



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

MARCO ANTONIO T. RODRIGUES JUNIOR

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

ASSIS

2015

MARCO ANTONIO T. RODRIGUES JUNIOR

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

ASSIS

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

RODRIGUES JUNIOR, Marco Antonio T.

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO / Marco Antonio T. Rodrigues Junior

Fundação Educacional do Município de Assis – Fema – Assis, 2015.

52 páginas.

Orientador: Professor Doutor Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA

1. Do direito ao esquecimento

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

MARCO ANTONIO T. RODRIGUES JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito de graduação, analisado pela seguinte Comissão Examinadora:

Orientador: Professor Doutor Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Analizador 01: _____

Analizador 02: _____

ASSIS

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiro de tudo a Deus, que, de modo amoroso, me agraciou com a capacidade de aprender e me desenvolver. E oportunamente, aos meus pais, Marco e Marcia, que apoiam e acreditam em meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom de minha vida, por me agraciar com uma família que me apoia, e também por me permitir estar sempre em seu caminho, de modo a guiar todos meus atos. Agradeço a Jesus, por sua misericórdia infinita, e por sempre atender as minhas orações. Também à Santa Mãe, na fé de que ela sempre se lembra deste teu filho.

Agradeço a minha família, por ter apoiado minha graduação, e por sempre acreditar na minha capacidade, em meus sonhos. De modo particular, agradeço aos meus pais por terem me criado da melhor maneira, sem medo de explorar seus limites humanos. Agradeço também a minha namorada, que sempre está do meu lado.

Agradeço aos meus professores, por transmitirem seus conhecimentos, acreditando que tudo não é em vão. Especialmente, ao meu orientador que, Doutor em Direito, colaborou para a produção deste trabalho.

Por oportuno, agradeço aos meus amigos, que compartilharam comigo as bonanças e fardos, sempre olhando e cuidando do progresso do outro, e pelo exímio dom de elevarem minha alta estima.

Não me permito esquecer esta nobre Instituição, que trabalha de modo preciso e grandioso. Que meus agradecimentos cheguem a todos que nela trabalham ou trabalharam, com muito carinho.

“Só sei que nada sei, e o fato de saber isso, me coloca em vantagem sobre aqueles que acham que sabem alguma coisa”.

(Sócrates)

RESUMO

Este trabalho apresenta o direito ao esquecimento como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana. Aborda a necessidade de conflitar, caso a caso, a liberdade de expressão e informação contra os direitos de personalidade. Estes direitos são apresentados de forma a garantir a melhor compreensão sobre o uso prático do direito ao esquecimento.

Palavras chave: Direito ao esquecimento – liberdade de expressão e informação – direitos de personalidade – direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work presents the right to forgetting as an instrument to protect human dignity. It addresses the need for conflict, case by case, freedom of expression and information against the rights of personalities. These rights are given to ensure a better understanding of the practical use of the right to oblivion.

Keywords: Right to oblivion – freedom of expression and information – right of personalities – fundamental rights.

Sumário

1 – Introdução	10
2 - Da liberdade de Expressão e Informação	11
2.1 - Desenvolvimento histórico	11
2.2.1- Liberdade de expressão	13
2.2.2 – Liberdade de informação	14
2.3 – Posição constitucional	15
2.4 – Influência dos meios de comunicação em massa.....	16
2.5 – Restrições à liberdade de informação.	18
3 – Da Dignidade da Pessoa Humana: Os Direitos de Personalidade	21
3.1 – Evolução histórica.....	21
3.2 – Conceitos.....	24
3.2.1 Da intimidade e privacidade	25
3.2.2 Da honra	27
3.2.3 Da imagem	28
3.3 – Limites constitucionais aos direitos fundamentais	30
3.4 – Preservação a Dignidade da Pessoa Humana.....	32
4 – Do Direito ao Esquecimento	35
4.1 – Contextualização e conceito.....	35
4.2 – Direito Comparado.....	39
4.3 – Evolução da doutrina e jurisprudência no Brasil	42
5 – Considerações Finais	48
Fontes e Referências:	49

1 – Introdução

O presente trabalho busca apresentar o chamado “direito ao esquecimento”, que também pode ser encontrado na doutrina internacional como “*the right to be let alone*” (o direito de ser deixado só), ou, “*the right to be forgotten*” (direito de ser esquecido).

Este direito ganhou grande atenção em maio de 2014, apesar de não ser recente, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu em seu favor.

Com isso, devo apresentar aqui a essência do direito ao esquecimento que, é o conflito de direitos fundamentais igualmente importantes: liberdade de expressão e informação contra os direitos de personalidades. De primeira, será analisada a construção e conquista histórica destes direitos. Em sequência o leitor apreciará os seus aspectos, além dos pontos mais relevantes para melhor digerir as argumentações que desenvolvem o tema.

É normal que se levante opiniões polêmicas sobre o direito ao esquecimento, questionando, por exemplo, quem seriam as pessoas por ele beneficiadas. Mas, o desenvolvimento da tese procura mostrar a importância de analisar cada caso de modo único, com imparcialidade e sem uma postura pré-determinada, pois, somente o caso peculiar em mãos poderá fornecer os detalhes indispensáveis para ponderar qual direito deverá ser limitado.

Foram arguidas neste trabalho, importantes decisões, que formaram certa corrente sobre a proteção dos direitos de personalidade. A jurisprudência, tanto nacional quanto internacional, é a principal fonte do direito ao esquecimento, que fornece, em cada decisão, material para complementar as teses já existentes.

Ao contrário de outros, este trabalho se baseia principalmente no caso prático, sem desrespeitar os artigos e declarações, de importantes personalidades do mundo jurídico-intelectual, sempre orientando-se pela legislação.

2 - Da liberdade de Expressão e Informação

2.1 - Desenvolvimento histórico

A história nos mostra, através das grandes obras, guerras e revoluções que, a vontade do povo de exteriorizar suas paixões e ideais começou a ser postulada e positivada eficazmente com o surgimento da democracia e seus primeiros rascunhos, ora, este modelo político e a liberdade de expressão andam juntos na medida em que um depende do outro para sobreviver.

