

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

LUCAS ALVES VALÉRIO DOS SANTOS

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: Liberdade de Expressão, de
informação e de Imprensa *versus* Direitos da Personalidade

Paracatu

2019

LUCAS ALVES VALÉRIO DOS SANTOS

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: Liberdade de Expressão, de informação e de
Imprensa *versus* Direitos da Personalidade

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Atenas, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof. Tiago Martins da Silva

Paracatu

2019

LUCAS ALVES VALÉRIO DOS SANTOS

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: Liberdade de Expressão, de informação e de
Imprensa *versus* Direitos da Personalidade

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Atenas, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof. Tiago Martins da Silva

Banca Examinadora:

Paracatu- MG, ____ de _____ de 2019.

Prof. Tiago Martins da Silva
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc. Renato Reis Silva
Centro Universitário Atenas

Prof. Edinaldo Junior Moreira
Centro Universitário Atenas

RESUMO

O direito ao esquecimento é oriundo dos direitos fundamentais da personalidade, em destaque, o direito à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem. No Brasil, esta matéria é objeto da doutrina há anos, no entanto, o primeiro julgado sobre o conteúdo ainda é recente. O direito ao esquecimento teve origem no direito penal, com o objetivo de afastar os danos à personalidade daqueles que foram condenados e já pagaram por seus crimes, bem como aqueles que foram inocentados, pois a veiculação de informações nesses casos pode ter efeitos desastrosos ao particular. Contracenando com este direito está o direito de informar e ser informado, que goza do mesmo *status* de direito fundamental. Diante dos avanços tecnológicos deste século e, conseqüentemente, avanços dos meios de comunicação, este debate se tornou cada vez mais frequente, necessitando um estudo criterioso sobre como solucionar o embate. Desta forma, o presente trabalho se propõe a realizar um estudo com base na doutrina e jurisprudência acerca do referido tema objetivando encontrar a solução para este conflito.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direitos da personalidade; Liberdade de expressão; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The right to be let alone comes from the fundamental rights of the personality, in particular the right to honor, privacy, intimacy and image. In Brazil, this subject has been object of the doctrine for years, nevertheless, the first judgment on the content is still recent. The right to oblivion originated in criminal law, with the aim of eliminating the damage to the personality of those who have been convicted and have already paid for their crimes, as well as those who have been acquitted, since the transmission of information in such cases can have disastrous effects on the individual. Concurring with this right is the right to inform and be informed, which enjoys the same status as fundamental right. Faced with the technological advances of this century and, consequently, advances in the media, this debate has become increasingly frequent, requiring careful study on how to solve the clash. In this way, the present work intends to carry out a study based on the doctrine and jurisprudence on the mentioned subject aiming to find the solution to this conflict.

Keywords: Right to be forgotten; Right to be let alone; Rights of the personality; Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 PROBLEMA DE PESQUISA	8
1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA	8
1.3 OBJETIVOS	9
1.3.1 OBJETIVO GERAL	9
1.3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO	9
1.4 JUSTIFICATIVA	9
1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO	10
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	10
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
2.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	12
2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE	15
2.3.1 DIREITO À VIDA PRIVADA	17
2.3.2 DIREITO À HONRA	18
2.3.3 DIREITO À IMAGEM	19
3 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	21
3.1 LIMITAÇÕES AO DIREITO AO ESQUECIMENTO	23
3.1.1 INTERESSE PÚBLICO	23
3.1.2 O DIREITO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	25
3.1.3 DIREITO À MEMÓRIA	26
4 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	29
4.1 VISÃO GERAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	29
4.2 RECENTES JULGADOS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico nos últimos anos trouxe grandes transformações em diversas áreas da sociedade em todo o mundo. Estas mudanças ocorreram de maneira muito rápida, exigindo uma adaptação tão acelerada quanto. Um dos meios mais modificados foi a internet. Esta, por sua vez, revolucionou o jornalismo. Com o crescimento da internet em diversos meios sociais, uma notícia é propagada rapidamente. Temos o que é conhecido como “notícia em tempo real”. Para ter um entendimento sobre o poder da internet nos meios de informação, consideremos o Google, maior site de pesquisas do mundo. Segundo Consalter:

O Google™ processa mais de 24 petabytes de dados por dia, um volume que representa milhares de vezes a totalidade do material impresso que é guardado na Biblioteca do Congresso Norte Americano. Em 2008, ele já indexava mais de 60 trilhões de sites. (CONSALTER, 2017, p.22)

Quanto ao Facebook, talvez a rede social mais popular mundialmente, os dados também impressionam: “sobem-se mais de 250 milhões de fotos novas por dia. Seus botões de ‘curtir’ ou de comentários registram mais de 3 bilhões diários”. (CONSALTER, 2017, p.22).

Esses avanços podem ser considerados positivos, pois a livre imprensa é uma característica fundamental em toda democracia. Isto resta evidente, uma vez que a Liberdade de Expressão e de Imprensa são tidas como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. (CONSALTER, 2017, p.22)

No entanto, esta ferramenta deve ser usada com cautela, pois a veiculação de determinadas notícias pode ocasionar efeitos desastrosos à Intimidade, à Privacidade, à Honra e à Imagem. Se por um lado as liberdades de imprensa e expressão gozam de proteção constitucional, também são amparados pela Constituição os direitos da personalidade. Deste, origina-se o Direito ao Esquecimento. (CONSALTER, 2017, p.23)

Quando se fala em Direito ao Esquecimento, significa dizer que os atos do passado não podem ser eternizados pela imprensa. O Direito ao Esquecimento, nos Estados Unidos da América chamado de “right to be let alone” (direito de ser deixado em paz), segundo José Orenstein (2017) é conceituado como: “o direito de uma pessoa não ter exposto ao público um fato que, mesmo verídico, possa lhe causar transtornos e sofrimento.” O Conselho Nacional de Justiça entende, conforme enunciado 531, diz que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Justifica tal entendimento com as seguintes palavras:

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. (CNJ)

Esta matéria levanta muitos debates no meio quanto à sua aplicação. Poderia sua utilização limitar a Liberdade de Informação e de Expressão? E quanto à historicidade e memória coletiva? A não utilização feriria os direitos da personalidade?

Este conflito é digno de uma avaliação criteriosa. Sua aplicação está condicionada a uma ponderação cautelosa.

Diante deste embate, este projeto se propõe a analisar cada garantia constitucional supracitada com objetivo de determinar as condições da aplicação do Direito ao Esquecimento.

1.1 PROBLEMA DE PESQUISA

Diante dos danos que a veiculação de uma notícia pode trazer à personalidade, como definir a linha tênue entre os direitos de informar *versus* a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento?

1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA

Diante da veracidade dos fatos noticiados e prezando a historicidade de acontecimentos importantes, o direito de informar e o direito da coletividade de ser informada deve prevalecer sobre o direito da personalidade de um único indivíduo. No entanto, os efeitos podem ser desastrosos para o indivíduo que pode até mesmo ser inocentado, caso em que a historicidade dos fatos é irrelevante se comparada aos danos à imagem e honra. Presume-se que a solução para o problema é a ponderação de cada caso.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Examinar a aplicabilidade do direito ao esquecimento, decorrente dos direitos constitucionais à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, contraposto com a Liberdade de Imprensa, de Informação e de Expressão Imprensa.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Analisar as garantias constitucionais da liberdade de informação, de expressão e de imprensa e os direitos inerentes à personalidade, quais sejam: direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, bem como seus limites;
- b) Analisar a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro;
- c) Examinar o conflito entre os direitos supracitados, buscando soluções através da doutrina para solucioná-lo.

