo momento e uma vez inseridas as informações na rede mundial de computadores, elas não desaparecem, sendo possível que sejam acessadas a qualquer hora e por qualquer pessoa. Diferentemente do que ocorria com os jornais, revistas de antigamente, em que a informação era perdida quando aparecia uma nova edição, a “internet não esquece”⁷.

Essa perenidade da informação permite que fatos pretéritos venham a público com a mesma clareza que tiveram quando divulgados inicialmente, acarretando prejuízos e sofrimentos a todos os envolvidos, que provavelmente, pelo decurso do tempo, já tinham se reinserido ao meio social ou deixado para trás esse equívoco cometido. Assim, o direito de ser deixado em paz não busca apagar a memória histórica do povo nem recriar fatos, mas sim evitar que fatos do passado, sem contemporaneidade e interesse público, sejam divulgados e lembrados com prejuízo para os envolvidos e sem vantagem para os demais.

O direito ao esquecimento parte do pressuposto de que os fatos e notícias sobre determinadas pessoas tendem a se eternizar. Não há um prazo determinando para saber

⁷ COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 185

quando alguma informação pode ser retirada de circulação, por isso a análise é feita de acordo com o caso concreto, levando-se em consideração o transcurso de um lapso temporal considerável e a inutilidade da informação para o interesse público, permitindo que sejam preservados os direitos da personalidade e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa.

Para René Ariel Dotti (1998, p. 300):

O direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes a personalidade.

3.2 Origem e fundamentos do direito ao esquecimento

Inicialmente, cabe destacar que apesar de ser um tema novo ao debate no Brasil, o direito ao esquecimento não é recente. Surgiu, originariamente, na Europa e nos Estados Unidos, tendo sido julgadas diversas situações. O primeiro caso em que o direito ao esquecimento apareceu ocorreu em 1931, nos Estados Unidos, tendo sido julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia. Dizia respeito à apelante Gabrielle Darley que, em seu passado, havia se prostituído e sido acusada de homicídio, do qual foi absolvida.

Após ter casado e refeito sua vida, teve tais fatos retratados no filme “Red Kimono”, de 1925, que contava sua história, utilizando seu nome verdadeiro. Seu marido, então, recorreu à justiça requerendo reparação, em razão de ofensa ao seu direito à intimidade, tendo o Tribunal reconhecido a existência de um direito ao esquecimento como um dos aspectos mais importantes da vida privada.

Porém, apenas na Alemanha, através do chamado “caso dos soldados Lebach”⁸, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que este direito foi sedimentado. O caso Lebach ocorreu, em 1973, quando uma emissora de televisão pretendia exibir um documentário intitulado “O assassinato dos soldados em Lebach”. O referido documentário contava a história de uma chacina, ocorrida em 1969, na cidade de Lebach, em que quatro soldados, que estavam de sentinela em um depósito de munições do Exército, foram mortos enquanto dormiam e tiveram suas armas roubadas para a prática de outras infrações.

⁸ PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. Revista Jurídica da Presidência, v. 16, n. 109, jun./set. 2014. p. 403. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/17/8>>. Acesso em: 18 out. 2017.

Um dos envolvidos no crime estava prestes a ser libertado da prisão e entendia que a exibição do programa, onde aparecia seu nome e foto, atrapalharia sua ressocialização e violaria seus direitos fundamentais. Dessa forma, após recorrer, a Corte Alemã concedeu seu pedido, entendendo que a proteção da personalidade, neste caso, seria mais importante que a liberdade de informação. Assim, trazer à memória novamente um crime grave ocorrido há muito tempo colocaria em risco a possibilidade de reinserção do autor na vida social.

René Ariel Dotti (apud PASSOS, p. 403-404) cita como um dos fatos fundamentais para a consagração do direito à privacidade o caso da atriz Marlene Dietrich, que teve um de seus encontros românticos divulgados pela imprensa, assim dispondo:

Finalmente, no caso Marlene Dietrich – que foi referido como uma das pedras fundamentais da construção do muro da privacidade – o Tribunal de Paris reconheceu expressamente que “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”. O direito ao esquecimento como uma das importantes manifestações da vida privada estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1958: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz”!

Como pode ser observado, o direito ao esquecimento, também conhecido como “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”, sendo chamado nos Estados Unidos de “the right to be let alone” e nos países espanhóis de “derecho al olvido”, surgiu primeiramente com o intuito de tutelar os casos relativos às condenações criminais, buscando beneficiar os indivíduos que já cumpriram sua pena por alguma infração cometida e, principalmente, aqueles que foram inocentados, mas que se envolveram em acontecimentos terríveis, dos quais a lembrança acarretaria prejuízos.

Atualmente também está relacionado ao direito em geral e aos meios midiáticos. Um caso de grande relevo para a ascensão do direito ao esquecimento, principalmente no que se refere ao contexto da sociedade da informação, ocorreu em maio de 2014, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que a Google Spain retirasse todos os registros em que o nome do cidadão espanhol Mario Costeja González aparecesse vinculado à venda compulsória, em hasta pública, de seu apartamento para quitação de débitos fiscais devidos à seguridade social.

Nesta situação, o pagamento da dívida tinha ocorrido sem a necessidade de alienação do imóvel, mas a notícia acerca do leilão, veiculada em 1998, pelo jornal La Vanguardia, permanecia nos sites de busca e pesquisa. Assim, Mario Coteja González, por se tratar de uma

pessoa conhecida, invocou seu direito ao esquecimento, tendo em vista se tratar de uma notícia que infligia danos à sua honra, imagem e dignidade⁹.

No Brasil, o direito ao esquecimento tem base constitucional e legal, sendo consequência dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, todos assegurados no art. 5º, X, da Constituição Federal e no art. 21 do Código Civil de 2002. Também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III, da Constituição de 1988.

Passou a ter maior relevância e a ser debatido, no país, após a edição do Enunciado nº 531, em março de 2013, pelo Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, que incluiu o direito ao esquecimento como parte da proteção da dignidade da pessoa humana, entre os direitos da personalidade. Nesse sentido, colaciono o Enunciado nº 531:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.

ARTIGO:

11 do Código Civil

JUSTIFICATIVA:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Este Enunciado traz em seu bojo um indicativo de como deve ser interpretado o art. 11 do Código Civil, segundo o qual os direitos da personalidade não podem sofrer limitações voluntárias, colocando o direito ao esquecimento no mesmo patamar que os demais direitos da personalidade. Além disso, deixa claro que não ser lembrado eternamente por equívocos cometidos há muito tempo é uma forma de proteger a dignidade humana.

Porém, também ressalta que o direito ao esquecimento não deve ser aplicado ao bel prazer do indivíduo, de forma a prejudicar a liberdade de informação e de expressão, mas sim nos episódios em que houver uma grave violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade caso seja mantida a informação ao público em geral.

⁹ SANTOS NETO, Antonio Tavares. **O direito ao esquecimento**: uma exigência contemporânea. Brasília, 2015, p. 17. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10796/1/2015_AntonioTavaresdosSantosNeto.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

3.3 Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça: aplicação do direito ao esquecimento nos casos Chacina da Candelária e Aída Curi

De acordo com o exposto, o direito ao esquecimento alcançou proeminência nas discussões jurídicas em razão da grande proliferação de informações publicadas e divulgadas após um grande lapso temporal quando relacionadas a seu momento de origem. Informações estas que, muitas vezes, não possuíam mais nenhuma utilidade ou interesse social, servindo apenas de manchete para causar sofrimentos e danos aos envolvidos, sem trazer nenhum benefício coletivo.

Dessa forma, apesar de inexistir no Brasil uma legislação específica que regule o direito ao esquecimento, o tema foi objeto de interpretação conforme a Constituição pela doutrina e jurisprudência, que se embasaram em decisões de tribunais estrangeiros, bem como do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, que equiparou o direito ao esquecimento aos direitos da personalidade e o considerou essencial para a proteção da dignidade do ser humano.

Entre as jurisprudências, cabe destacar as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em dois casos emblemáticos, casos Chacina da Candelária e Aída Curi, que tiveram muitas semelhanças. Entre os aspectos comuns, pode-se destacar que ambos os casos foram julgados pela Quarta Turma do Tribunal, tiveram o mesmo ministro como relator e decorreram de episódios exibidos pelo Programa Linha Direta Justiça, da Rede Globo, de cunho sensacionalista e que buscava apresentar crimes famosos já solucionados. Porém, tiveram uma divergência significativa: no primeiro caso, o direito à indenização foi concedido, enquanto no segundo caso não.