Na antiguidade, o filósofo Sócrates (470 ou 369 – 399 a.C.)¹, foi o pioneiro no pensamento da liberdade de expressão. Sócrates despertava nos jovens da época a prática da retórica, de pensarem por si próprios, e sempre questionar as imposições políticas e religiosas, motivo que resultou em sua pena de morte, pois os governantes locais o acusaram de corromper a juventude.

Séculos mais tarde, o cristianismo contribuiu na busca pela liberdade apresentando o fundamento de que o homem é a imagem e semelhança de Deus, portanto cada indivíduo tem uma relação de igualdade natural para com todo ser humano. Assim, limita-se a autoridade do estado em relação ao povo.

Apesar de tudo, o que marcou o início da civilização até a Idade Moderna, foram o imperialismo e as campanhas de expansão. Na Idade Média, os Reis e Imperadores começaram a ter mais controle sobre o povo em razão das alianças feitas com a Igreja Católica. Todos que se manifestavam contra a Igreja e o Estado eram presos ou mortos.

Rumo ao final da Idade Moderna, especificamente na França, que possuía na época a maior população do mundo, o movimento Iluminista começou a atacar a Monarquia de poderes absolutos e centralizados, surgindo assim o Parlamentarismo, porém, composto somente pelo clero e a nobreza. Neste tempo, a imprensa começou a tomar grandes proporções, com inovações tecnológicas. Os pensadores Iluministas, como Rousseau e John Locke, publicavam em massa suas obras e ideias políticas. Contudo, a censura político-religiosa as caçava, e grandes filósofos como Jean-Jacques Rousseau, por exemplo, tiveram que fugir do

¹ Não é sabido com exatidão o ano de nascimento de Sócrates.

país por fazer fortes críticas ao atual governo, bem como sobre as diretrizes religiosas de pedagogia. A Burguesia, fora do meio de expressão política, sofria exploração econômica e sustentava todas as regalias da nobreza e do clero (2º e 1º estado respectivamente), sem ter nenhum retorno Estatal.

Todas essas constantes circunstancias resultaram em um dos eventos mais importantes da humanidade, sendo o marco para a positivação dos direitos democráticos do homem e do cidadão, a Revolução Francesa, portando o slogan “*Liberté, Égalité, Fraternité*” (“Liberdade, Igualdade, Fraternidade”). Finalmente, o povo assume uma participação política com igualdade, manifestada pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, criada pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa que foi composta pelos três estados (o terceiro estado era constituído pela burguesia e camponeses). A liberdade que antes era limitadamente civil era agora política, religiosa, e expressão.

A Revolução e a doutrina Iluminista inspiraram a constitucionalização da democracia em vários países, principalmente no Ocidente. Assim, a liberdade de expressão e de informação ganhou um espaço significativo na história, com ajuda da imprensa veiculadora, fazendo parte dos Direitos Fundamentais de 1º geração que segundo Bonavides (2006, p. 563-564) “tem 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”, o mesmo autor os chama de “Direitos de Liberdades”. Também são conhecidos como Direitos Humanos de primeira geração. Tal direito foi positivado em várias convenções e tratados do ocidente, como nas Declarações Americanas.

Na Idade Contemporânea testemunhou-se o surgimento dos Estados Ditatoriais Militares, que repreenderam o direito à liberdade de expressão e de informação, onde a censura e a intolerância política repetiram o que se fizera no passado. Prisão, banimento, e até pena de morte para aqueles que se manifestavam de modo contrario a política imposta, perseguindo desde opositores, a artistas inconformados com o atual governo. Porém, é certo que a volta da democracia trouxe junto dela a liberdade de expressão e de informação.

2.2 – Conceitos

2.2.1- Liberdade de expressão

Inúmeras são as obras e dissertações sobre a liberdade de expressão, ou manifestação do pensamento. Para conceituar essa liberdade, podemos apreciar dois pontos de vista possíveis que se pode chamar de positiva (de ação) e negativa (omissão, deixar de).

A posição expressa que a liberdade de expressão é o agir para que suas opiniões e convicções políticas, religiosas e até culturais sejam apresentadas para outras pessoas, por qualquer meio ou modo de comunicação. O Sujeito em foco é o possuidor do pensamento, no contexto de ser possível que suas ideias se exteriorizem por ele próprio.

O ilustre constitucionalista José Afonso da Silva (SILVA, ed. 22, Malheiros, 2003, p. 232) disciplina esse direito como “poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Silva argumenta no sentido do homem atuar para explanar tudo aquilo que lhe interessa para a realização pessoal. Uma perseguição daquilo que traga a felicidade. Rodrigues Junior também leciona que a liberdade de expressão é a possibilidade de exteriorizar suas opiniões.²

Agora, a posição negativa nos entrega outro sujeito em foco, o Estado, e sua participação na liberdade de manifestação do pensamento do indivíduo está justamente na omissão, ou seja, deixar de restringir essa liberdade. Nesta linha de pensamento, é preciso haver o direito a se manifestar, pois a opinião já existe no homem, é natural. Parece ser o mais correto se, pensarmos que não é somente por ser possível que alguém se expresse, que existirá uma liberdade. Ora, pode alguém dizer o que bem pensar em um governo autoritário, porém deve fazê-lo por risco próprio.

O famoso filósofo John Locke afirma: “Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem” (HOBBS, 1983, p.78).

² JUNIOR, Álvaro Rodrigues. “*Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*”. Curitiba: Juruá, 2009, pg. 55.

2.2.2 – Liberdade de informação

A liberdade de informação está intimamente ligada à liberdade de expressão, e sem esta última a primeira talvez não existisse, porém ambas são diferentes entre si. A primeira pondera sobre a difusão de fatos e notícias, enquanto a segunda se preocupa em garantir que cada cidadão possa argumentar livremente sobre suas opiniões e juízos de valor. Para a melhor positivação dos direitos relacionados a cada um, é muito importante que se faça esta distinção, assim podemos especificar a conduta tutelada.