1.4 JUSTIFICATIVA

O avanço tecnológico nos últimos anos trouxe grandes transformações aos meios de comunicação. Com o crescimento da internet em diversos meios sociais, uma notícia é propagada rapidamente. Este recurso pode ser usado de maneira extremamente positiva, no entanto, seu uso também pode trazer consequências desastrosas à imagem e honra do indivíduo. Imaginemos por exemplo alguém inocentado ou que cometeu um crime há décadas e cumpriu sua pena, a veiculação das notícias pode oferecer dano à sua imagem.

Diante deste problema, surge o Direito ao Esquecimento, que decorre dos direitos inerentes à personalidade. No entanto, é confrontado pelas garantias constitucionais da liberdade de informação, de expressão e de imprensa. Desta forma, faz-se necessário compreender o tema e definir sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como solucionar o conflito.

1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO

A presente pesquisa terá como método a ser adotado o qualitativo. A pesquisa será bibliográfica, pois irá analisar pontos de vista de diversos autores tendo como base o livro: Direito ao Esquecimento: Proteção Da Intimidade e Ambiente Virtual, 1ª Ed. Juruá, 2016, bem como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Além de artigos dispostos em sites jurídicos e doutrina disponível dos temas anteriormente citados.

As palavras chave utilizadas nas buscas serão: direito ao esquecimento, direitos da personalidade.

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

O primeiro capítulo apresenta a introdução com a contextualização do estudo; formulação do problema de pesquisa; as proposições do estudo; os objetivos geral e específico; as justificativas, relevância e contribuições da proposta de estudo; a metodologia do estudo, bem como definição estrutural da monografia.

O segundo capítulo aborda de forma geral os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, discorrendo sobre as características gerais, posteriormente, analisa os direitos fundamentais em espécie relevantes à execução deste, quais sejam: A liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

No terceiro capítulo, trata do Direito ao esquecimento propriamente dito, fazendo uma análise, conceituando-o e analisando as limitações principais desse direito, quais sejam: o interesse público, a liberdade de informar e ser informado, além do direito à memória. Tem-se uma análise da técnica da ponderação diante desse conflito tendo como base critérios fundados nestes limites.

O quarto capítulo aborda os pontos de vista doutrinários no Brasil, bem como a aplicação do direito ao esquecimento no país, analisando os dois julgados de maior destaque: o Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ, STJ, (caso Aída Curi) e o Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (chacina da Candelária).

Por fim, as considerações finais, analisando qual a melhor técnica diante do embate do direito ao esquecimento frente às liberdades de informação, imprensa e expressão, com base nos conceitos explorados no desenvolvimento deste.

2- DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 – Da Constituição Federal de 1988

Conforme explica Pedro Lenza (2018, p. 1085), a Constituição Federal de 1988 prevê em seu título II os direitos e garantias fundamentais. Estes, conforme entendimento do STF e doutrina, não são apenas aqueles previstos no art. 5º da referida Carta Magna, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional. (LENZA, 2018, p.1085)

Direitos fundamentais e garantias fundamentais são institutos diferentes. Enquanto aquelas são os direitos humanos definidos na Constituição, estas são o instrumento pelo qual o Estado irá garantir o exercício desses direitos. Nesse sentido, explicam Gilmar Mendes e Branco (2014, p.169) “as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”.

A constituição dos direitos fundamentais como normas é resultado do processo histórico, desta maneira os direitos fundamentais são diferentes em cada época. Há uma evolução dos destes, reconhecendo-se três gerações, embora parte da doutrina moderna reconheça uma quarta. Nesse sentido, explicam Mendes e Branco (2014, p.172) “A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração.”

Na primeira geração de direitos fundamentais o Estado antes autoritário torna-se um Estado de Direito. A ação do Estado sobre as liberdades do indivíduo é restringida. Ocorre o que é conhecido como liberdades negativas, que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos. Conforme anota Bonavides, citado por Pedro Lenza (2014, p.1085):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais da 2ª geração têm como fato histórico inspirador a Revolução Industrial europeia, no século XIX, impulsionados pelas péssimas condições de trabalho e desigualdades. Nesta época, surgem movimentos exigindo direitos trabalhistas e normas de assistência social. Se os direitos da primeira geração são conhecidos como liberdades positivas, os de segunda geração são as liberdades positivas, vez que envolvem prestações positivas do Estado (políticas e serviços públicos). São baseados na igualdade. São os direitos econômicos, sociais e culturais. (LENZA, 2018, p.1086)

A terceira geração protege interesses que transcendem a órbita dos indivíduos para alcançar a coletividade. Nesse sentido, dispõe Pedro Lenza (2018, p.1086):

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.” (LENZA, 2018, p.1086)

Também chamados de direitos transindividuais, direitos que vão além dos interesses do indivíduo, têm como fonte a solidariedade e a fraternidade. São os direitos difusos e coletivos, compreendendo, por exemplo, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e o direito do consumidor. (LENZA, 2018, p.1086)

Os direitos fundamentais têm como principais características a historicidade: são frutos de um processo histórico, iniciando-se com o cristianismo, passando pelas revoluções e chegando à atualidade. Além disso, é característica a universalidade: destinam-se a todos seres humanos, e a limitabilidade: significa dizer que não são absolutos, vez que pode haver conflitos entre diferentes direitos fundamentais. (LENZA, 2018, p.1089)

Apesar da possibilidade de conflitos, os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, quando compatíveis. (LENZA, 2018, p.1089)

Os direitos fundamentais são irrenunciáveis, isto é, pode ocorrer o seu não exercício, mas nunca sua renunciabilidade. São também inalienáveis: não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial. (LENZA, 2018, p.1089)

Em relação aos direitos fundamentais em espécie contidos na Constituição Federal de 1988, são imprescindíveis para o desenvolvimento deste trabalho a análise das liberdades de expressão, informação e imprensa, bem como os direitos da personalidade. Serão abordados no decorrer deste capítulo.

2.1- Do Direito Fundamental da Liberdade de Expressão

Conforme explica Sousa (1984), a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais relevantes, é instrumento imprescindível à democracia. Diante de sua importância, goza de amparo constitucional. O autor conceitua tal liberdade como:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais (‘divulgar’). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico,

referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações). (ALMEIDA apud SOUSA, 1984)

Para fins didáticos será abordado neste tópico a liberdade de expressão em sentido amplo, de modo que compreenderá a liberdade de pensamento, a livre expressão deste (liberdade de expressão propriamente dita), conforme previsto no art. 5º, IV, CF/88, bem como a liberdade de informação, prevista no inciso XIV do mesmo artigo, e a liberdade de imprensa.