A Chacina da Candelária foi um atentado violento ocorrido em 23 de julho de 1993, em frente à igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, em que oito crianças e adolescentes de rua foram mortos e diversos outros feridos em uma execução a sangue frio. Nove homens foram acusados de participar do crime, sendo oito policiais, dos quais três foram condenados e um serralheiro, Jurandir Gomes de França. Depois de três anos preso, Jurandir Gomes de França, foi absolvido pelo plenário do júri, tendo sido negada sua autoria por unanimidade do Conselho de Sentença.

Após decorrido um tempo do episódio nefasto, no ano de 2006, o programa “Linha Direta – Justiça”, da Rede Globo, realizou uma matéria sobre o caso, apontando entre os envolvidos no crime Jurandir Gomes da França, embora tenha sido absolvido. Em razão disso, Jurandir alegou que a reportagem exibida pelo programa reacendeu a revolta na comunidade,

tendo lhe sido atribuída a imagem de chacinador, o que ocasionou seu isolamento social e represálias.

Além disso, foi obrigado a deixar o local que residia, por dificuldade de encontrar emprego e por receio de haver algum atentado a sua integridade física e de sua família. Em razão de todo o constrangimento sofrido, ingressou com ação de indenização contra a emissora, no valor de 300 salários mínimos, tendo obtido decisão favorável apenas em sede de apelação.

Inconformada, a ré opôs embargos de declaração e infringentes, quer foram negados, até que interpôs recurso especial ao STJ, alegando que atuou em exercício legal de direito reconhecido e fundamental à liberdade de informação e de imprensa, não tendo causando nenhum dano à privacidade ou à intimidade do autor, visto que os fatos foram narrados no programa da forma que ocorreram, além de serem públicos e terem sido amplamente divulgados. Ademais, sustentou que o Programa Linha Direita – Justiça é muito comum no exterior, existindo diversos meios de comunicação dedicados a exibir programas sobre casos criminais célebres.

Apesar disso, a TV Globo teve seu Recurso Especial (RESp nº 1330497/RJ), interposto perante o STJ, negado pela unanimidade da 4ª Turma, que entendeu ser dispensável a apresentação do nome e imagem de uma pessoa que foi absolvida para a retratação da história de forma fidedigna, mantendo, assim, a indenização ao autor no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse sentido, a ementa do julgado pode ser observada no “Anexo A” deste trabalho.

O segundo caso refere-se a jovem Aída Jacob Curi, nascida em Belo Horizonte, filha de imigrantes sírios. Em 14 de julho de 1958, a jovem foi abusada sexualmente e morta, no Rio de Janeiro, sendo encontrada na Avenida Atlântica, próxima à Rua Miguel Lemos, no bairro de Copacabana. Esse episódio se tornou nacionalmente conhecido, em razão do noticiário da época e do processo criminal decorrente. Após quase 50 anos do ocorrido, no dia 29 de abril de 2004, a TV Globo, por meio do Programa Linha Direta – Justiça, veiculou a história do crime, tendo sido o nome e as imagens da vítima divulgados.

Os irmãos de Aída Curi, por entenderem que o noticiário tinha explorado o trágico homicídio de sua irmã, reavivando lembranças e sentimentos há muito tempo esquecidos e reabrindo antigas feridas, pleitearam o pagamento de indenização por danos morais. O pedido foi rejeitado na primeira instância e em sede de apelação, sob o argumento de que os fatos expostos no programa eram de conhecimento público, visto que foram divulgados

amplamente ao longo dos anos, tendo a Rede Globo cumprido com seu dever de informar, inexistindo lucro com a manchete.

Inconformados com o resultado, os autores interpuseram Recurso Especial (RESp nº 1335153/RJ), buscando reverter a decisão. No entanto, este foi negado pela maioria da Quarta Turma do STJ, que entendeu, seguindo novamente o Relator Luis Felipe Salomão, ser o crime, nesse caso, indissociável do nome da vítima. Não sendo, assim, possível que a emissora retratasse essa história omitindo o nome da vítima, conforme mostra o acórdão presente no “Anexo B” do presente estudo.

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça tenha julgado os dois casos de forma diversa, alcançando soluções diferentes, apresentou uma linha de raciocínio coerente. Ambos os casos reconheceram a existência de um direito ao esquecimento, decorrente dos direitos da personalidade à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada, em conflito com o direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

Utilizando-se do caso Lebach, o Tribunal entendeu que caso não exista mais interesse público na divulgação do fato delituoso, em razão do tempo decorrido, tanto o autor quanto a vítima do crime têm direito de ser deixado em paz. No entanto, caso estes fatos se tratem de crimes históricos e necessários para a preservação da memória coletiva, tiverem interesse social, os nomes e imagens dos envolvidos podem ser divulgadas se forem indissociáveis do fato delituoso. Se não houver necessidade, o crime pode ser divulgado, mas o nome e imagem dos envolvidos devem ser preservados.

Pode-se perceber com isso que o direito ao esquecimento, no contexto da sociedade de informação, globalizada e multifacetada, marcada pelo constante compartilhamento de informações, encontra grande óbice nos direitos à liberdade de expressão, de informação e de imprensa, que serão a seguir analisados.

4 SUPERINFORMACIONISMO E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA

A sociedade contemporânea é marcada pela evolução dos meios de comunicação, em razão do desenvolvimento da *internet* e da proliferação das redes sociais, que permitem o constante compartilhamento de ideias, pensamentos e convicções. Tudo acaba se tornando conhecimento de todos, independentemente de a notícia veiculada ser verídica, inverídica, pública ou privada.

O acesso à informação é instantâneo, imediato, fazendo com que o momento atual seja considerado a era da informação ou do *superinformacionismo*, visto que toda manifestação compartilhada na rede, acaba tendo alcance global. E uma vez compartilhadas, estas informações não desaparecem, elas se perpetuam, podendo ser vistas novamente a qualquer momento e em qualquer tempo.

Essa realidade advém de uma longa evolução da sociedade e do próprio homem, que por natureza é um “animal social”¹⁰, ou seja, não consegue viver se não for em sociedade e necessita estar em contato com outros para se desenvolver. Em razão disso, para que consiga atingir sua essência e compartilhar suas manifestações, é indispensável que tenha liberdade para exprimir aos demais, da forma que lhe aprouver, aquilo que pensa.

O homem, porém, não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade. (BUENO, Pimenta apud SILVA, 2016, p. 243).

Nesse panorama, a Constituição Federal de 1988, reconhecendo a essencialidade da liberdade para a vida em sociedade, estabeleceu, em seu art. 5º, diversos direitos e garantias inerentes ao ser humano, os chamados direitos fundamentais, estando, entre eles, às liberdades de expressão, de informação e de imprensa. Tais liberdades, extremamente importantes não só para a proteção da dignidade da pessoa humana, mas também para a garantia do Estado Democrático de Direito, serão a seguir explicitadas.

¹⁰ Aristóteles, Política I, 1253a 9. Tomás de Aquino, em argumentação ao pensamento de Aristóteles, diz: “é, todavia, o homem, por natureza, animal sociável e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade. Realmente, aos outros animais preparou a natureza o alimento, a vestimenta dos pêlos, a defesa, tal como os dentes, os chifres, as unhas ou, pelo menos, a velocidade para a fuga. Foi, porém, o homem criado sem a preparação de nada disso pela natureza, e, em lugar de tudo, coube-lhe a razão, pela qual pudesse granjear, por meio das próprias mãos, todas essas coisas, para o que é insuficiente um homem só. Por cuja causa, não poderia a um homem levar suficientemente a vida por si. Logo é natural ao homem viver na sociedade de muitos” (TOMÁS DE AQUINO, Do reino ou do governo dos príncipes ao rei de Chipre, p. 127)

4.1 Liberdade de expressão

O direito de se expressar livremente, sem qualquer tipo de censura ou repressão, é resultado de um lento processo de modificação social e histórica, de lutas travadas durante muitos séculos, que buscavam limitar o poder do Estado sobre o particular, bem como garantir aos indivíduos o mínimo essencial para viver.

Nesse sentido, Bobbio (1992, pág. 5) afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Este direito fundamental só veio a existir, mesmo que de forma discreta, após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII (Revolução Francesa e Independência Americana), juntamente com o Estado Liberal, sendo integrante da primeira geração de direitos fundamentais, correspondente aos direitos civis e políticos. É considerado, portanto, um direito negativo, pois exige uma não intervenção do Estado.