Dessa liberdade, traçamos uma tricotomia de direitos que nos ajuda a entendermo-los: o de informar; de ser informado; e o de informar-se.

O direito de **informar** consiste na possibilidade jurídica de transmitir fatos, notícias e até mesmo opiniões.

O direito de **ser informado** é liberdade de receber informações verdadeiras, contínuas e sem qualquer impedimento.

O direito de **se informar** assegura meios para que o indivíduo possa buscar informações necessárias para sua pretensão.

A imprensa é o principal veículo da difusão de informações em grande escala, por esta razão há o direito a Liberdade de Imprensa, atualmente, com o seu objeto ampliado devido as inovações tecnológicas da comunicação. O nome imprensa, antes era ligado aos jornais e meios de comunicação impressos, hoje, seu objeto principal é o de divulgar informações ao público, independente de qual meio de comunicação usado, podendo ser rádio, televisão, internet e qualquer outro meio hábil. Também se usa o termo mídia.

É consensual que a liberdade de informação é ligada a liberdade de expressão, ou até mesmo que a segunda dá origem a primeira, porque quando a informação é divulgada, muitas vezes ela vem moldada à personalidade do informante. Pode conter traços de sua opinião, mas também há aqueles que têm a função de divulgar sua opinião explicitamente, como é o exemplo dos jornalistas comentaristas, colunistas e críticos, bem como, nos dias atuais, os blogueiros.

Esta liberdade, num estado democrático, se faz fundamental, porque pode ser usada para controlar as movimentações dos políticos através da mídia, assim como divulgar ideologias para a criação de partidos opositores. Esta é a essência da democracia, o poder do povo de deliberar livremente conforme suas convicções filosóficas ou políticas. A liberdade de imprensa nos deixa a par desses acontecimentos, não deixando o povo distante daqueles que detém o poder.

Enfim, a liberdade de informação nos permite reunir informação para a construção de um pensamento, publicar esse pensamento para atrair apoiadores, bem como dá ao povo o poder de fiscalizar e acompanhar o exercício do poder estatal.

2.3 – Posição constitucional

A Carta Magna de 1988 veio para acabar com o resto do sentimento de opressão política herdado da ditadura militar, vivida no Brasil nas décadas de 60 a 80. A nobre Constituição assegura em seu artigo 5º, inciso IV, a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato. Medida para impedir que divulgações ofensivas venham a público sem ter conhecimento de quem se deve punir. Embora o dispositivo constitucional vede o anonimato, a delação anônima é um importante instrumento para a apuração de fatos criminosos.

O inciso V do mesmo artigo pondera sobre o direito de resposta, dentro dos limites legais, proporcional ao agravo, além das cabíveis indenizações.

Destaca-se que esse direito também tutela as minorias, como visto na decisão unânime do STF em 15.06.2011, por 8x0 no julgamento da ADPF 187, que reconheceu a legitimidade da “marcha da maconha”. Conforme o entendimento, a mera proposta de descriminalização da droga não enseja em apologia ao uso, mas sim um exercício do direito de manifestação do pensamento e de reunir-se em locais públicos nos padrões legais, contendo uma simples proposta abolicionista do tipo legal.

Discorrendo um pouco mais a cerca das liberdades, o artigo 5º, VI a VIII também é direito da pessoa humana a livre convicção religiosa, podendo se reunir livremente para a realização de cultos e cerimônias religiosas, podendo até, tais cerimônias, ter efeitos civis, como o

casamento. Porém, é vedada a prática do curandeirismo, considerado crime contra a saúde pública.

É livre o exercício da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sob pena de indenização caso o indivíduo sofra restrição. Esse direito expresso no artigo 5º, incisos IX e X, procura garantir a expressão destas atividades vedando-se a censura de natureza política, ideológica ou artística. Mas é dever do estado regular tais atividades, para bem atender o interesse público, aplicando categorias de faixas etárias não recomendadas e determinando lugares e horários de funcionamento.

Finalmente, a CF/88 em seu 5º, inciso XIV dispõe que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Vemos aqui mais uma exceção ao anonimato, posto para garantir a liberdade profissional. No entanto, nos importa saber que a liberdade de informação é direito fundamental no estado democrático de direito, além das outras já mencionadas. Como já discorrido, a liberdade de expressão e informação é que movimenta a máquina democrática, incluindo o povo na esfera política, para que, deste modo, possa formar sua convicção, matutar sobre a situação de sua nação e praticar as condutas necessárias para bem melhorá-lo.

2.4 – Influência dos meios de comunicação em massa

O Quarto Poder, filme de 1997, estrelado por Dustin Hoffman e John Travolta, conta uma história de um ex-segurança (Travolta) de museu que, desesperado, retorna ao local para pedir seu emprego de volta, contudo, ele leva uma arma e acidentalmente dispara contra um dos funcionários do museu. O ex-segurança entra em pânico e faz vários reféns no local. Um repórter (Hoffman) que ali estava, chama a imprensa e tenta convencer o ex-segurança a lhe dar uma entrevista exclusiva, em troca de transmitir sua história triste para que lhe seja concedido uma segunda chance. Porém as matérias feitas pelo repórter são manipuladas pela equipe externa e o ex-segurança figurou como um monstro de uma cobertura de nível nacional. O motivo dessa manipulação foi que a história com o ‘cara malvado’ teria bem mais repercussão. Com o desenrolar dos fatos, o ex-segurança acaba cometendo suicídio por ver que se tornou uma espécie de inimigo público. O título do filme já sugere o poder da mídia de

influenciar a sociedade, nos fazendo referencia aos poderes que comandam nossa nação – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Este sucinto resumo do filme é suficiente para introduzir este subtítulo, que por sua vez é um dos mais importantes do trabalho, pois aqui devo transmitir a mensagem do quão grande é o poder influenciador dos meios de comunicação de massa. As inovações tecnológicas sempre aprimoraram o raio de cobertura das empresas de comunicação e divulgação de notícias, como os jornais e programas televisivos. Muitos mais com o surgimento da *Internet*. O capitalismo transformou-os em uma maquina de fazer dinheiro, fazendo com que empresas possam ter sua marca cada vez mais visada. Assim surgiram as grandes corporações e as empresas midiáticas ganharam cada vez mais poder.