Para que haja uma percepção plena do assunto aqui abordado é necessário o entendimento acerca da liberdade de pensamento. Conforme explica Stevens (2003), o pensamento é uma forma de processo mental inerente ao ser humano que o permite modelar sua percepção do mundo ao redor de si. Ele abrange todos os sentimentos do homem: “é aí que ele vai buscar refúgio, e encontrar guarida para sua consciência, com seus valores, concepções e crenças.” (ALMEIDA, 2010)

As liberdades de consciência e de crença, previstas no Art. 5º, VI, são abrigadas na liberdade de pensamento. O homem, por ser naturalmente sociável, tem interesse diversas vezes em reproduzir seu pensamento. Este, enquanto internalizado, não tem relevância para a sociedade, no entanto, a partir do momento em que há a manifestação desse pensamento a liberdade supracitada se torna concreta. O direito fundamental da liberdade de expressão garante o gozo de tal liberdade. (ALMEIDA, 2010)

Nesse sentido, a liberdade de expressão ocorre quando há a exteriorização do pensamento interno. Assim:

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentos musicais, por imagem etc.). [...] 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.” (MENDES e BRANCO, 2014, p.264)

O direito fundamental da liberdade de expressão não pode receber censura do Estado. Neste sentido dispõe o art. 220, §2º, CF/88, “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” A censura é compreendida como ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Neste sentido, a vedação à censura significa que o conteúdo que o indivíduo pretende divulgar não necessita passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. Embora seja proibida a censura, o indivíduo irá assumir irá assumir as consequências daquilo que expressar, cível e penalmente. (MENDES e BRANCO, 2014, p.265)

Conforme exposto, o indivíduo se torna responsáveis pelas consequências daquilo que propaga. Assim, a Constituição, no art. 5º, V, CF/88, assegura o direito de resposta, que

será proporcional ao agravo sofrido e não obstará indenização por dano material, moral ou à imagem. Conforme Mendes e Branco (2014 ,p.267), “o direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão”.

Como observado no tópico anterior, é característica dos direitos fundamentais a “limitabilidade”. Significa dizer que não são absolutos, logo, por ser a liberdade de expressão um direito fundamental, obviamente não é absoluta, encontrando limites previstos na própria Carta Constitucional, como por exemplo no Art. 5º, IV, no qual se garante a livre manifestação de pensamento, mas veda o anonimato, como também quando houver colisão com outro de mesmo *status*.(MENDES, 2014, p.270)

Outra limitação encontrada diz respeito à liberdade de informação, esta é intimamente ligada à liberdade de imprensa.

A liberdade de informação está disposta no art. 5º, XIV, que dispõe: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. A liberdade de informação tem a função de sintonizar o indivíduo com o mundo que o rodeia, potencializando sua personalidade e, assim, tendo a possibilidade de tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante. Já a liberdade de imprensa Liberdade é “a capacidade de um indivíduo de publicar e dispor de acesso à informação (usualmente na forma de notícia), através de meios de comunicação em massa, sem interferência do estado”. (STEVENS, 2003)

Ambas as liberdades acima citadas são limitadas pela verdade. Não existe proteção constitucional a informações falsas, vez que levariam à uma formação de opinião errônea, indo de encontro à função social da informação. Afinal, ser informado também é um direito de raiz constitucional, gerando um interesse à coletividade vez que é através das informações que se constrói a opinião pública. (MENDES e BRANCO, 2014, p.275)

A publicação, através de veículos de comunicação, de fatos prejudiciais a outrem pode gerar direito de indenização, mas esta poderá ser afastada com a prova da veracidade, que será ponderada com pretensões de privacidade e intimidade. Significa dizer que mesmo havendo uma liberdade constitucional quanto à publicação de fatos verdadeiros, apenas a verdade da notícia não é suficiente para legitimá-la em qualquer circunstância. (MENDES e BRANCO, 2014, p.275)

Vale acentuar que não é qualquer assunto de interesse do público que justifica a divulgação jornalística de um fato. A liberdade de imprensa estará configurada nos

casos em que houver alguma relevância social nos acontecimentos. (MENDES e BRANCO, 2014, p.276)

No entanto, a liberdade pode ser reconhecida quando a informação for desmentida, mas havia o propósito de narrar a verdade (ex: quando o órgão informativo comete erro não intencional). Nesse sentido:

“O requisito da verdade deve ser compreendido como exigência de que a narrativa do que se apresenta como verdade fatural seja a conclusão de um atento processo de busca de reconstrução da realidade. Traduz-se, pois, num dever de cautela imposto ao comunicador.” (MENDES e BRANCO, 2014, p.275)

O jornalista, caso tenha buscado com atenção noticiar os fatos, que aparentavam verdadeiros, não receberá censura quando falsos. No entanto, não será admitida a ingenuidade do jornalista. É importante salientar que jornalista, conforme entende o STF, não é apenas quem possui o diploma. (MENDES e BRANCO, 2014, p.276)

Desta forma fica evidente que o que se cobra do jornalista é responsabilidade e cautela na apuração da verdade, obviamente dentro do razoável, caso contrário inviabilizaria o exercício da função. (MENDES e BRANCO, 2014, p.276)

Outra limitação à liberdade de informação e de imprensa é o respeito à honra de terceiros. Não significa dizer que apenas notícias agradáveis são lícitas. Uma informação, ainda que desagrade o personagem lhe sendo ofensiva, não será necessariamente ilícita, desde que condizentes com o fim de informar o assunto ao interesse público. (MENDES e BRANCO, 2014, p.281)

No que diz respeito ao direito à intimidade e a vida privada, estes serão abordados nos próximos tópicos.

2.2 Dos Direitos Da Personalidade

Conforme fora exposto anteriormente, a liberdade de expressão tem como uma de suas características a “limitabilidade”, vez que os direitos fundamentais não são absolutos. Entre estas limitações estão os direitos da personalidade que goza de igual amparo constitucional. Pode ser conceituado como conjunto de atributos do ser humano. São direitos extrapatrimoniais que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa. Amaral *apud* Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.188) define como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.

Os direitos da personalidade estão previstos na Constituição Federal de 1988. A Carta Magna prevê em seu art. 5º, inciso X, que: “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.” O art. 220 da mesma Carta faz previsão à limitação dos direitos da personalidade à liberdade de expressão. O Código Civil de 2002, visando proteger os direitos da personalidade, dedica-lhes todo um capítulo, que compreende do art.11 ao art. 21. O art. 52 diz expressamente que a proteção aos direitos da personalidade aplica-se, no que couber, às pessoas jurídicas.

É evidente que houve um avanço da disciplina em relação ao Código Civil de 1916, este era essencialmente patrimonial, enquanto o Código Civil de 2002 passa a preocupar-se com o indivíduo. No entanto, malgrado tenha sido dedicado todo um capítulo a esta matéria, o Código tratou de maneira tímida, em poucos dispositivos, com pouca clareza e de maneira vaga, dispondo um rol exemplificativo que trata sobre a disposição do próprio corpo, direito à não submissão a tratamento médico de risco, direito ao nome e ao pseudônimo, a proteção à palavra e à imagem, e a proteção à intimidade. (GONÇALVES, 2015, p.193)

O art. 11 do Código Civil de 2002 dispõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Isso significa que os titulares dos direitos não podem dispor, transferindo-os a terceiros, bem como não pode renunciar o seu uso. É importante expor que alguns atributos da personalidade admitem cessão de seu uso, é o caso por exemplo da imagem, que pode ser explorada comercialmente. (GONÇALVES, 2015, p.189)

Além destas, são características dos direitos da personalidade o absolutismo, a não limitação, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a não sujeição a desapropriação, e a vitaliciedade. (GONÇALVES, 2015, p.189)

No que diz respeito ao caráter absoluto dos direitos da personalidade, se materializa na oponibilidade *erga omnes*, isto é, diante de sua relevância impõe à coletividade um dever de abstenção e respeito. (STOLZE, 2013, p.193)

Quanto a não limitação, significa dizer que, embora no Código Civil esteja disposto apenas um rol entre os artigos 11 e 22, este rol é meramente exemplificativo, pois não se esgota ali os direitos da personalidade. Neste sentido dispõe Gonçalves (2015, p.190):

Não se limitam eles (direitos da personalidade) aos que foram expressamente mencionados e disciplinados no novo diploma, podendo ser apontados ainda, exemplificativamente, ao planejamento familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, ao culto religioso, à liberdade de pensamento, ao segredo profissional, à identidade pessoal etc.