Em seu viés histórico, o direito à liberdade de expressão foi assegurado, inicialmente, na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215, de João Sem-Terra, que definia limites ao soberano. Em 1689, foi reafirmado com o *Bill of Rights*, que acabou com o regime absolutista. Porém, a efetiva mudança ocorreu, em 1776, nos Estados Unidos, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que estabeleceram a igualdade e a liberdade de todos os homens, garantindo o direito à vida, à felicidade e à liberdade.

Após isso, muitos documentos visaram proteger o direito à liberdade de expressão, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ocorrida na França, em 1789, que, segundo Caetano (2016, p. 7), estendeu aos direitos fundamentais já consagrados a universalidade, especialmente no que concerne à vedação a qualquer violação das liberdades individuais, difundindo estes direitos por todo o Ocidente.

No entanto, apenas com a Declaração Universal de Direito Humanos, em 1948, houve a universalização dos direitos humanos, sendo propagada a obrigação de garantir e proteger os direitos à opinião, à expressão e à manifestação, bem como o direito à informação. Destaca, em seu art. 19º, que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que

implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”¹¹.

Em 1969, o direito fundamental à liberdade de expressão é corroborado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92, que assim dispõe:

Art. 13

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. [...] ¹²

A liberdade de expressão, atualmente, é direito fundamental essencial e um dos pilares da democracia moderna, compreendendo também a liberdade de informação e de imprensa. Está consagrada na Constituição Federal, como cláusula pétrea, em seu art. 5º, inciso IV, que dispõe ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como em seu inciso IX, que garante a livre “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Em relação ao objeto tutelado pela liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 243) elucida:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...].

Consiste, assim, no direito que todo indivíduo possui de manifestar suas opiniões, pensamentos, convicções, seja pelos mais diversos meios de comunicação, como jornais, rádios, *internet*, mas também por gestos, desenhos, gravuras e pinturas, não se restringindo apenas à palavra escrita ou falada. É a busca da realização pessoal, instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e fundamental para o exercício da democracia. Torres (2013, p. 61) assim explicita:

Primeiramente, no âmbito da dignidade humana, é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Viver dignamente pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressadas. [...]. No que respeita à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental correlato à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas.

¹¹ BAHIA, Flávia. **Vade mecum constitucional e humanos**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Recife, PE: Armador, 2017. p. 1133.

¹² BAHIA, Flávia. **Vade mecum constitucional e humanos**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Recife, PE: Armador, 2017. p. 1101.

4.2 Liberdade de informação

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a liberdade de informação figura como um direito de grande importância, intimamente ligado a liberdade de expressão, visto que para que os cidadãos possam exercer a democracia de forma consciente, possam se expressar, é necessário que exista o acesso à informação e a possibilidade de transmissão dessa informação a todos. Assim, pode-se perceber que o direito à informação compreende três vertentes diferentes: o direito de informar, de se informar e de ser informado.

O direito de informar consiste na liberdade que todos possuem de comunicar, transmitir ou difundir informações, sem qualquer restrição. Juntamente com o direito de informar, encontra-se o direito de se informar, que garante ao indivíduo o acesso à informação, permitindo que todos busquem as informações que acharem pertinentes, sem nenhum impedimento.

Ademais, há o direito de ser informado, impondo aos meios de comunicação, responsáveis pela propagação da informação, que apresentem conteúdos objetivos, claros, precisos, integrais e verdadeiros. É um direito dos cidadãos e um dever dos profissionais que trabalham com a transmissão de informação, visto que esta tem poder de influir no pensamento e na opinião do público.

O direito à informação [...] integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...]. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p.189).¹³

Na Carta Magna de 1976, o direito à liberdade de informação está previsto no art. 5º, inciso XIV, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, e inciso XXXIII, determinando que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.189

Também encontra fundamento no art. 220, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Com isso, fica evidente que o texto constitucional veda qualquer obstrução ao direito fundamental à liberdade de informação.

Na realidade da sociedade contemporânea, caracterizada pelos avanços tecnológicos, econômicos e sociais, o direito à informação ganhou significado mais amplo, passou a ser não apenas uma regalia estendida a todos os homens, mas sim uma necessidade de conhecimento sobre os variados assuntos e acontecimentos, sendo uma questão de sobrevivência tanto individual (desenvolvimento físico, emocional, psíquico), como coletiva, na vida social e política (conexão com o mundo e com as pessoas). Nas palavras de Patrícia Peck (2010, p. 82):

A questão da informação assume maior relevância no direito digital em razão de seus desdobramentos comerciais e de responsabilidade civil. O acesso à informação constitui o maior valor de uma sociedade democrática, e a massificação da internet como serviço de informação e informatização, possibilita um aumento de competitividade global de comunidades antes marginalizadas.

José Afonso da Silva (2014, p. 248), por sua vez, define:

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

4.3 Liberdade de imprensa

A Constituição Federal prevê, além das liberdades de expressão e de informação, a chamada liberdade de imprensa, que garante aos veículos de comunicação em geral a transmissão de fatos notórios e acontecimentos que sejam de interesse público. É considerada, portanto, associada à liberdade de informação, um direito fundamental individual de expressão coletiva.

Karl Marx (apud SILVA, 2014, p. 248) expõe de forma precisa:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.

Também denominada de liberdade de informação jornalística, a liberdade de imprensa é essencial para que haja a propagação de diferentes opiniões e pontos de vista, ampliando o acesso à informação, permitindo um maior debate e, conseqüentemente, a busca pela verdade. Não se confunde com a liberdade de expressão porque esta se refere a manifestação por qualquer cidadão e de formas variadas, como através da arte, de trabalhos, de protestos, ao passo que aquela está ligada a lutas de profissionais do jornalismo em prol do interesse coletivo.

[...] o direito de veicular ideias, conceitos e opiniões; e o direito de transmitir notícias atuais sobre fatos relevantes e de interesse coletivo e sobre elas formular os respectivos comentários ou críticas. A essa última espécie de direito de informar se atribui a denominação de liberdade de informação jornalística. A liberdade de informação jornalística assegura a difusão pública de notícias e o correspondente direito de crítica. Percebe-se, destarte, que o direito de informação jornalística engloba notícias e as críticas jornalísticas, não podendo a lei impor condições ao seu exercício, que é livre e assegurado constitucionalmente”. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 672).

Para que chegasse a ser assegurada, no Brasil, foi necessária uma ampla mudança, visto que durante muito tempo prevaleceu o regime absolutista, que concentrava o poder nas mãos do imperador, e, posteriormente, vigorou o regime ditatorial, que trouxe restrições e reprimiu a liberdade de informação jornalística. Exemplo desta limitação à liberdade de imprensa foi a criação da Lei n. 5250/67, conhecida como Lei da Imprensa, durante a ditadura militar, responsável por regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

Tal lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988, tendo sido objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ao Supremo Tribunal Federal, em 2009, por ser considerada uma intervenção violadora da liberdade de imprensa. Nesse sentido, segue a ementa abaixo:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras conseqüências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade

entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei n.º 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação¹⁴

A liberdade de imprensa não tem, atualmente, lei infraconstitucional que a discipline, porém encontra previsão no art. 220, da Constituição Federal, dispondo em seu § 1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” e em seu § 2º que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Por meio destes artigos, pode-se perceber que não é permitida qualquer limitação à liberdade de informação jornalística, que pode ocorrer por meio dos diversos veículos de informação. Sendo assim, esta liberdade não se limita à liberdade do jornalista ou do dono da empresa jornalística, visto que são apenas reflexo do direito que todos os cidadãos possuem a uma informação justa, correta e imparcial (SILVA, 2014, p. 249).

Dessa forma, a liberdade de imprensa se reveste como um importante instrumento de formação da opinião pública, devendo conservar seu caráter objetivo e o compromisso com a verdade dos fatos. Desempenha, assim, uma função social, sendo considerada por alguns doutrinadores um “quarto poder”, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário¹⁵, em razão de sua forte influência na sociedade, principalmente na atual sociedade de informação, em que a transmissão de informações é imediata e constante.

4.4 Limites às liberdades de expressão, de informação e de imprensa

Embora incontestável a importância dos direitos à expressão e à informação, constitucionalmente assegurados, bem como de uma imprensa atuante, para assegurar o exercício da democracia e preservar o Estado Democrático de Direito, é necessário que estas garantias estejam acompanhadas de regras e princípios que as disciplinem, impedindo que sejam abandonadas ao arbítrio.