Como já dito, o apogeu do Iluminismo inspirou várias reformas políticas que serviram de alicerce para o sistema político contemporâneo. Montesquieu publicou obras que continham bases de ciências sociais e econômicas que inspiraram a Constituição Francesa de 1791 e Espanhola de 1812. O Contrato Social de Rousseau inspirou os protagonistas da Revolução Francesa, além de ter feito obras que modificaram o pensamento pedagógico da época. A liberdade de expressão e imprensa permite isso, fazendo que não só notícias sejam difundidas, mas também ideologias e reflexões visionárias.

Detalhes do cotidiano individual também são influenciados pela mídia. Hoje é normal convidarmos algum amigo para tomar uma Coca-Cola e não um refrigerante. Resultado da quantidade de informações que absorvemos com o nome da marca. Ademais, também é normal que as pessoas imitem movimentos e modas que observaram em um canal de televisão ou site da *internet*. Pesquisas feitas no Brasil e em outros países mostram que a população se preocupa menos com a criminalidade quando ela é menos divulgada. Tudo isso é a influencia do bombardeamento de informações que estamos sujeitos todos os dias e que nos faz mudar o foco das preocupações populares.

Esta influencia além de penetrar nas condutas rotineiras do cidadão, também penetra no âmbito jurídico. Ora, será mesmo que o júri do caso “Eloá” estava imparcial, depois de ver toda a cobertura envolvendo o caso. O mesmo digo da Juíza. O mérito aqui não tentar chegar a uma acusação ou absolvição, mas sim analisar a suposta imparcialidade, mesmo com todas as notícias e o sensacionalismo escancarados nos olhos e ouvidos de todo cidadão.

É crucial mencionar o caso “Escola Base” de uma escola homônima em Bauru, interior de São Paulo. Os donos da escola, funcionários e um casal de pais, foram acusados de abusar sexualmente de crianças, usando como local dos abusos, a casa dos referidos pais. O delegado que cuidava do caso, irresponsavelmente forneceu informações para a imprensa que divulgou o ocorrido de maneira exaustiva, sempre com novas informações, que por vezes, nem constavam no inquérito. Tudo resultou em ameaças de morte para com os envolvidos, depredação e fechamento da escola. O inquérito policial foi arquivado por falta de provas e isso não foi tão divulgado quanto. A vida social dos envolvidos ficou comprometida por um bom tempo.

O Brasil viu um dos candidatos a Presidência da República, Eduardo Campos, sofrer um acidente fatal em 2014. Logo sua candidata substituta, Marina Silva, ganhou espaço na mídia, e por muitas vezes foi apontada como futura Presidente. E também por muitas vezes, esse ápice, não atingido nem pelo antigo candidato, foi apontado como consequência da tragédia. Tudo devido a gigantesca cobertura sobre o acidente fatal do ex-candidato e sobre como era um homem de família e bom político. Sim, é muito provável que a emocionante cobertura sobre seu acidente possa ter alavancado sua substituta nas pesquisas da corrida presidencial. Se for esta a verdade, temos em mãos um caso de alguém que se favoreceu do poder da mídia, mas também foi vítima dela. Certas controvérsias da candidata tomaram equivalentes proporções e fizeram com que sua candidatura terminasse já no primeiro turno.

A necessidade de vender informações hoje é o grande pecado da mídia. Ao tentar reunir uma massa de espectadores, as notícias podem passar por um processo de modelação se tornando mais atraente ao público. É isso que leva programas televisivos ressuscitarem casos que podem trazer grandes pesares aos envolvidos, mesmo que condenados por aquilo ou não. Os meios de comunicação são de fácil acesso e constantes. A necessidade de audiência faz com que as informações sejam compromissadas a certa finalidade, seja ela financeira ou até política.

2.5 – Restrições à liberdade de informação.

Justamente por essa grande influencia que a imprensa possui nada mais sensato que estabelecer certos limites para que essa liberdade não se transforme em libertinagem.

Contudo, não estamos falando de censura, que corresponde a um ato arbitrário, mas apenas limites que forçam a mídia a exercer sua liberdade de maneira que cumpra sua função social.

Qualquer que seja o meio de comunicação é dever fazer que a verdade prevaleça acima de tudo. Para isso o comunicador ou jornalista deve abster-se de todo tipo de distorção da realidade. Ainda, deve ter preferência na divulgação pública, notícias de interesse público e não de interesse do público, pois, esta última pode ser relacionada a fatos da intimidade da pessoa em assunto, que não tem cunho social e viola sua intimidade.

O Código de Ética dos jornalistas FENAJ (Federação Nacional dos Jornalistas) contém dispositivos que obrigam os comunicadores a agirem de acordo as diretrizes disciplinadas:

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários e/ou diretores ou da natureza econômica de suas empresas;

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

[...]

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

Art. 7º O jornalista não pode:

[...]

II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

Art. 12. O jornalista deve:

[...]

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;

O jornalista deve manter sua independência, afastando influências externas ou internas que possam corromper a verdade, além de garantir a imparcialidade quando se tratar de informação que presuma esta característica. É corriqueiro o interesse em vender notícia, adaptando-a muitas vezes para atrair espectadores e lucrar com publicidade.

Vale mencionar Bucci (2009, p.106): "a informação é um direito assim como a educação e a saúde. É um direito tão importante quanto aos demais, um direito de todos, que independe das inclinações ideológicas de cada um". É direito de todo cidadão receber uma informação veraz, e imparcial quando solicitado, para que não aja erroneamente em suas pretensões individuais ou coletivas. Este trabalho mesmo não seria viável se toda informação a respeito deste tema fosse suspeita, porque não é somente o jornalista que deve honrar com essa responsabilidade, mas todo comunicador, seja ele radialista ou professor.