Ainda no referido tema, vale ressaltar que o advento da tecnologia pode gerar, no futuro, outras hipóteses de direitos da personalidade. Com o avanço tecnológico,

principalmente internet, a personalidade sofre novas ameaças, sendo necessária a adição de novos dispositivos em lei. (GONÇALVES, 2015, p.190)

Quanto a imprescritibilidade, os direitos da personalidade não se extinguem pelo uso ou decurso de tempo. No entanto, não podem ser confundidos com a pretensão indenizatória de um eventual dano moral. Esta está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei. (GONÇALVES, 2015, p.191)

Quanto a impenhorabilidade, considerando o caráter indisponível dos direitos da personalidade, vislumbra-se que estes são impenhoráveis, pois a constrição é o ato inicial da venda forçada, assim restaria caracterizado a disponibilidade, o que é defeso no art. 11 do Código Civil. (GONÇALVES, 2015, p.192)

No que diz respeito à vitaliciedade, significa dizer que os direitos da personalidade, que são adquiridos desde a primeira manifestação de vida, duram até a morte, inclusive, a depender do direito, continuam após a morte. É o caso, por exemplo, da honra, da memória etc. (GONÇALVES, 2015, p.192)

No que tange à proteção dos direitos da personalidade, esta é constitucionalmente amparada. Ela decorre, principalmente, do princípio da dignidade humana, fundamento previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Além deste artigo, há previsão também dos direitos da personalidade considerados de maior relevância no art. 5º, X, que preceitua, entre outros direitos fundamentais, a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando, inclusive, a indenização decorrente da violação dos direitos citados. (GONÇALVES, 2015, p.193)

Como dito anteriormente, há hipóteses em que vitaliciedade do direito da personalidade perdura após a morte, é o caso por exemplo da honra. Nesta ocasião, em eventual violação a direito da personalidade, a reparação do dano poderá ser reclamada por, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente, sendo necessária a prova do nexu causal, do dano e da culpa (quando não se tratar de culpa presumida ou responsabilidade objetiva). (GONÇALVES, 2015, p.195).

2.2.1 Direito à Vida Privada

O direito à vida privada está previsto no art. 21 do Código Civil, que diz: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Além da previsão no Código Civil, é garantida a sua inviolabilidade na Carta Constitucional, no art. 5º, inciso X. O direito à intimidade compõe uma de suas manifestações. Segundo NOVELINO (2008), a privacidade é gênero, do qual são espécies a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem. Vida privada e intimidade são comumente confundidas, no entanto, a primeira diz respeito às informações em que somente a pessoa pode ou não divulgar. Enquanto a segunda diz respeito ao modo de ser da pessoa, à sua identidade. Refere-se “ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios de cada pessoa (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade.” (NOVELINO, 2008)

O direito à intimidade tem como elemento fundamental a garantia do respeito ao isolamento de cada pessoa, que deseja que determinados aspectos de sua vida não saiam de sua esfera individual e alcance o conhecimento de terceiros. (STOLZE, 2013, p.218)

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de proteções a quem sofrer violações à intimidade, concedendo ao prejudicado mecanismos judiciais para que cesse o abuso ou para impedir, de forma preventiva. Caso o dano reste configurado, o ofendido fará jus à reparação de danos. (STOLZE, 2013, p.218)

Tais mecanismos judiciais mostram-se cada vez mais necessários com o advento da tecnologia. As violações à vida privada, principalmente com a evolução da internet, tornaram-se mais frequentes. Empresas, por exemplo, detêm dados pessoais do usuário (profissão, renda etc.). Com eles em mãos oferecem produtos de forma abusiva (*spams*), prática que ofende à intimidade do indivíduo. (STOLZE, 2013, p. 219)

As pessoas públicas, obviamente, têm o direito de ter sua intimidade preservada. “Não é pelo fato de adquirirem relevância social que tais pessoas não mereçam gozar da proteção legal para excluir terceiros, inclusive imprensa, do seu âmbito de identidade.” (STOLZE, 2013, p.219)

2.2.2 Direito à Honra

A palavra honra está definida no dicionário “Michaelis” como “Princípio moral e ético que norteia alguém a procurar merecer e manter a consideração dos demais na sociedade”. É um dos direitos da personalidade mais significativos. Ela acompanha o indivíduo desde o nascimento, até depois da morte. (STOLZE, 2013, p.218)

A honra pode manifestar-se em duas formas: objetiva ou subjetiva. A objetiva diz respeito à reputação do indivíduo, compreendendo o seu nome e fama em meio à sociedade. Enquanto a subjetiva corresponde à autoestima do indivíduo ou à sua consciência própria de

dignidade. Além de pessoas físicas, pessoas jurídicas também podem ter seu direito à honra violado, mesmo não possuindo sentimento da própria dignidade. (STOLZE, 2013, p.220)

O direito à honra restará violado ainda que o ofendido não siga os parâmetros comportamentais de determinada sociedade. Nesse sentido dispõe José Martinez de Píson Cavero, citado por Andréa Neves Gonzaga Marques:

Baseada a honra na dignidade da pessoa, inerente a sua própria condição, não se pode negar que, de acordo com o texto constitucional, o ataque à honra será aquele que o seja àquela dignidade, independentemente dos méritos ou deméritos ou qualquer outra circunstância: assim, chamar prostituta uma mulher pode ser constitutivo de delito de injúria se esta expressão ataca a sua dignidade pessoal, independentemente de que exerça tal "profissão", já que proferir tal expressão, em determinadas circunstâncias, pode-se considerar lesivo a sua dignidade, porquanto supõe desprezo ou desonra.

A honra, sendo um direito fundamental de grande relevância, além de estar prevista na Constituição Federal de 1988, sua violação possui efeitos penais, por meio da tipificação das infrações penais de calúnia, difamação e injúria, dispostas nos arts. 138,139 e 140 do Código Penal. (STOLZE, 2013, p.220)

A Constituição Federal, além de exigir a observância do direito à honra, prevê certa limitação à liberdade de expressão em benefício da daquela, no art. 220, §1º, que diz:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

O art. 5º, X, prevê, entre outros direitos da personalidade, a honra. Desta forma verifica-se a limitação à liberdade de expressão em proveito da honra.

2.2.3 Direito à Imagem

O direito à imagem integra o rol dos direitos da personalidade de cunho moral, uma vez que sua violação é mais sentida no âmbito moral do que propriamente no físico. Pode ser compreendido, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.205) como “a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto. Para Pablo Stolze (2013,

p.221) pode ser definida como “a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica.”