A Carta Magna de 1988, ao proteger as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, também trouxe princípios que limitam seu exercício. Isto ocorre porque não existe

¹⁴ STF. Plenário. **ADPF 130/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30/04/2009.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 249

direito fundamental absoluto e ilimitado, todos os direitos podem ser relativizados, tanto por estarem sujeitos a conflitos, como por ser proibida sua utilização para a prática de ilícitos.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 137-138) asseveram:

“Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitação, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais [...] até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”.

Marcelo Novelino (2013, p. 378) também leciona que “por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, razão pela qual a relatividade (ou limitabilidade) costuma ser apontada como uma de suas características”. Assim, todas estas liberdades, apesar de essenciais, encontram restrições no próprio texto constitucional.

O art. 220, § 1º, da CRFB/88, mesmo dispondo que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, determina que poderá haver restrição a essa regra nos casos elencados no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV.

O inciso IV, do art. 5º, da Constituição Federal traz uma limitação à liberdade de expressão quando afirma ser vedado o anonimato nas manifestações do pensamento, impedindo que haja a expressão de pensamentos, convicções e ideias ao relento, sem a possibilidade de defesa, em caso de abuso na manifestação. Esta norma busca, assim, desestimular discursos de ódio e permitir, caso haja ofensa, a responsabilização civil e penal do agente, bem como o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V, da CRFB/88).

Por sua vez, o inciso X, do art. 5º, restringe estas liberdades para a proteção do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, visto que a utilização imoderada destas liberdades pode acarretar prejuízo ao direito de terceiros, e garante indenização por dano moral ou material, caso haja sua violação.

Ademais, o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988, permitiu o amplo acesso às informações de interesse particular ou de interesse coletivo, exceto em relação aquelas cujo sigilo seja essencial para a segurança da sociedade e do Estado. Ou seja, é assegurado a todos o direito de buscar informações que sejam de seu interesse ou de interesse geral, desde que sobre estas informações não recaia sigilo imprescindível para o Estado e a sociedade. Há, nesse dispositivo, uma clara restrição ao direito de ser informado ou receber informações.

No mesmo contexto, o art. 222, § 3º elucida que “os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão

observar os princípios enunciados no art. 221”, entre os quais se destaca o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Deste enunciado, pode-se perceber que deve haver proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é o alicerce do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88), limitando os direitos à liberdade de expressão, informação e imprensa (BRANCO, 2016, p. 253).

Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 253) assim exprime:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

No que se refere à liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, a doutrina dispõe que esta encontra limitação no interesse social e na verdade. Assim, não é admitida a informação falsa, sendo a verdade da informação, além de relevante socialmente, uma conduta tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não há direito à informação quando a notícia veiculada não condiz com os fatos que realmente ocorreram.

Para Novelino (apud RAMOS FILHO, 2014, p. 18), existem três limitações à liberdade de imprensa:

I- **veracidade**: a velocidade da transmissão de informações nos dias de hoje exige uma investigação proporcional, no sentido de que seja feito todo o esforço “possível” para se averiguar a veracidade da informação (“constitucionalmente veraz”). Como os equívocos não serão raridade, o *direito de retificação*, em contrapartida, também deve ser assegurado de maneira rápida;

II- **relevância pública**: o que se protege é a informação necessária à formação da opinião pública, em razão da sua importância dentro do sistema político. Por isso, a informação deve ser de “interesse geral” ou “relevante para a formação da opinião pública”, eixo em torno do qual gira este direito;

III- **forma adequada de transmissão**: a informação deve ser transmitida de maneira adequada para a formação da opinião pública, sem se estender a aspectos que não interessam a este ponto de vista e sem conter expressões injuriosas ou insultantes às pessoas sobre cuja conduta se informa.

Dessa forma, observa-se que não é suficiente a existência de apenas um dos requisitos (veracidade, relevância pública e forma adequada de transmissão) para que a informação jornalística seja considerada legítima, mas sim dos três elementos em conjunto. Toda informação, mesmo que verdadeira, tem que ser relevante ao interesse público e transmitida de forma correta, justa e objetiva, para que influa positivamente sobre a opinião pública.

Nessa perspectiva, mostra-se evidente que, a despeito de as liberdades de informação, de expressão e de imprensa gozarem de uma importância soberba na sociedade de informação, não podem ser utilizadas de forma arbitrária, absoluta e ilimitada, prevalecendo sobre outros valores constitucionalmente assegurados como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. No entanto, o Poder Judiciário, ao exercer sua atividade típica, deve estar atento e evitar esgotar um direito em face do outro, visto que as limitações, apesar de tudo, são exceções à regra.

Surge, assim, um conflito histórico entre o direito fundamental ao esquecimento, decorrente dos direitos da personalidade à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, bem como da dignidade da pessoa humana e às liberdades constitucionais de expressão, de informação e de imprensa, que será o objeto de estudo agora.

5 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA

Os direitos fundamentais, embora estejam previstos em tratados internacionais e na própria Constituição Federal, estão sujeitos a limitações, que devem ser enfrentadas. No que se refere ao âmbito jurídico, Ana Paula de Barcellos (2014, p. 68) cita dois tipos de restrições: a) as restrições resultado de fins públicos, decorrente das atividades estatais; e b) a convivência dos direitos fundamentais entre si que acaba gerando colisões que devem ser solucionadas.

No presente caso, como pode ser observado nos capítulos anteriores, será analisado o segundo caso de restrição, oriundo da colisão entre direitos fundamentais. Assim, de um lado está o direito ao esquecimento, corolário dos direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana e do outro lado está o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, ambos tutelados amplamente pela Constituição Federal de 1988.

Em um primeiro momento, antes de discorrer sobre o conflito entre direitos fundamentais, cabe explicitar que o sistema constitucional brasileiro é formado por um conjunto de regras e princípios, que se distinguem entre si. Os direitos fundamentais são normas de conteúdo principiológico, não tendo sua aplicação de acordo com o mecanismo atinente as regras. Em razão disso, é necessário primeiramente fazer uma explanação sobre a diferença entre princípios e regras para depois iniciar o estudo acerca da melhor forma de solução para o conflito questionado.

Vários são os critérios utilizados pela doutrina para diferenciar regras e princípios. Partindo-se do conceito clássico, Canotilho (1993, p.167) ensina que “os princípios são normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”, as regras, por sua vez, “são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida”. Dispõe, ainda, que os conflitos são próprios dos princípios, ao passo que as regras produzem antinomias. Isso tem como resultado a coexistência entre os princípios e a exclusão de regras antinômicas.

Barcellos (2011, p. 56-57), utilizando das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, também apresenta características para a distinção entre regras e princípios. Segundo a autora, Dworkin estabeleceu a estrutura biunívoca das regras, em que estas seriam aplicadas

conforme o modelo do tudo ou nada, observando apenas sua validade. Caso fossem válidas, seriam aplicadas; se inválidas, seriam excluídas. Dessa forma, resta claro que as regras não admitem gradação.

No caso dos princípios, no entanto, o problema não está relacionado à validade, não se falando em princípios válidos e inválidos, mas sim ao peso. Assim, será utilizado o princípio que for mais importante e melhor se adequar ao caso concreto ou aquele que tiver mais peso, na linguagem figurada. Isso resulta que um determinado princípio pode prevalecer ou ser preterido sobre outro em algum momento, mas isso não implica sua exclusão (NOVELINO, 2013, p. 147).

Robert Alexy, conforme explicita a autora, entende que a diferenciação entre regras e princípios é qualitativa e não gradual. Sendo assim, os princípios determinam a realização de algo na maior medida possível, podendo ser de forma mais ou menos ampla, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, são mandados de otimização. Complementando o referido acima, Novelino (2013, p. 147) suscita que:

Os princípios são sempre razões prima facie (aceitas em um primeiro momento e posteriormente verificadas). Isso significa que apresentam razões que podem ser afastadas, de acordo com o caso concreto, por razões antagônicas mais fortes, tendo em vista que “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. Por isso, os princípios nunca asseguram direitos ou impõem deveres definitivos, mas apenas prima facie.

Enquanto isso, as regras são comandos de definição, sendo sempre satisfeitas ou não satisfeitas. São razões definitivas, ou seja, quando válidas, impõem ao sujeito cumprir aquilo que determinam, não admitindo diferente graus de concretização, devendo serem seguidas na medida exata do que prescrevem. Dessa forma, estabelecendo-se que os direitos fundamentais têm natureza de princípios não é admitido que sejam excluídos caso preteridos em uma colisão, momento em que será analisado qual é mais importante ao caso concreto.