A liberdade de imprensa, ou de informar, deve ser exercida com responsabilidade e consciência para afastar os atos de má-fé que possam deturpar a verdade, evitando desonrar aqueles que são o alvo do assunto. Claro que, é preciso discernir quando a notícia vem com falta de elementos, ou imprecisa, podendo transparecer vários contextos, unicamente devido ao difícil acesso a esta informação, ou, insuficiência de tempo, para que o fato seja corretamente completado com dados necessários para a real interpretação. O vedado é publicar a informar contradizendo os dados já adquiridos, tanto quanto forjar elementos para construir uma história fictícia noticiando-a como verídica.

3 – Da Dignidade da Pessoa Humana: Os Direitos de Personalidade

3.1 – Evolução histórica

A Revolução Francesa, como já mencionado, é o marco jurídico dos direitos fundamentais humanos junto com o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, nas palavras de José Afonso da Silva, é o “documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos do século passado e deste”.³

As Constituições que surgiram sob a influência desta Declaração trataram de apresentar formas de controle estatal, como também, aprimorar a tutela dos direitos fundamentais com o intuito de garantir os direitos de personalidade, ocorrendo uma maior efetivação destes nas constituições da Espanha em 1812, Portugal em 1822, Bélgica em 1831 e na Declaração Francesa de 1848.

Os direitos humanos adquiridos até esse ponto da história ainda não eram ideais, devido ao seu individualismo extremo. Classes, como as de trabalhadores, ainda sofriam constantes explorações. A Constituição Mexicana de 1917 tratou de mudar esta imagem, tratando de direitos sociais com a mesma importância dos direitos individuais, sendo seguida pela Constituição de Weimar de 1919, assim, cresce no mundo uma consciência de que os direitos humanos também devem ter uma dimensão social.

Finalmente, após todo o ocorrido durante as duas Guerras Mundiais, de notícias e testemunhos das torturas e todos os tipos de violências sofridas por civis de países envolvidos diretamente nos confrontos, nasce em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que decretou a máxima efetivação desses direitos em escala mundial. O homem, então, tem direito a boas condições trabalhistas, bem como, à saúde, integridade física,

³ SILVA, José Afonso. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 13º Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pg. 157.

liberdade, entre outros, criando um rol que dá sentido ao que chamamos de dignidade da pessoa humana.

Esses são direitos existenciais, naturais do homem, que, apenas por existirem, tem garantido certos direitos que são necessários a humanidade. O processo foi lento, e árduo, na medida em que, a partir do sofrimento, do incomodo, o povo começou as reivindicações.

Não se tem exatas informações de quando começou a tutela dos direitos de personalidade, apenas fontes de onde retiramos as primeiras notáveis publicações e decisões, resultando em torná-los relevantes juridicamente. O rol dos direitos da dignidade da pessoa humana então se torna mais amplo.

Começando pela intimidade e privacidade, a preocupação com este sentimento nasceu junto com a burguesia e foi aprimorada pelo movimento Iluminista. O antropocentrismo deste movimento fez com que os pensadores e seguidores se preocupassem mais com a personalidade do homem e sua construção. Era certo que, a grande intervenção do Estado nas relações e condutas prejudicava o homem, passando a torná-lo apenas uma peça funcional na sociedade. Cresce, juntamente, o respeito à privacidade alheia, e no século XIX esse fator é reconhecido como essencial para o desenvolvimento da personalidade.

Muitos autores, e renomadas fontes, como a Revista dos Tribunais, edição 2000, apontam um estudo realizado nos Estados Unidos, em 1890, pelos advogados Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren, como marco a tutela da intimidade e vida privada. O artigo intitulado “*The right to privacy / The implicit made explicit*”, refletiu em diversos ordenamentos jurídicos e foi gradualmente inserido na jurisprudência, a fim de proteger a intimidade privada. A discussão central do referido artigo, envolve a publicação indesejada da lista de convidados do casamento da filha de Warren, por um jornal de Boston. O artigo protesta pelo direito pessoal de “ser deixado só”, com seus pertences e interesses particulares. O trabalho pioneiro de Warren e Brandeis agitou a doutrina, possibilitando o pedido de reparação de danos a quem violasse sua intimidade, a fim de ser compensado pelo constrangimento.

O progresso tecnológico força o sistema jurídico a se atualizar constantemente para impedir novas formas de violações. A recente lei 12.737 de 2012, chamada lei “Carolina Dieckmann” penaliza aqueles que invadem sistemas e aparelhos eletrônicos de terceiros para a obtenção de dados. O novo tipo penal surgiu das ações pleiteadas por pessoas famosas que tiveram fotografias íntimas publicadas na *web*. Vale mencionar ainda, a mais recente lei 12.965 de

2014, chamada Marco Civil da Internet, que positivou proteções aos internautas e de seus dados registrados em sítios da *internet*, assim como transações digitais, criando não somente direitos como também obrigações.

Pode-se dizer, que a preocupação com a honra surgiu no tempo do império Romano, como os primeiros direitos de personalidade, tempo em que esta possuía uma concepção não tão aperfeiçoada. Por muito tempo a honra foi condição indelével da vida e da convivência social.

Desde esta época, existe a ação de injúria, ou *actio injuriarum*, que num importante papel social, protegeu a honra dos romanos ofendidos, e ajudou a construir uma doutrina sólida de defesa da honra do indivíduo. Com a clara influencia Cristã, os direitos de personalidade passaram a representar um papel central do direito.