A imagem pode ser concebida de dois modos: imagem-retrato, que corresponde literalmente ao aspecto físico da pessoa, e a imagem atributo, que constitui à exteriorização da personalidade do indivíduo (forma como ele é visto socialmente). Ambas são advindas da proteção de um mesmo bem, qual seja, a imagem. (STOLZE, 2013, p.221)

É direito fundamental previsto no art.5º, X, da Constituição Federal. O inciso V do mesmo dispositivo assegura o “direito à resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano moral, material ou à imagem”. No Código Civil de 2002 está prevista no art. 20:

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. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Resta evidente a resposta judicial à violação à imagem. Infere-se do artigo supracitado que a utilização indevida será, a requerimento do ofendido, proibida, sem prejuízo de indenização. Estão sujeitas aos mesmos mecanismos judiciais aquele que, tendo a permissão do uso de imagem pelo titular, desvia a finalidade do uso autorizado. Neste sentido, Nilza Reis, citada por Pablo Stolze (2013, p.222) dispõe:

Qualquer publicação truncada ou retrabalhada de uma imagem ou mesmo o seu uso em um contexto diverso daquele em que se originou, pode atingir uma pessoa no mais profundo de sua dignidade, e o direito há de proteger o indivíduo que constata uma discordância entre a sua imagem real e a maneira como foi apresentada ou exibida ao público.

Finalmente, o parágrafo único do referido artigo dispõe sobre os legitimados a requerer a proteção jurisdicional na hipótese de o titular do direito estar morto ou ausente. São eles: o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes, conforme versa o Art. 20 do Código Civil de 2002.

3- DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, embora originado no direito penal - visando proteger aquele que já havia cumprido sua dívida com a sociedade através da pena a ele aplicada - pode ser invocado também na esfera civil. Decorre dos direitos inerentes à personalidade, principalmente a vida íntima, a imagem e a honra, bem como a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, René Ariel Dotti (1998), citado por Zilda Mara Consalter (2017, p.180) conceitua o direito ao esquecimento como:

Faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessam sejam esquecidos.

O direito ao esquecimento é o direito do indivíduo de estar só, bem como de ser esquecido, de forma que os fatos de seu passado não sejam trazidos para atualidade quando lhe trouxer junto vexame, incômodo e tristeza. (CONSALTER, 2017, p.181)

O direito ao esquecimento não significa apagar os fatos do passado de alguém. Tem o objetivo de evitar que o uso de tais fatos, caso explorados no futuro, tragam prejuízo, constrangimento e etc., à pessoa. No entanto, aqui vale destacar que o direito ao esquecimento, bem como os direitos da personalidade ou qualquer outro direito fundamental, não é absoluto. O direito ao esquecimento será invocado quando não houver nas informações qualquer interesse público ou quando estas se apresentarem de modo descontextualizado. (CONSALTER, 2017, p.182)

O direito ao esquecimento é objeto de estudo em diversos países. Entre as teorias resultantes desses estudos, destaca-se a tripartite aplicação desse direito:

Em primeiro lugar, diz respeito ao direito que o titular tem de evitar que o seu passado administrativo, judicial ou criminal seja eternamente resgatado. (CONSALTER, 2017, p.183)

Em segundo lugar, “reflete-se na possibilidade de remover ou apagar dados pessoais ao abrigo da legislação protetiva da intimidade e dados pessoais”. (CONSALTER, 2017, p.183)

Em terceiro lugar, diz respeito à possibilidade de retirar dados pessoais disponíveis online, ou conseguir restrição ou impedimento ao acesso destes, inclusive em sites de pesquisas. (CONSALTER, 2017, p.183)

A doutrina reconhece o direito ao esquecimento como um direito autônomo. Deste modo, deve ser entendido não só como um direito decorrente dos direitos da personalidade, mas

também como um direito em si mesmo. Segundo LIMA (2014) *apud* CONSALTER (p.185, 2017):

[...] direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e utilização e desde que não tenha mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao esquecimento, entendido como direito da personalidade, goza de amparo constitucional. Além de previsão no enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Aliás, no enunciado supracitado torna-se claro que o direito ao esquecimento é também uma decorrência da dignidade da pessoa humana. Embora existam doutrinas que disponham de maneira diversa. Pontes de Miranda, por exemplo, citado por Zilda Mara Consalter (2017, p.187), afirma que o direito ao esquecimento decorre da liberdade de cuidar da vida privada:

O direito de velar a intimidade é, portanto, efeito de exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem poder não fazer; é a liberdade que está na base disso. Essa liberdade é que pode ser direito de personalidade inato; o direito a velar a intimidade provém dela, como o direito ao sigilo provém da liberdade de se não emitir pensamento ou o sentimento. O que está em contacto (sic) imediato, inato, com a personalidade, é o pensar, é o sentir, é o agir; não o segredo, o velamento.”

Nesse entendimento, o cidadão seria livre para escolher quais dados e informações formariam sua identidade. Para isso, haveria a necessidade de liberdade e autonomia a este cidadão no que tange ao desenvolvimento de sua própria personalidade.

Para Consalter, o direito ao esquecimento é uma junção das três correntes acima, pois decorre da vida íntima do indivíduo, e o exercício ou não desse direito é uma faculdade do titular. A essa faculdade, pode ser somado como base fundante a liberdade.

Visto isso, pode-se delinear o direito ao esquecimento como um direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, mediante o qual o interessado, no exercício de sua liberdade, autonomia e determinação individual, controla se fatos pertencentes ao seu passado podem ou não ser retomados no presente ou no futuro, como forma de salvaguardar a sua integridade emocional, psíquica, profissional e social, além de resguardar, eficazmente, a sua vida íntima.

Enfim, diante destas teorias e divergências doutrinárias, nota-se que em âmbito civil, o direito ao esquecimento ainda está em formação, sendo sua definição quanto aos casos em que poderá ser aplicado muito específica.

3.1- Limitações ao Direito ao Esquecimento

Como demonstrado anteriormente, o direito ao esquecimento, bem como os direitos fundamentais da personalidade, não é absoluto. Sua aplicação não pode ser de forma automática ou simplista. Até o momento, temos como melhor solução a utilização da técnica da ponderação, pois, a depender da limitação sofrida pelo direito ao esquecimento em proveito de outros direitos, não seria razoável sua observância. O julgador deverá analisar o caso concreto e definir quais valores devem prevalecer. (CONSALTER, 2017, p.292)

Segundo Zilda Mara Consalter, (2017, p.293), técnica da ponderação deve seguir um caminho lógico. Primeiramente, deve-se tentar fazer com que nenhum ceda frente ao outro, pois embora pareçam opostos, não significa que serão totalmente afastados ou que prevalecerão de forma absoluta em oposição ao outro. No entanto, caso não seja possível, é necessário analisá-los considerando os seguintes pontos:

Primeiramente, independentemente da solução que se chegue, esta deverá ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, a preferência dada a um em proveito do outro deverá levar em consideração as circunstâncias do caso concreto. Além disso, a aplicação da ponderação é proporcional. Ou seja, para afastar um direito em prol da eficácia de outro, é imprescindível analisar a importância da preservação do direito que irá prosperar é suficiente para a limitação do direito sucumbente. (CONSALTER, 2017, p.292)

Importante destacar que ao fazer uso da ponderação, ao definir qual direito irá prevalecer, tentará não sacrificar por completo o direito sucumbente, a não ser que seja necessário para a preservação do prevalecente. Na melhor das hipóteses, o direito sucumbido ainda terá efeitos, embora reduzido. (CONSALTER, 2017, p.294)

Observados os critérios da ponderação, conclui-se que a aplicabilidade do direito ao esquecimento está condicionada à análise do caso concreto. Há diversos valores perante os quais o direito ao esquecimento perece. Dentre eles, o interesse público, o direito e a liberdade de informação e o direito à memória. Estes, serão abordados nos tópicos seguintes.