Ademais, é essencial ressaltar que não existem direitos absolutos, todos os direitos são passíveis de sofrer limitações em determinadas circunstâncias, inclusive os fundamentais, e que as normas constitucionais devem ser analisadas de acordo com o princípio da unidade constitucional, segundo o qual todas as normas devem ser interpretadas dentro do sistema em que estão inseridas, possuindo o mesmo nível de hierarquia.

Antes de adentrar no estudo sobre as formas de solução de conflitos, é importante destacar que o conflito entre os direitos fundamentais se tornou comum com na sociedade moderna. Isto ocorre porque seu pluralismo, sua complexidade, sua diversidade ideológica e suas várias facetas acabam trazendo valores, interesses e direitos diferentes que, em um caso concreto, acabam entrando em uma rota de colisão.

Por se tratarem os direitos fundamentais de normas principiológicas, estão sujeitos ao conflito com outros princípios e a sua aplicação na maior medida do possível. Nesse caso, entende-se por colisão entre direitos fundamentais o conflito entre direitos diferentes, ambos protegidos pela Constituição e tutelando o mesmo objeto, de modo que a aplicação de um, no caso concreto, significa a não utilização do outro, deixando o aplicador em dúvida sobre qual deve prevalecer. Nas lições de Canotilho (1993, p. 643):

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.

Assim, no conflito entre o direito ao esquecimento e as liberdades constitucionais, é necessário analisar as diferentes formas de solução de conflitos para saber qual a que deve ser utilizada para resolver o do presente estudo.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 340) cita o método da subsunção como um dos mais comuns e utilizados, durante um longo tempo, pelos operadores do direito. Nessa técnica, após o estabelecimento de uma situação de fato, seria aplicada a norma do ordenamento jurídico mais adequada à hipótese. Essa aplicação ocorria de acordo com um raciocínio lógico silogístico, em que a norma era a premissa maior e os fatos a premissa menor, sendo a conclusão o enquadramento dos fatos à norma.

José Roberto de Castro Neves (2013, p. 102), ao discorrer sobre o assunto, dispõe que:

A tradicional análise de uma situação, vista por um operador do Direito, iniciaria com a apreciação do fato, para, em seguida, enquadrá-lo a alguma norma. Preferencialmente, o fato estaria descrito na norma, sendo esse exame apenas um exercício de lógica cartesiana, um encaixe, numa relação de causa e efeito. A “solução jurídica” do caso adviria dessa subsunção.

Tal método, no entanto, não é aplicado no conflito entre princípios, como é o caso dos direitos fundamentais. Isto porque, neste caso, há mais de uma norma exigindo aplicação sobre um mesmo fato, havendo, assim, várias premissas maiores e apenas uma premissa menor (premissa maior é a norma e premissa menor é a situação), sendo que a subsunção apenas poderia utilizar uma destas normas, uma premissa maior, tendo que afastar as demais.

Em razão disso, Barroso (2010, p. 341) esclarece que o método não seria constitucionalmente adequado em face do princípio da unidade constitucional, que nega a existência de hierarquia entre as normas constitucionais. Assim, a técnica necessária para resolver esse conflito teria que ter natureza diversa, atuando em diferentes direções em busca da norma que vai reger o caso concreto.

Ademais, abandonando-se o método da subsunção, considerado insuficiente para a solução do conflito entre direitos fundamentais, sabe-se que existem três formas tradicionais bastante utilizadas para resolução de antinomias, sendo estas o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialização. O critério cronológico estabelece que a norma posterior revoga a norma anterior, o hierárquico que a norma superior prevalece sobre a inferior e o da especialização que a norma especial prevalece sobre a geral.

Esses critérios, no entanto, também não contribuem para a resolução do conflito entre direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, como estabelecido, estão previstos em normas constitucionais, inexistindo hierarquia entre eles, podendo um ser privilegiado em relação ao outro a depender da importância para o caso analisado, existindo mais de uma solução possível e razoável (BARROSO, 2010, p. 317).

Dessa forma, a antinomia jurídica não pode ser confundida com a colisão de direitos, pois esta é mais ampla, abrangendo conflitos entre direitos fundamentais de conteúdo aberto, indeterminado e variável. Em razão do exposto, foi necessária a criação de outra técnica que considerasse todas as normas em conflito e as aplicasse na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, produzindo uma solução dotada de racionalidade e de contabilidade¹⁶.

Luís Roberto Barroso (apud BARCELLOS, 2014, p. 71) dispõe que:

Quando um direito entra em rota de colisão com outro, o juiz a quem caiba resolver a disputa estará diante de um conflito normativo ao qual terá de dar solução. Por conta da supremacia das normas constitucionais e de sua unidade, não é possível ignorar um dos direitos. O juiz, portanto, terá de conceber uma fórmula de convivência entre os direitos em conflito mediante compressões recíprocas. A lei também poderá formular restrições aos direitos envolvidos e até mesmo fixar parâmetros para a solução de colisões entre direitos. Nada obstante, seu papel nesse campo é mais limitado, pois não é possível estabelecer em abstrato e com caráter geral uma prioridade rígida entre direitos que tem a mesma hierarquia.

Diante disso, surgiu o método da ponderação, também chamado pela doutrina norte-americana de *balancing*¹⁷. Trata-se de uma técnica para decidir, reconhecendo-se o conflito entre os direitos fundamentais, qual o valor mais relevante em jogo, permitindo que este possa prevalecer e oferecendo uma solução que esteja de acordo com o direito em vigor. Nas palavras de George Marmelstein (2014, p. 382):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 341

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23

técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Segundo os doutrinadores, dentre eles Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso e George Marmelstein, são três as etapas da ponderação. Na primeira etapa, conforme ensinamento de Barroso (2010, p. 342), o intérprete deverá identificar as normas relevantes para o caso e a existência de conflitos entre elas. Barcellos (2005, p. 108) complementa:

Ora, a primeira etapa da ponderação é justamente um momento de reflexão acerca desse impulso inicial, na qual se procurará identificar se há de fato enunciados normativos no sistema jurídico fundamentando as normas que se imaginou estarem em conflito e, por consequência, se há efetivamente um conflito normativo.

Na segunda etapa, o intérprete deve examinar a situação fática, as circunstâncias concretas do caso, bem como suas repercussões sobre os elementos normativos. Essa fase tem importância, pois os princípios só adquirem real sentido quando entram em contato com as situações concretas. Assim, através do exame dos fatos relevantes sobre as normas identificadas na primeira fase é que se conhecerá o peso, a influência e a importância de cada uma (BARROSO, 2010, p. 342).

A terceira etapa, por sua vez, é o momento em que a ponderação irá se definir, em que a decisão final poderá ser prolatada, após a identificação de todos os elementos normativos. Nesta fase, os diferentes grupos de normas e enunciados serão analisados em conjunto, bem como a repercussão dos fatos sobre eles, com o objetivo de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, conseqüentemente, as normas que devem prevalecer no caso concreto. Ainda nessa fase terá que decidir o grau e a intensidade com a qual esse grupo de normas deve prevalecer sobre os demais.

Todas as decisões que se utilizam da ponderação para a solução de conflito entre direitos precisam ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade. Este princípio é essencial para a proteção dos direitos fundamentais, visto que fornece critérios razoáveis para sua limitação. Conforme os ensinamentos de Geroge Marmelstein (2014, p. 370):

O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade das leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de limite dos limites. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

Segundo dispõe a doutrina, o princípio da proporcionalidade é composto por três dimensões ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação determina que seja identificado o meio apropriado para alcançar o fim pretendido, o subprincípio da necessidade dispõe que o meio escolhido deve

ser o menos lesivo e oneroso ao indivíduo, além de indispensável para alcançar o fim almejado e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito explicita que os benefícios advindos da utilização do meio escolhido devem ser maiores que as restrições impostas ao direito dos indivíduos.

Além da aplicação do princípio da proporcionalidade, a técnica da ponderação para a resolução da colisão entre os direitos fundamentais deve sempre buscar a adequação com a concordância prática ou harmonização, sendo esse seu objetivo final. Segundo o princípio da concordância prática ou harmonização, o intérprete, ao decidir sobre a prevalência de um dos princípios em face de outro, nos casos de colisão, deve sempre agir de forma que a utilização de um deles não esvazie o conteúdo normativo do outro, visto que inexistente hierarquia.