Com a evolução da civilização, a honra passou a ganhar cada vez mais importância, chegando a se tornar um direito maior que a própria vida. Mesmo no Brasil, era comum a expressão “legítima defesa da honra”, onde homens a usavam de pretexto para matar seu semelhante. Mulheres, quando não tinham o mesmo direito que os homens, acabam mortas pelos próprios cônjuges, que às vezes saíam impunes usando o adultério como justificativa, de que foram desonrados. Na legislação, nunca houve expressamente uma excludente de ilicitude por defesa da honra, e após anos de discussão e controvérsia, o direito a vida voltou a ser mais valorizado juridicamente.

A principal influencia da honra nas constituições e códigos, primeiramente foi criminalizar a prática da injúria, difamação e calúnia. Posteriormente, também se falava em reparação civil na medida da ofensa. Este legado da honra para o sistema jurídico permanece e foi aperfeiçoado. No Código Penal Brasileiro vigente, há o capítulo dos “Crimes Contra a Honra”, e quanto a responsabilidade civil no Brasil, o que mais se busca é a indenização em forma de reparação. É reconhecido na jurisprudência e doutrina, que a ofensa à honra de alguém, tem o poder de gerar danos morais e psíquicos.

Por fim, a imagem. Há muito tempo que o homem se interessa pela imagem. Museus são prova da antiga arte de copiar a personalidade física de pessoas ilustres, ou de modelos com traços esculturais e beleza consensual, bem como deuses e personagens mitológicos. A obra de arte mais famosa do mundo é o quadro de Monalisa, retrato em tela pintado por Da Vinci. Hoje, certamente a mulher que posou para o quadro ganharia milhões em direitos de imagem.

É este interesse publicitário que deu grande importância para o direito de imagem. E como objeto de grande importância e valoração, é alvo constante de violações e objeto de inúmeras lides. A invenção da fotografia foi revolucionária para as técnicas de difusão de imagem, em meados do século XIX. Autores costumam apontar que as primeiras decisões a resolver sobre a questão vêm da mesma época.

A mais ilustre, é o caso “Rachel”, no Tribunal Civil de Sena, em 1858, mesmo lugar que proferiu vários julgamentos sobre o tema. Nesta ocasião, a famosa intérprete de teatro clássico Elisa Felix, com pseudônimo Rachel, teve suas imagens capturadas em seu próprio funeral, e depois vendidas por meio da imprensa. A família da atriz recorreu à justiça, reclamando que a exploração da imagem da falecida necessitava de sua autorização. O tribunal Francês acatou o pedido da família e determinou que toda imagem capturada em funerais precisavam da autorização da família para a exploração.⁴

Tal decisão foi um marco, que deu início ao que chamamos de proteção da imagem. As decisões futuras trataram de ampliar a cobertura deste direito. Hoje, direito de imagem é um assunto delicado a se tratar, envolto de muitas polêmicas. Em contrapartida, se tornou um negócio muito lucrativo para pessoas famosas. Jogadores de futebol recebem parte de seu pagamento em *royalties* de imagem, vendido ao clube e marcas esportivas.

3.2 – Conceitos

O **direito a personalidade**, tem um conceito jurídico fundamentado na identidade da pessoa. Orlando Gomes diz que, “a personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias, nas condições de sua atividade jurídica e, nos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente”.⁵

O artigo 1º do Código Civil dá capacidade civil a toda pessoa, e artigo seguinte dispõe que a personalidade civil começa ao nascer, porém, protege os direitos desde o nascituro. Cumpre,

⁴ ARAÚJO, José Laércio. “Intimidade, Vida Privada e Direito Penal”. São Paulo: WVC Editora, pg. 21.

⁵ GOMES, Orlando. “Introdução ao Direito Civil”. 13ª ed., Rio de Janeiro-RJ, Editora Forense, 1999. pg. 141.

primeiramente, diferenciar capacidade de personalidade. A primeira é relativa, limitando ou não o poder de criar relações jurídicas civis, enquanto que a segunda é absoluta, ou existe ou não. O menor de 16 anos tem personalidade jurídica para, requer em juízo danos morais por ofensa de sua honra, porém, tem a necessidade de estar representado por uma pessoa que tem capacidade plena. Segundo o Código Civil, o menor de 16 anos é absolutamente incapaz de realizar atos da vida civil.

Para defender seus direitos, provocando o judiciário a lhe fornecer os meios de necessários, basta ter a personalidade, porque a incapacidade pode ser suprida. Somente os humanos tem personalidade, e de acordo com a jurisprudência, também os ainda não nascidos, mas já concebidos. A doutrina ainda não se pacificou totalmente sobre o assunto, contudo, temos uma corrente majoritária, a natalista.

A corrente natalista acredita que o nascituro é apenas uma expectativa de vida, adquirindo personalidade ao nascer, no entanto, por ser justamente uma expectativa, é reconhecida a proteção no que for proveitoso. Dentre os adeptos desta corrente está Silvio Rodrigues (2007, p.36), que alude: “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.

Aquele que se viu impossibilitado de viver dignamente, pelos abusos cometidos por terceiros, pelo menos desde seu nascimento, tem o direito de requerer proteção frente à máquina jurídica, frisando ser *erga omnes*. Embora haja inúmeras formas de se violar os direitos de personalidade, há três bens naturais de suma importância, que mais movimentam o sistema em busca de compensação pelas violações, que é a intimidade, a honra e a imagem, que serão agora conceituados.

3.2.1 Da intimidade e privacidade

Por uma análise etimológica, intimidade vem do latim *intimus*, que significa aquilo que é está oculto, dentro, nas entranhas. Assim já temos uma noção do que se trata este direito.

Para o olhar jurídico, assim define José Afonso da Silva, citando Ariel Dotti, que direito a intimidade é uma esfera secreta, e sobre esta, tem o poder legal de evitar investidas de terceiros ⁶. Para Gilberto Haddad Jabur, *apud* Maria Helena Diniz, intimidade é “zona espiritual reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, constituindo um direito da personalidade, daí o interesse jurídico pelo respeito à esfera privada”. ⁷

José Laércio Araújo, de forma clara ensina:

O direito a intimidade é direito subjetivo privado porque confere às pessoas um poder perante seus semelhantes de resguardar -se de intromissões e de publicidade, na esfera mais reservada da existência, como também a faculdade de fazer concessões nesse terreno. ⁸

Sendo um direito que é ligado aos mais estreitos sentimentos do homem, é certo que se trata de um direito natural, toda pessoa tem aquilo que é considerado íntimo. É presa na alma humana, assim, é inadmissível alegar que possa ser objeto de alienação algo tão essencial.