3.2- Interesse Público

O interesse público é um fator imprescindível quando se fala em direito ao esquecimento, pois quando verificado o interesse da população nas informações nas quais está envolvido o titular do direito, este acaba tendo suas pretensões frustradas, ainda que fundamente-o visando proteção de sua intimidade. Deste modo, quando houver o embate entre

o interesse público na informação e a liberdade de ser esquecido, a princípio, o primeiro prosperará. (CONSALTER, 2017, p.295)

Regina Sahm (2001), *apud* Zilda Mara Consalter (2017, p.295), diverge. Segundo a autora:

Em primeiro lugar deve estar a tutela do indivíduo, da sua dignidade. Não cabe à sociedade exigir a denúncia por parte do indivíduo à sua integridade, (física, moral, intelectual, direito à honra, intimidade, da vida privada, sigilo, imagem, ...) em nome desta sociedade.

A tese em questão utiliza o princípio da proporcionalidade como solução para possíveis confrontos entre valores fundamentais, como por exemplo o interesse público frente ao direito ao esquecimento. No entanto, frisa-se que a doutrina, quase que de modo unânime, diante deste embate, acorda em favor do interesse público. (CONSALTER, 2017, p.296)

É importante neste ponto traçar quais são os critérios utilizados para a preponderância do interesse público sobre o direito ao esquecimento.

Primeiramente, deve constatar se há ou não interesse público na divulgação da informação. Este interesse deve ser atual, ou seja, não se trata de lembrar fatos que outrora surtiram interesse, mas que na atualidade não gozam de relevância. Na hipótese de interesse público atual na divulgação da informação, o direito ao esquecimento será relativizado frente àquele. (CONSALTER, 2017, p.296)

Resta claro que o tempo é um fator relevante para que ocorra a relativização do direito ao esquecimento diante do interesse público.

Isso implica dizer que se ainda persistir o interesse pelo fato na atualidade, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo lícita a retomada do mesmo. É o caso de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. (CONSALTER, 2017, p.296)

Como dito anteriormente, o critério da atualidade é necessário no interesse pela notícia, fato ou ato pretérito. Caso ausente, o titular fará jus ao direito ao esquecimento, podendo exercer seu direito de modo a impedir a veiculação de notícias do passado ausentes de justificativas plausíveis. “Parte-se da premissa que o decurso do tempo dilui, ou pode diluir, o interesse público.” (CONSALTER, 2017, p.297)

Esta limitação sofrida pelo direito ao esquecimento diz respeito ao interesse público. Este não pode, de forma alguma, ser confundido com interesse do público. Verifica-se o interesse público naquilo que é de interesse da coletividade, do bem-estar social. Enquanto que o interesse do público está presente naquilo que causa curiosidade ao público, como por exemplo o namoro de duas pessoas famosas, embora não haja nenhum interesse público, a

notícia, a depender dos envolvidos tem grande interesse do público. Em contrapartida, o aumento de um imposto, embora tenha interesse público, não causa interesse do público, apenas de um nicho: os economistas. (CONSALTER, 2017, p.298)

Neste sentido, a Empresa Brasil de Comunicação (EBC) (2014), citada por Zilda Mara Consalter, (2017, p.299), diferencia interesse do público e interesse público:

É muito recorrente fazer a distinção entre os conceitos do interesse do público e o interesse público, nas discussões sobre as expectativas do público em relação à mídia. No caso da televisão, em que estas discussões são mais frequentes, o interesse do público é interpretado como a soma das preferências subjetivas dos telespectadores na escolha dos programas a que assistem. O interesse público, por sua vez, é caracterizado por um conjunto de princípios abstratos associados ao fortalecimento dos valores que se propõem que a mídia promova em prol do bem-estar geral” (EBC *apud* CONSALTER)

Deste modo, para aplicar a técnica da ponderação entre direito ao esquecimento e interesse público, além da atualidade do tema resgatado ao presente, é necessário, acima de tudo, verificar se se trata de assunto de interesse público, efetivamente, ou interesse do público. (CONSALTER, 2017, p.301)

3.3- O Direito e a Liberdade de Informação

Assim como o interesse público, o direito e a liberdade à informação devem ser refletidos com cautela frente à tutela do direito ao esquecimento. Uma vez que, se bem mensurado e aplicado não constituirá censura ou ofensa à liberdade de manifestação do pensamento. (CONSALTER, 2017, p.302)

O direito e a liberdade de informação, como limitação ao direito ao esquecimento, estão intimamente ligados ao interesse público. O direito à informação pode ser compreendido com os atos de procurar, receber e divulgar informações. É dividido em três vertentes: direito de se informar, o direito de ser informado e o direito de informar. (CONSALTER, 2017, p.302)

Esses direitos, conforme visto anteriormente, têm previsão constitucional no artigo 5º, incisos X, bem como no artigo 220 da mesma Carta Constitucional. Não são absolutos, no entanto, para que sejam relativizados é necessário ponderosa justificativa. Ainda que o fundamento seja baseado na proibição da violação à vida privada do indivíduo, há a necessidade de sopesar cautelosamente a adoção de qualquer posicionamento, seja este pendente às liberdades ou aos direitos fundamentais da personalidade, deverá ser bem fundamentado. (CONSALTER, 2017, p.302)

O direito à informação como limite ao direito ao esquecimento, para que seja aplicado, é necessário que o conhecimento dos fatos a serem publicados sejam importantes para que os indivíduos possam participar do mundo em que vivem. Afinal, a função principal da liberdade de informação é a formação da opinião pública. (CONSALTER, 2017, p.302)

Além disso, a aplicação do direito à informação necessita de outros critérios: a atualidade e exatidão da informação, a sua veracidade, a manutenção presente do interesse público na divulgação dela, a pertinência na divulgação e a completa ausência de abuso no seu uso. Esses critérios visam proibir não o direito à informação, mas sim os abusos, que devem ser eliminados ou prevenidos. Isto significa que a notícia, ainda que verdadeira, não deve ser veiculada de forma abusiva e nefasta. (CONSALTER, 2017, p.304)

Nesse sentido, conforme ensina Luiz Alberto David Araújo (2008) citado por Zilda Mara Consalter (2017, p.305), observa-se que:

Versando sobre fatos sem importância, no mais das vezes relacionados a aspectos íntimos da vida de um artista ou de pessoa de vida pública, não há que falar em direito à liberdade de informação jornalística, pois, a bem do rigor, a informação não teria qualquer caráter jornalístico.