Discorrendo sobre o tema, Ana Paula de Barcellos (2005, p. 84) aduz que:

A concordância prática foi concebida inicialmente como uma técnica alternativa à ponderação, pois se imaginava que a ponderação levaria sempre à preeminência de um bem constitucional sobre o outro, ao passo que a concordância prática procurava harmonizá-los. A fórmula de solucionar conflitos pela qual um elemento normativo prevalecia em detrimento dos demais, àquela altura identificada com a própria ponderação, era objeto de acirrada crítica, especialmente tendo em conta a necessidade de manter-se a unidade da Constituição. Com o tempo, e considerando a prática do Tribunal Constitucional, a concordância prática acabou por ser incorporada à ponderação como um seu ideal, e com ela os testes relacionados com a proporcionalidade. Isto é: a ponderação deve, sempre que possível, buscar a concordância prática.

Marmelstein (2014, p. 383), de forma ilustre, dispõe que o princípio da harmonização ou concordância prática tem o intuito de preservar, por meio da solução escolhida, os diversos direitos em conflito, de forma que alcancem equilíbrio, harmonia, integração, compensação, e, impedindo que um se sobreponha ao outro totalmente. Canotilho (1993, p. 227), no mesmo sentido, explica que “o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

5.1 Técnica da ponderação como forma de solução para o conflito entre o direito ao esquecimento e às liberdades de expressão, de informação e de imprensa

O direito ao esquecimento e as liberdades de expressão, de informação e de imprensa são naturalmente conflitantes, visto que estabelecem diretrizes totalmente opostas. O direito da personalidade, de um lado, busca a proteção dos indivíduos, de sua esfera privada, de sua tranquilidade, do sigilo, do segredo, da não utilização de sua imagem, da não divulgação de

informações pessoais; as liberdades de expressão, de informação e de imprensa, por sua vez, seguem a transparência, a publicidade, a livre circulação de informações.

Devido a isso, são direitos que estão sempre em rota de colisão, sendo indispensável buscar uma solução adequada ao conflito. Escolhida a técnica da ponderação como forma de solução para o choque entre o direito ao esquecimento e as liberdades constitucionais, no que se refere à transmissão de informações sobre fatos antigos altamente divulgados sem contemporaneidade e independentemente de autorização dos envolvidos, torna-se necessário analisar tais direitos de acordo com as três fases dispostas no tópico anterior para que se alcance uma resolução.

Como observado, a primeira etapa da ponderação consiste na identificação dos direitos aplicados à situação fática e a existência de colisão entre eles. No presente caso, há um conflito entre o direito ao esquecimento, um direito da personalidade, que decorre dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, indispensável para a proteção do indivíduo e de sua dignidade e o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, que são a base do Estado Democrático de Direito, previstas na Constituição, essenciais para o exercício da cidadania.

Após identificados os direitos em conflito, iniciará a segunda fase da ponderação, em que os direitos fundamentais em jogo serão analisados no caso concreto, buscando aferir sua importância e peso para a situação fática. O caso em estudo diz respeito à divulgação de informações pela mídia acerca de fatos pretéritos, que tiveram grande repercussão, após o transcurso de um longo lapso temporal, sem o interesse público e o consentimento dos envolvidos.

Disso se depreende a imprescindibilidade da mídia e dos meios de comunicação para a propagação do conhecimento e de informações, bem como para a formação da opinião pública. As liberdades de expressão, de informação e, principalmente, a liberdade de imprensa, são indispensáveis para o exercício da democracia, sendo consideradas verdadeiros direitos fundamentais, sem as quais vigeria a repressão e a opressão.

Essas liberdades foram amplamente asseguradas com o advento da Constituição Federal de 1988, que buscou trazer uma imprensa sem censura, totalmente livre de amarras, cujo objetivo primordial é sempre informar. Em razão disso, o art. 220, bem como o art. 5º, IV, IX e XIV da Carta Magna, garantem e tutelam especificamente a liberdade de manifestação da informação jornalística e os meios de comunicação social.

Em contrapartida, encontra-se todos os indivíduos que já se envolveram em fatos delituosos, considerados imorais pela sociedade ou dos quais se envergonham, e, após estarem

em processo de reabilitação, terem sido absolvidos ou reconstruído suas vidas longe desses episódios nocivos e degradantes, acabam tendo sua intimidade, honra, vida privada e imagem constantemente violados pelos meios de comunicação e pela exploração midiática.

No caso do presente estudo, as pessoas envolvidas em fatos delituosos, mas que já cumpriram sua pena por isso, bem como aqueles que foram absolvidos, as vítimas de crimes de grande repercussão e os familiares, devem ter o sofrimento pernicioso de serem lembrados de algo provavelmente já esquecido pelo tempo, sem sua permissão? É justo ou até mesmo proporcional viver preso a um momento e ter suas feridas cicatrizadas reabertas novamente, impedindo um recomeço?

Tornou-se inegável a necessidade de proteção aos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana em face da sociedade de informação, visto que na era do superinformacionismo toda informação recebida é compartilhada, alcançando o mundo todo e prejudicando aqueles que não querem ser lembrados. Dessa forma, é evidente que os envolvidos em situações nefastas, mas que foram absolvidos ou já tiveram a devida punição, bem como seus familiares e as vítimas de crimes altamente divulgados, têm o direito de serem deixados em paz, de viverem o presente e não o eterno passado.

Diante disso, percebe-se que o direito ao esquecimento ou o direito de ser esquecido é corolários dos direitos da personalidade à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, bem como indispensável para proteção da dignidade da pessoa humana, estando tutelado duplamente, tanto pela Constituição Federal de 1988, em seus arts. 1º, III e 5º, X, como pelo Código Civil de 2002, em seu art. 21.

Encerrada a análise dos direitos fundamentais diante da situação concreta, passa-se a terceira fase da ponderação. Nesta etapa será tomada a decisão final acerca da colisão entre o direito ao esquecimento e às liberdades constitucionais. Será feita a análise das normas em conjunto, de forma a atribuir o peso, a influência e a necessidade de cada uma no caso concreto apresentado.

Para fazer esta análise, como já visto, o intérprete deve se guiar pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática ou harmonização e da proporcionalidade. Tais princípios foram especificados anteriormente e servem como baliza no momento da escolha sobre qual direito deve prevalecer, de forma que não haja a supressão do outro e, conseqüentemente, seu desaparecimento.

Assim, para se alcançar a resolução do conflito entre direitos fundamentais, é preciso trazer uma perspectiva histórica do tema, mostrando quais motivos lhes deram a relevância que possuem hoje e qual a importância de sua aplicação.

O Brasil, durante um longo período, que abarca o Estado Novo e a Ditadura Militar, viveu sob os efeitos de uma sociedade caracterizada pela extrema censura. As liberdades de informação e de expressão estavam adstritas aquilo que o Estado permitia, não era permitido aos indivíduos terem ideias próprias, podiam apenas seguir o que estava estabelecido. Todos que resistiram e se opuseram ao regime ditatorial sofreram duras represálias, a mídia não tinha espaço, era regida por uma Lei de Imprensa¹⁸, que em vez de libertar, restringia.

Em razão disso, a Constituição de 1988, que inaugurou o renascimento do regime democrático no país e criou o Estado Democrático de Direito, garantiu, plenamente e sem qualquer forma de censura, as liberdades de expressão, de informação e de imprensa. Diversos dispositivos ao longo do Texto Constitucional mostram claramente que se buscou privilegiar o livre acesso da sociedade à informação, bem como o livre acesso da informação à sociedade, sendo esta uma via de mão dupla. A democracia passou a ser um sinônimo de liberdade e esta está associada a uma imprensa livre, que alcançou, atualmente, o status de quarto poder, resultado de seu grande prestígio no meio social.

Não obstante seja latente o poder conferido pela Constituição e pelo Estado às liberdades de informação, de expressão e de imprensa, estas não podem ser consideradas absolutas e ilimitadas em face de outros direitos igualmente imprescindíveis e tutelados pela Carta Magna. É irreverente e pretensioso atribuir um direito sem amarras, possibilitando que seja feito dele o que aprouver aos sujeitos e destinatários. Isso vai além do que seria democracia, chegando ao ponto de se considerar anarquia¹⁹.

Por isso, de forma sábia, a Constituição Federal ao garantir o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa também restringiu seu alcance, trazendo em seu bojo regras e princípios que objetivam limitar a atuação dos meios de comunicação e da mídia especializada. O art. 220, § 1º, por exemplo, determina que a liberdade de comunicação e informação jornalística é plena, mas encontrará óbice nos direitos previstos no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV da CRFB/88.