O direito a intimidade está entre aqueles da dignidade da pessoa humana. É um direito que deve ter exercido ao todo, e é para todos. Não pode haver um mérito que dá autorização a exercê-lo, pois é natural, nasce junto do homem. Está incluído na liberdade de ter uma própria intimidade, e não ser esta maculada por arbítrio de terceiros, bem como ser acessada tão somente pela própria pessoa.

Já a privacidade, possui uma esfera mais ampla, engloba a intimidade e não deve ser conhecido se o titular não o quiser. Vem do latim *privatus*, que significa particular, próprio. Diz respeito ao que é apenas do interesse do indivíduo, ou de sua família, e afasta a sua publicidade dessas condutas ou relações. A privacidade deve ser um campo onde a pessoa possa explorar sua personalidade sem a intervenção de terceiros, ou sem que estes possam dela conhecer sem consentimento, sendo somente permitida alguma investida, caso haja concordância do titular.

⁶ SILVA, José Afonso. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. São Paulo: Malheiros, 13º ed., 1997, pg. 204.

⁷ JABUR, Gilberto Haddad. “*Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pg. 258.

⁸ ARAÚJO, José Laércio. *op. cit.*, p. 49.

José Afonso da Silva conceitua vida privada como:

O conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.⁹

Essas informações podem versar sobre contas a pagar, viagens, objetos pessoais, imagens, planejamentos, segredos, hábitos entre outros do tipo. A intimidade, estando em uma lugar mais “sagrado” abrange coisas como partes do corpo, pensamento, lembranças pessoais, bens e coisas que não pode não partilha nem com a família, pois diz respeito somente ao indivíduo.

3.2.2 Da honra

Também do latim, honra é a tradução de *honor, honoris*, que significa virtude, reputação, dignidade. É sempre sensível definir a honra, por se algo tão subjetivo. Cada um pode ter uma concepção diferente sobre ser honrado. Porém, o núcleo sempre é o mesmo, é aí que se baseia a doutrina para conceituá-lo de forma a permitir a criação de uma tutela jurisdicional.

Primeiro, analisemos as felizes palavras de Antonio Chaves “a honra – sentenciou Ariosto – está acima da vida. E a vida – pregou Vieira – é um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe dá de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escritas nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser mortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar”.¹⁰

⁹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 202.

¹⁰ Antonio Chaves no prefácio de Aparecida Amarante, *A responsabilidade civil por dano à honra*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2001.

Honra é toda característica pessoal considerada virtuosa, seja ela física, psíquica ou espiritual, que tem o condão de dar ao indivíduo boa reputação social e viver dignamente. Para o sistema penal, é comum a doutrina distinguir a honra em “objetiva” e “subjéctiva”, para facilitar o emprego do tipo penal adequado, já que foi tipificado o crime de difamação, injúria e calúnia. A ofensa a honra objetiva pode acarretar nos crimes de difamação e calúnia, fazendo um juízo social negativo dos atributos e condutas da vítima. Já a injúria, caracterizada pela ofensa a honra subjéctiva, se caracteriza pelo juízo negativo dos atributos e condutas pessoais da pessoa.

Para este trabalho, claramente civilista, é irrelevante esta distinção, até mesmo por falta de fundamentos, visto que a honra é um bem único, individual e íntimo, que tem o condão de trazer integridade, felicidade e realização pessoal. A principal preocupação que devemos captar é, que toda ofensa a esse bem deve acarretar em uma sanção civil.

Ressalta-se que a honra é bem indisponível, por sua natureza. É impossível ser objeto alienação por estar inserida na personalidade humana.

3.2.3 Da imagem

A imagem da pessoa é disponível, mas o direito de dispor dela é intransmissível. Também originada do latim *imago*, que significa representação, e de *imitari*, que por sua vez é copiar, tornar semelhante. Imagem é a captura em representação dos traços físicos de uma pessoa, por isso seu direito de dispor é irrenunciável e intransmissível. O indivíduo não pode alienar seu corpo físico, transmitir sua personalidade corporal a outra pessoa, nasce com ele e morre com ele, porém é permitida a autorização, vindo da própria pessoa, para que alguém explore sua feição através da imagem.

Consagrada na Constituição em seu artigo 5º, incisos X e XXIII, alínea ‘a’, o direito de imagem evolução no Brasil com forte influência do STF, duas decisões foram fundamentais para solidificar a doutrina e jurisprudência:

De 1982 - relator Ministro Rafael Mayer: Direito à imagem. Fotografia. Publicidade Comercial. Indenização. A divulgação da imagem da pessoa, sem o seu

consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação.¹¹

De 1982 - relator Ministro Djaci Falcão: Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo.¹²

Há uma importante discussão entre doutrinadores sobre o conteúdo a ser tutelado, originando uma considerável posição de Pontes de Miranda, que, "o direito à própria imagem não compreende só a fotografia e a televisão; também o molde e a voz" (pag. 63). Mas, tal posição encontrou um forte aliado no voto vencedor do Desembarcador Fernanda Whitaker, relator do acórdão de 5.12.95 proferido na apelação cível 3693/75, por maioria de votos da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, discursando que a imagem "não tem sentido meramente físico, abrangendo, igualmente, o perfil subjetivo e psicológico".