Ademais, deve frisar-se que se a publicação da informação não for de interesse geral, se for inútil ou se já tiver alcançado o propósito lícito a que se propunha, não há motivo para que permaneça publicada indefinitivamente. Deste modo, entende-se que tanto no Brasil quanto nos outros países nos quais o direito ao esquecimento é adotado, há a ideia de que o titular adquire o direito ao esquecimento após lapso temporal e a informação deixa de ser útil. (CONSALTER, 2017, p.306)

Assim, conclui-se que o interesse jornalístico e de informação, na maioria das vezes prevalece e, somente se manifestará a atuação judicial em proveito dos direitos privados quando ausentes os critérios supracitados.

3.4- Direito à Memória

É o desafio ao direito ao esquecimento a conciliação com o direito à memória, também conhecido como verdade histórica.

A memória, segundo Viktor Mayer-Schönberger ,(2011), citado por Zilda Mara Consalter, (2017, p.309), pode ser compreendida em um processo de dois passos: o primeiro constitui um armazenamento de informações; e o segundo, o seu resgate sempre que necessário. Além disso, segundo autor, a memória se constitui de duas maneiras: uma memória interna

(natural, porém falha, uma vez que para armazenar informações depende da habilidade humana), e da memória externa (esta, artificial e infalível), que compõe-se por ferramentas criadas pelo homem, tais como a fotografia, filmagens, pinturas, gravuras, escritos e arquivos. (CONSALTER, 2017, p.309)

O direito à memória diz respeito à coletividade e tem inúmeros legitimados para reclamá-lo. É um direito amplo, pois cuida do referencial de um povo, de uma nação ou de um indivíduo. Assim:

Não há como negar que certos episódios são insuscetíveis de serem esquecidos. São fatos que se prendem à própria essência de um povo ou de um indivíduo, que marcaram de forma indelével sua história, que deve ser recontada para formação de identidade cultural do país.

Para Hannah Arendt, (1972), apud Zilda Mara Consalter (2017, p.310), essa identidade é concebida através da tradição, que é responsável por um quadro de referências preestabelecido, formado em conexão com outros fatos, senão fica impossível a retenção de informações ao ser humano.

Deve fazer parte da memória de um povo todo e qualquer fato relevante que forma a sua identidade, independentemente de serem bons ou maus pois a longevidade é uma das características da memória. No Brasil, há como fato negativo, porém relevante, o período ditatorial. Este merece esclarecimentos de fatos e circunstâncias em que muitos eventos ocorreram, tais como tortura, mortes, desaparecimentos entre outros. O direito a tais esclarecimentos não pertence apenas aos lesados, mas a toda sociedade brasileira. (CONSALTER, 2017, p.312)

Sobre o tema “direito à memória”, é mister frisar que o direito ao esquecimento não impede seu exercício. Afinal, o direito deve sempre proteger a memória social. Ademais, o direito à educação e à informação fazem o direito ao esquecimento ceder. Nesse sentido, Zilda Mara Consalter (2017, p.313) explica que:

Devido à enorme relevância histórica e social – bem como do irrefutável interesse público – do conhecimento dos fatos que ocorreram na evolução de um país, em caso de aplicação do princípio da proporcionalidade ou da ponderação entre interesses envolvidos (direito à memória versus direito ao esquecimento), não há que se falar da preponderância do direito ao esquecimento face ao direito à memória e à verdade histórica.

Deste modo, não é qualquer informação que será eliminada. Para que isso ocorra, é necessário primeiro ponderar se não há no fato o qual o particular interessado busca o esquecimento o direito à memória de um povo. Este, é soberano frente àquele. No entanto, há que se ressaltar que o direito ao esquecimento teria algum peso na hipótese em que o confronto

com o direito à memória se desse a partir de informações pessoais ou interpessoais, ou seja, aquelas informações que não dizem respeito ao interesse da coletividade. (CONSALTER, 2017, p.314)

Assim, somente – e tão somente se – houvesse violação de direitos privados sem qualquer importância para a história do país, é que se permitiria a preponderância do direito ao esquecimento frente ao direito à memória. Com o direito ao esquecimento erigido à categoria de valor jurídico, pretende-se tutelar direitos privados dos indivíduos, não instaurar uma espécie de ‘Ministério da Verdade’.

Conclui-se então que a aplicação do direito ao esquecimento em face do direito à memória dependerá do interesse da coletividade quanto à informação.

4 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

4.1 Visão Geral do Direito ao Esquecimento no Brasil

O direito ao esquecimento, oriundo dos direitos da personalidade, tem fundamento, no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, bem como no artigo 220, além de estar previsto no Código Civil de 2002. Neste sentido, Ingo Sarlet, citado por Bruno de Lima Acioli, afirma que “este é um direito reconhecidamente constitucional, ainda que ausente dispositivo expresso que o anuncie no texto da Constituição de 1988. Trata-se, o direito ao esquecimento, de direito fundamental implícito”. Além disso, há também previsão direta no Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014, no artigo 7º, inciso X, que diz:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

O enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê o direito ao esquecimento, afirmando que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Desta forma, alguns doutrinadores acreditam que o direito ao esquecimento está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. (ACIOLI, 2017, p.388)

O direito ao esquecimento no Brasil é um fenômeno discutido por juristas há mais de vinte anos, no entanto, o reconhecimento deste direito pela jurisprudência brasileira é algo recente. Este fato, juntamente com o advento da internet, deixa o assunto em evidência, trazendo discussões ao seu respeito. (ACIOLI, 2017, p.402)

No que diz respeito a internet, esta é um meio de comunicação muito diferente dos demais pois possui maneira mais rápida de propagação de notícias e é livre de restrições. Pelo fato de seu controle ser mais árduo, necessita que sejam aplicadas regras distintas, como o Marco Civil da Internet. Como exemplo de direito ao esquecimento disposto no Marco Civil da Internet temos o artigo 21, que versa sobre a responsabilidade dos provedores de internet em apagar vídeos com conteúdo sexual quando estes forem publicados sem autorização de seus participantes. (ACIOLI, 2017, p.391)

No que diz respeito às jurisprudências, como dito anteriormente, estas são recentes. O STJ acolhe o direito ao esquecimento. A 4ª Turma do STJ, entendeu que o ordenamento

jurídico pátrio acolhe o direito ao esquecimento no REsp 1.335.153-RJ e no REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013. (DIZER O DIREITO, 2013).

4.2- Recentes Julgados Sobre Direito ao Esquecimento no STJ

No ano de 2013, repercutiu grandemente no cenário nacional o direito ao esquecimento devido aos julgados no Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se do Resp nº 1.334.097/RJ, relacionado à chacina da Candelária, e o Resp nº 1.335.153/RJ, da Aída Curi. Ambos os julgados eram em face da TV Globo, por matérias veiculadas no programa Linha Direta. Ambos tiveram o ministro Luis Felipe Salomão como relator.