Seguindo o mesmo rumo, o art. 222, § 3º dispõe que os meios de comunicação devem observar os princípios previstos no art. 221, como é o caso do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV), garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana. O art. 5º, X, também afirma a inviolabilidade dos direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

¹⁸ Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sendo considerada não recepcionada pelo STF.

¹⁹ É uma ideologia política marcada pela ausência de qualquer forma de autoridade e de um governo central, pregando a liberdade irrestrita.

Com isso, percebe-se a clara intenção de garantir aos direitos da personalidade a inviolabilidade, cabendo, em caso de violação, a devida indenização por dano material ou moral. Assim, fica patente que haverá indenização, mas apenas nos casos em que não for possível impedir a disseminação da informação ou publicação da notícia lesiva aos direitos da personalidade.

Os dispositivos acima transcritos demonstram que, a despeito de o legislador ter garantido o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, ele também estabeleceu limites para sua utilização, dentre eles estão os direitos da personalidade. Isso fomenta a ideia de que em caso de conflitos entre esses bens jurídicos, deve prevalecer aquele que protege o ser humano, garantindo uma vida digna.

O mesmo entendimento alhures deve ser aplicado no caso concreto objeto de estudo no presente trabalho. Vários juristas criticam a aplicação do direito ao esquecimento, sob argumentos diversos. Um destes é de que utilizar o direito de ser deixado em paz violaria o interesse público, que impõe a propagação de informações acerca dos fatos, principalmente os delituosos que se tornaram de conhecimento geral, fazendo com que as pessoas neles envolvidas tenham sua intimidade limitada, sejam consideradas quase públicas.

Porém, esse argumento não deve prosperar. Aqui se tem em mente fatos delituosos que após o transcurso de um longo lapso temporal voltam a ser objeto de divulgação pelos meios de comunicação. Por quanto tempo após o cometimento de um crime permanece o interesse público? Qual seria o interesse público em lembrar tragédias que apenas trariam sofrimento e tristeza?

É importante diferir aquilo que é interesse público, ou seja, relevante para toda a sociedade e indispensável para o exercício da democracia do que se trata apenas de interesse do público, apenas um capricho adquirido na sociedade contemporânea, que criou a máxima de que tudo deve ser de informação de todos. Muitas vezes, a massa tem curiosidades frívolas, cruéis e mórbidas e a ciência da intimidade de uma pessoa, por vezes fatos tristes e desgraças, não pode ganhar o status de interesse público (embora “venda jornal”).

Por outro lado, caso haja fatores políticos envolvidos ou se trate de fatos atuais ou notícias necessárias ao interesse público, torna-se mais fácil defender a utilidade da informação. Ademais, as pessoas envolvidas nos fatos noticiados pela mídia não podem ser consideradas celebridades ou pessoas públicas, que tem alguns de seus direitos da personalidade relativizados, visto que muitas vezes são vítimas do acaso.

Outra alegação contra a aplicação do direito ao esquecimento afirma que este direito compromete a memória de um povo, sua historicidade, sendo, portanto, uma forma de

censura. Essa crítica, no entanto, não prepondera, isto porque o direito ao esquecimento não se exerce sobre certos fatos, nem reescreve ou apaga a história.

É evidente que o direito à memória é essencial para a existência de uma sociedade, lembrar de fatos históricos serve como forma de precaução e aprendizado, buscando impedir que erros cometidos no passado se repitam e permitindo que as pessoas evoluam em seus conceitos éticos e morais. Porém, o direito ao esquecimento não interfere no direito à memória histórica, busca apenas impedir que a mídia se utilize do seu poder para destruir pessoas, com o intuito de lucro.

Isso deve ser observado principalmente no que se refere à informação jornalística relativa a crimes, pois nem sempre o que é divulgado corresponde ao que realmente aconteceu. A imprensa, muitas vezes, age com o propósito de ganhar audiência e não de informar o público de forma imparcial, disseminando os fatos da maneira mais apropriada aos seus objetivos e não ao interesse social.

Em virtude disso, a situação é temerária, visto que tais informações atingem um grande contingente populacional, que pauta sua opinião naquilo que é transmitido, aceitando as notícias divulgadas pelos meios de comunicação como a correta e criando um juízo de valor sobre isso, o que acaba por prejudicar as pessoas envolvidas.

Nesse sentido, depreende-se que a historicidade de alguns crimes não pode servir de entrave para a aplicação do direito ao esquecimento, permitindo que as pessoas envolvidas sejam sempre retratadas pela mídia e por um tempo indefinido, sem terem direito a viverem em paz, a um recomeço, impedindo, inclusive, que tenham uma vida digna. É inadmissível uma violação reiterada à dignidade da pessoa humana em prol de uma mídia populista.

Não se pode permitir que acontecimento pretéritos, sejam de ordem criminal, civil ou não, sejam publicados e reproduzidos constantemente, permanecendo eternamente na memória do povo, mesmo que sejam verdadeiros. A veracidade de um fato não torna a liberdade da imprensa, de informá-lo ao público, absoluta e ilimitada.

Essa divulgação de fatos criminosos trágicos pela mídia, em programas televisivos ou reportagens, com total ausência de contemporaneidade e sem qualquer interesse público ou historicidade, pode suscitar graves danos de ordem moral. Tais abalos podem alcançar tanto o autor do fato, principalmente o que já se encontra em processo de reabilitação ou foi absolvido, que volta a ter seus delitos escancarados, reacendendo a desconfiança das pessoas com as quais convive e da sociedade em geral, passando a ser evitado e tachado de criminoso, como a vítima e seus familiares, que podem ter traumas emocionais, cicatrizados com o

transcurso do tempo, reavivados, especialmente se foi um acontecimento trágico, impedindo que sigam em frente.

Assim, no que se refere a colisão entre direitos fundamentais estudada no presente trabalho, em que de um lado há o direito ao esquecimento, um direito da personalidade corolários do direito à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem e por outro lado o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, a melhor solução encontrada é a possibilidade de que os diversos meios de comunicação noticiem fatos pretéritos, mas sem retratar qualquer elemento das pessoas envolvidas, como sua fisionomia ou nome, buscando uma harmonização entre os direitos, de forma que nenhum deles seja suprimido.

Entretanto, caso seja impossível noticiar os fatos sem a identificação dos indivíduos envolvidos, autor ou vítima, e utilizando-se da técnica da ponderação, em que serão analisados os direitos em conflito e suas particularidades com o caso concreto, e do princípio da proporcionalidade, resta evidente que o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa.

Esta solução encontra fundamento na própria Constituição Federal de 1988 que, embora garanta uma liberdade de expressão, de informação e de imprensa livre de qualquer forma de censura, também determinou, de forma expressa, a proteção da dignidade da pessoa humana, como um fundamento da República, e a inviolabilidade dos direitos da personalidade à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o vetor de interpretação dos demais princípios e direitos. O homem é um sujeito de valor que deve ter seus direitos assegurados com prioridade em relação ao que por ele foi criado, visto que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico, encontrando previsão no art. 1º, da CRFB/88, o que demonstra claramente seu caráter antropocêntrico.

Entretanto, cabe destacar que não será em todas as situações que o direito ao esquecimento prevalecerá sobre as liberdades de expressão, de informação e de imprensa, devendo sempre ser analisado o caso concreto, de acordo com a aplicação dos princípios da unidade da constituição, proporcionalidade e da concordância prática, impedindo que haja a supressão de um direito pelo outro. Este trabalho não busca defender a censura às liberdades e aos meios de comunicação, mas apenas mostrar que, embora fundamentais e importantíssimos, não são estes direitos ilimitados e absolutos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado ao longo do presente trabalho, o momento atual é conhecido como a era da informação ou do superinformacionismo, marcado pelo compartilhamento de informações a qualquer momento, em qualquer lugar e para qualquer pessoa. Em razão disso, tornou-se complicado distinguir a esfera pública da esfera privada, o que acarreta grandes violações à intimidade do indivíduo, muitas vezes sem seu consentimento.

Essa situação é intensificada quando colocada no contexto dos meios de comunicação, que difundem informações para uma massa de pessoas, destacando-se, principalmente, a internet, uma rede que nada esquece e tudo perpetua. Acontecimentos que ocorreram há muito tempo, bons ou ruins, cuja memória às vezes não consegue captar, podem ser acessados no presente com apenas um “clique” em sites de busca.