No primeiro caso, conforme consta no relatório do Senhor Ministro Luis Felipe Salomão, no Resp nº 1.334.097, Jurandir Gomes França ajuizou ação pleiteando danos morais em face a TV Globo, pois esta, em programa televisivo, teria o retratado como um dos autores da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como “Chacina da Candelária”. Ocorre que Jurandir Gomes França foi absolvido por unanimidade perante o júri, no entanto, a ré apontou o autor como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido. No mesmo relato, consta que a ré levou à público situação que já havia sido superada, ferindo direitos da personalidade do autor bem como de seus familiares. (Resp nº 1.334.097, 2013)

O Recurso Especial chegou ao STJ interposto pela Rede Globo. A 4ª Turma, ao analisar o recurso verificou um conflito entre os direitos à informação e o direito ao esquecimento. Ao utilizar a técnica da ponderação, julgaram em favor do direito ao esquecimento, mantendo a condenação por danos morais. (ACIOLI, 2017, p.403)

No julgado em questão, reconheceu-se que embora a chacina da Candelária tenha sido um crime histórico, a veiculação da notícia sem o nome e imagem do autor não resultariam prejuízo à narrativa do caso e nem da liberdade de imprensa. (ACIOLI, 2017, p.404)

Ademais, embora seja inegável a importância da historicidade dos fatos, além da importância da observância do direito de informar e ser informado, a depender do caso concreto, os direitos individuais da personalidade podem prevalecer. Nesse sentido votou o Senhor Ministro Luis Felipe Salomão:

Com efeito, penso que a historicidade do crime 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.

Quanto ao Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, também envolveu veiculação de notícia pela Rede Globo, no mesmo programa (Linha Direta). A notícia em questão tratava sobre a morte de Aída Jacob Curi, em julho de 1958, vítima de uma tentativa de estupro e arremessada do décimo andar para simular um suicídio. Ocorre que a notícia foi veiculada com nome e fotos reais da vítima, trazendo lembranças do caso e conseqüentemente grande tristeza, motivo que levou os irmãos da vítima a ajuizarem ação contra a TV Globo Ltda, requerendo a condenação à reparação de danos materiais e morais. (ACIOLI, 2017, p.402)

A questão chegou à 4ª Turma do STJ. O Recurso foi interposto pelos irmãos de Aída Curi e foi negado pela maioria. A Turma entendeu que, diferente do caso anterior, não fazer menção ao nome da vítima, bem como não mostrar as imagens, inviabilizaria a narrativa do caso. Além disso, argumentou-se não ser possível a utilização do direito ao esquecimento porque tratava-se de caso de grande repercussão social e importância histórica. (ACIOLI, 2017, p.403)

A ministra Maria Isabel Galotti votou favorável ao pagamento de indenização, mas não fundamentado no direito ao esquecimento, e sim no artigo 20 do Código Civil, pois entendeu que a Tv Globo não pediu autorização à família de Aída Curi para exibir as imagens que foram ao ar no programa Linha Direta. (ACIOLI, 2017, p.404)

Os casos em tela têm várias similaridades, tais como o polo passivo (Tv Globo Ltda), quanto o direito arguido. No entanto, as decisões divergiram, enquanto o recurso da chacina da Candelária foi julgado procedente, o da Aída Curi não teve o mesmo sucesso. Ocorre que, apesar da semelhança, no primeiro caso concluiu-se que a veiculação da notícia sem o nome e imagem do autor já surtiria o efeito que o programa televisivo buscava, diferente do segundo caso, no qual a ausência do nome e imagens tornariam impossível a menção ao fato criminoso. Em ambos se respeitou a historicidade dos casos. (ACIOLI, 2017, p.405)

Ademais, no caso da Aída Curi, os autores argumentaram que a veiculação da matéria fez com que a família relembresse o caso, trazendo imensa tristeza a esta. No entanto, a 4ª Turma entendeu que o decurso do tempo ameniza tal dor, frisando que o caso aconteceu há mais de 50 anos atrás, desta forma, embora gere desconforto, não é na mesma proporção que antes. (ACIOLI, 2017, p.405)

Os dois casos supracitados, mesmo arguindo direitos semelhantes, tiveram resultados diferentes. Isso demonstra que a matéria em questão necessita de ponderação de modo criterioso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito, há atualmente na sociedade um grande volume de informações ocasionado pela evolução tecnológica, a destacar, a *internet*. Nesta nova realidade social uma informação é propagada rapidamente, podendo trazer resultados benéficos ou, a depender do caso, resultados desastrosos à pessoa noticiada. Esse cenário demanda novos meios de proteção jurídica, assim surge o direito ao esquecimento que, embora antigo, sua aplicação no Brasil ainda é recente.

O direito ao esquecimento visa proteger os direitos da personalidade. Estes têm *status* de direito fundamental, bem como as liberdades de expressão, informação e imprensa. Conforme demonstrado há aqui um conflito entre os direitos fundamentais citados: de um lado os direitos da personalidade, do outro a liberdade de informar e ser informado.

Fora exposto no desenvolvimento deste que os direitos fundamentais não são absolutos, além disso, não há hierarquia entre eles. Assim, considerando o direito ao esquecimento um direito fundamental, pois o rol que versa o artigo 5º da Constituição Federal é exemplificativo, há um conflito entre este direito em face da liberdade de expressão.

Para solucionar esse embate, o instrumento utilizado deverá ser a técnica da ponderação, pois não há aqui um valor exato, logo a solução se dará de acordo com a análise do caso concreto. A ponderação no caso em tela necessita seguir alguns critérios. Leva-se em consideração o decurso do tempo, o interesse público, entre outros valores. É imprescindível a análise da presença desses valores e, em alguns casos, verificar a proporcionalidade. Há casos em que um direito não anula o outro por completo, sendo possível, dependendo do caso concreto, a aplicação plena de um e a supressão parcial do outro.

Notou-se que as limitações ao direito ao esquecimento aqui abordadas, ao verificar os julgados dispostos no capítulo 3, costumam prevalecer. Verifica-se que o direito ao esquecimento será aplicado apenas na ausência de tais valores, como: interesse público e direito à memória. No entanto, há a possibilidade de ambos os direitos subsistirem. Um exemplo foi o julgado referente à chacina da Candelária, no qual a 4ª Turma do STJ considerou o direito ao esquecimento sem ignorar a liberdade de informação e a historicidade do caso. O Tribunal deu procedência ao direito ao esquecimento porque entendeu que naquele caso a ausência da imagem e nome do titular viabilizava a veiculação da matéria sem prejuízo da historicidade, diferente do caso da Aída Curi que, para que fosse publicada com total efetividade era necessário a imagem e nome da vítima.

Dessa forma, conclui-se o trabalho da mesma forma que se pensava na hipótese de pesquisa: a solução é a utilização da técnica da ponderação. Vale frisar que a utilização da técnica está estritamente ligada ao interesse público, este irá prevalecer sobre o privado, e a historicidade, também entendida como direito à memória.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 7, Brasília: Uniceub, 2017.

ALMEIDA, Priscila. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283> Acesso em: 02 mai. de 2019.

BRASIL. Código Civil do. **Código Civil de 2002**. Brasília DF: Senado Federal, 2002.

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

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento: Proteção Da Intimidade e Ambiente Virtual**. 1ª Ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

DIZER O DIREITO. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>> Acesso em: 01 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ORENSTEIN, José. **O que é direito ao esquecimento. E qual é o debate em torno do tema**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/06/13/O-que-%C3%A9-direito-ao-esquecimento.-E-qual-%C3%A9-o-debate-em-torno-do-tema>> Acesso em: 16 Nov. de 2018.

STEVENS, Mark. **Pensamento**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pensamento>> Acesso em: 04 mai. de 2019.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.