A realidade apresentada impõe a criação de novos direitos, como é o caso do direito ao esquecimento ou direito de ser deixado em paz. O direito ao esquecimento surgiu com o intuito de tutelar os indivíduos envolvidos em fatos delituosos que já cumpriram devidamente a pena ou foram absolvidos, bem como as vítimas de crimes de grande repercussão e seus familiares, buscando impedir que tais fatos pretéritos de sua vida lembrados com total ausência de contemporaneidade e sem o seu consentimento, de forma que feridas antigas sejam reabertas e que passem a ser recriminados novamente pela sociedade.

Com isso, resta claro, como visto, o conflito entre direitos fundamentais de ampla importância e igualmente assegurados na Constituição Federal de 1988. De um lado, encontra-se o direito ao esquecimento, corolário dos direitos da personalidade à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana e do outro lado está o direito às liberdades de expressão, de informação e de imprensa, próprias de uma sociedade globalizada, em que informação é poder e essenciais para o Estado Democrático de Direito e exercício da cidadania.

Embora as liberdades de informação, de expressão e de imprensa sejam amplamente asseguradas, livres de censura e indispensáveis para a formação da opinião pública, exercício da democracia e transmissão do conhecimento, não são absolutas e ilimitadas. Encontram restrição na própria Carta Magna, que traz em seu bojo diversas regras e princípios que servem de baliza para a utilização das liberdades constitucionais.

Ao mesmo tempo em que garante, em seu art. 5º, IX, a liberdade de expressão, artística, intelectual, científica, de comunicação, sem qualquer forma de censura ou licença, também limita essas atividades ao declarar a inviolabilidade dos direitos da personalidade à

honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, assegurando a indenização por dano material ou moral em caso de violação, conforme dispõe o art. 5º, X, do Texto Constitucional.

Um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, previsto em seu art. 1º, III, é a dignidade da pessoa humana, que está amplamente associada à garantia do direito ao esquecimento. Assim, é clara a natureza protetiva que o Texto Constitucional conferiu ao ser humano, que deve ter seus direitos individuais estabelecidos de forma prioritária, devendo os demais serem interpretados tendo a dignidade como parâmetro. O valor do homem é, assim, superior a tudo aquilo por ele criado.

Dessa forma, o abuso da mídia na divulgação de acontecimentos pretéritos sem qualquer interesse público, historicidade e após o transcurso de um longo lapso temporal, ou seja, em total ausência de contemporaneidade, pode causar danos morais, materiais, psicológicos e emocionais aos envolvidos, fazendo com que tais fatos permaneçam eternamente na memória da sociedade e impedindo que estas pessoas gozem de seu direito ao recomeço.

A propagação de informações jornalísticas, muitas vezes, tem o objetivo apenas de angariar plateia, obter lucro e destruir pessoas, sem atender a sua função primordial que é transmitir notícias, que interessem ao público, de forma imparcial, permitindo que toda a massa populacional forme sua opinião livre de qualquer influência.

Essa disseminação sem atender aos valores éticos e a verdade torna a imprensa degenerada e causa prejuízo aos envolvidos nos fatos pretéritos publicados, que acabam por serem excluídos da comunidade em que vivem, tornando-se objeto de escárnio e correndo o risco de ter sua integridade e a de sua família afetada, sendo esta situação mais agravante quando se trata de um indivíduo inocente, mas que infelizmente teve seu nome vinculado ao fato.

Por fim, tendo o conflito entre o direito ao esquecimento e às liberdades de informação, de expressão e de imprensa, na forma em que colocados no presente trabalho, isto é, no caso de divulgação de fatos pretéritos sem qualquer contemporaneidade, historicidade ou interesse público e independentemente do consentimento dos envolvidos, utilizando-se a técnica da ponderação, entende-se que a melhor solução encontrada, de forma a se preservar a unidade da Constituição, a concordância prática ou harmonização e a proporcionalidade, permitindo que o direito que prevalecer não esvazie o conteúdo normativo do outro, é assegurar a propagação do fato ou acontecimento, mas sem qualquer menção aos indivíduos envolvidos, preservando seus direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade.

E, nos casos em que haja a impossibilidade de divulgação dos fatos ou acontecimentos sem trazer elementos relacionados aos indivíduos envolvidos, deve prevalecer o direito ao esquecimento, desde que haja total ausência de contemporaneidade da prática do fato para a sua publicação, não se revista este de interesse público nem seja considerado histórico e indispensável para a memória coletiva.

Entretanto, é importante destacar que nem sempre, ao se utilizar a técnica da ponderação, o direito ao esquecimento irá prevalecer sobre as liberdades de expressão, de informação e de imprensa. Deve-se sempre analisar os direitos em colisão aplicados ao caso concreto para que assim se chegue a uma solução que esteja de acordo com os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática ou harmonização e da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Intimidade e pessoas notórias. Liberdades de expressão e de informação e biografias. Conflito entre direitos fundamentais. Ponderação, caso concreto e acesso à justiça. Tutelas específicas e indenizatórias. **Revista de Direito Público**, v. 11, n 55, jan./fev. 2014.

Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2372/1236>>. Acesso em 23 nov. 2017.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Privado**, n. 18, São Paulo, Ed. RT, 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 531**. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília, DF. Enunciados... Brasília: CJF, 11-12 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1334097/RJ, Quarta Turma, Rel.: Min. Luís Felipe Salomão**. Brasília, DF, 28 maio 13. Dje, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1334097&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1335153/RJ, Quarta Turma, Rel.: Min. Luís Felipe Salomão**. Brasília, DF, 28 maio 13. Dje, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1335153&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 out. 2017.

CAETANO, João Pedro Zambianchi. A evolução histórica da liberdade de expressão. **Encontro de Iniciação Científica – ETIC**, São Paulo, v. 12, n. 12, 2016. ISSN 21-76-8498.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 20. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e lincb**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao Esquecimento na Alemanha e no Brasil. In: **Revista VOXLX Civil e Processo Civil**, Coord. Daniel Ustároz, Porto Alegre, VOXLEX, n. 1, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito civil: parte geral**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIGUORI, Rafael Henrique de Oliveira. A evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana. **Saber digital**, Valença, v. 1, n. 1, 2010, p. 105-117. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2010/Saber_Digital_2010_08.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 271-283, jul./set. 2013. [991677]. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2017

MAINENTI, Geraldo Márcio Peres. O jornalismo como quarto poder: a liberdade de imprensa e a proteção aos direitos da personalidade. **Alceu**, v. 14, n. 28, p. 4761, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu%2028%20-%2047-61.pdf>> Acesso em: 19 maio 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NAGAO, Cassia Esposito. **Direito ao esquecimento na internet: os limites do direito à informação e do direito à privacidade.** Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7065/1/21087128.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

NEVES, José Roberto de Castro. Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão parâmetros para a ponderação. **Revista da Emerj**, v. 16, n. 62, p. 88120, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista62/revista62_88.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

NICOLODI, Márcia. Os direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4493/os-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 12 out. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista Jurídica de Jure**, v. 13, n. 22, p. 273-286, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1202/O%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o direito ao esquecimento. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 16, n. 109, p. 397-420, jun./set. 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/17/8>>. Acesso em: 18 out. 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. **Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade de informação.** Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, Fortaleza, 2014. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wpcontent/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-deInforma%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

RENNER, Fábio Krejci. **A evolução histórica da dignidade humana.** Disponível em: <<https://fabioreenner.jusbrasil.com.br/artigos/410576918/a-evolucao-historica-da-dignidade-humana>>. Acesso em: 20 set. 2017.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro da sociedade da informação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 419-434, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

SANTOS NETO, Antonio Tavares. **O direito ao esquecimento: uma exigência contemporânea.** Brasília, 2015, p. 17. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10796/1/2015_AntonioTavaresdosSantosNeto.pdf>.
Acesso em: 08 maio 2017.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SIERRA, Joane de Souza. **Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/117152/Monografia%20-%20Joana%20Sierra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SILVA, Hugo Gregório Mussi. A origem e a evolução dos direitos da personalidade e a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro. **Encontro de Iniciação Científica – ETIC**, São Paulo, v. 12, n. 12, 2016. ISSN 21-76-8498. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/5571-14924-1-pb.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em:
<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502937>>. Acesso em: 10 set. 201

ANEXOS

Anexo A - Acórdão do Recurso Especial nº 1330497/RJ (Caso Chacina da Candelária)

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.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

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 hiperinformação, 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 desprendida 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 no momento em que 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 protécnicos 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 misérias 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.

(REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013)

Anexo B – Acórdão do Recurso Especial nº 1335153/RJ (Caso Aída Curi)

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 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.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.
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 consequente indenização, consubstancia 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.

(REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013)