O estudo e desenvolvimento jurídico da imagem nos fazem abordar também os direitos do autor, ou seja, aquele quem captou a imagem, por exemplo, o fotógrafo. É pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência que as imagens divulgadas sob o contexto jornalístico, noticioso, casos mais presentes em reportagens dos veículos de imprensa, não necessitam da autorização do retratado, como acontece geralmente com personalidade famosas e os que o acompanham, como destaca Antonio Chaves: "quando um cidadão comparece em público em companhia de personagem célebre. Sofrendo este, pela sua notoriedade, uma limitação do seu direito à imagem, é lógico que aquele, conhecedor dessa popularidade, aceite as consequências que possam decorrer da sua pessoa".¹³

Ressalta-se, que, é apenas limitado o direito de imagem do retratado, quando sua imagem é divulgada em uma informação que tenha natureza jornalística, noticiosa, que sua matéria seja de interesse público. Caso as razões sejam publicitárias, a exposição sem autorização do retratado caracteriza abuso do direito do imagem, sujeito a indenizações entre outras medidas cabíveis e convenientes.

¹¹ Ementa. Acórdão de 10.09.1982. 1º Turma do STF, votação unânime, RE no. 95.872.

¹² Ementa. Acórdão de 02.10.1982. 1º Turma do STF, votação unânime, RE no. 91.328.

¹³ Antonio Chaves, *op. cit.*, págs. 540 a 545.

3.3 – Limites constitucionais aos direitos fundamentais

A nossa Constituição Federal de 1988, enquadra os direitos de personalidade, como os dissertados neste trabalho, no título dos direitos fundamentais. E realmente o são, se considerarmos sua importância e o contexto histórico. Os direitos fundamentais são aqueles básicos para a sociedade, conquistados historicamente para manter uma relação de paz social e individual.

Apesar de serem básicos, fundamentais, e de diversas vezes terem aplicabilidade imediata, não são absolutos. Nenhum direito o é. A grande e comum possibilidade de conflitos entre normas fundamentais traz a sua relativização. É equívoco mencionar qual direito deve prevalecer sobre o outro sem os submeter a uma necessidade de sempre analisá-los no caso concreto. Se fossem absolutos poderiam ser usados de forma arbitrária e também para praticar ilicitudes.

Além da colisão de direitos, existem os limites iminentes dos direitos fundamentais, que segundo Vieira de Andrade, “são limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objeto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, na parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa”.¹⁴

Esses limites não se confundem com a colisão de direitos, pois podem estar previstos na própria norma que os consagra, ou, estarem implícitos, sem precisar discutir o direito a que se fere.

Exemplo, a CF/88 em seu artigo 5º, inciso XI diz que a casa é asilo inviolável, exceto no caso de flagrante delito. Nota-se, que, não é preciso invocar o princípio do interesse público, neste caso, já está expresso na própria constituição. Outro exemplo é o inciso XXVIII do mesmo artigo, alínea “a”, que disciplina que os direitos de reprodução de imagem podem ser explorados “nos termos da lei”, ou seja, é possível que a lei infraconstitucional limite seu uso em certos aspectos. Agora casos que não são expressos, porém são implícitos, como o da

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. “*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”. Coimbra, 1987, p. 215.

“legítima defesa da honra”, que hoje já não causa mais controvérsias. É implícito que ninguém pode matar em defesa da honra, nem cometer qualquer outro ilícito.

Por sua vez, os limites criados por colisões de direitos, por de ser exemplificado pela ADI 4815 recém julgada pelo STF que, por unanimidade, afastou a exigência prévia de autorização para biografias. A Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) aduziu que os artigos 20 e 21 do Código Civil estariam incompatíveis com o direito fundamental da liberdade e expressão e informação. A relatora Ministra Cármen Lúcia ressaltou que “não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição”. Mas ainda destacou que toda e qualquer abusividade contra os direitos de personalidade são passíveis de indenização. O Ministro Luiz Fux destacou que a pessoa que é biografada já adquiriu uma certa notoriedade pública, reduzindo consequentemente sua privacidade. Cabe mencionar ainda a fala do Ministro Dias Toffoli: “Há a possibilidade, sim, de intervenção judicial no que diz respeito aos abusos, às inverdades manifestadas, aos prejuízos que ocorram a uma dada pessoa”.

Eis um caso claro de limitação dos direitos fundamentais por colisão, onde, a liberdade de expressão e informação de um lado e os direitos de personalidade causam limitações recíprocas. Como visto, não é mais preciso autorização prévia para biografias, porém estas não podem ter conteúdo que possam violar os direitos de personalidade do biografado.

Há uma teoria chamada limites dos limites aos direitos fundamentais, onde temos uma restrição do quanto se pode limitar o direito fundamental. Pondera-se uma questão de razoabilidade e proporcionalidade que permitem a limitação, mas sem ser injusto, respeitando e essência do direito. O Ministro Gilmar Mendes leciona, citando Konrad Hesse, que “a proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (MENDES, 2008. P. 316).

Encontra-se mais uma proteção aos atos arbitrários, disciplinando que, embora se possa restringir a aplicabilidade dos direitos fundamentais, é dever fazê-lo de modo razoável e proporcional, respeitando todo o contexto histórico e motivador que o construiu, pois é nada menos, que um direito fundamental da vida digna humana.

3.4 – Preservação a Dignidade da Pessoa Humana.

A função mais evidente dos direitos de personalidade é procurar proteger a dignidade da pessoa humana. Esse é o principal argumento para que sejam declarados como direitos fundamentais. Paulo da Mota Pinto é sublime ao apontar que a “garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado”.¹⁵

De declarações humanistas, que se preocupavam com que o Estado se abstenha de violar os direitos de personalidade, hoje temos legislações com o escopo de evitar transgressões cometidas por cidadãos comuns para com seus semelhantes. Para isso, cada cidadão tem garantida sua integridade física, psíquica e moral (do aspecto social), pode-se dizer até em uma integridade política.

A Carta Magna em artigo 5º, inciso V, assegura a todos, o direito de resposta proporcional ao agravo, por ofensas materiais, morais ou a imagem, sem prejuízo da indenização cabível. Primeiramente, sobre o direito de resposta, afirma Vital Moreira que é a possibilidade de dar a sua versão em público sobre os fatos¹⁶. O direito de resposta assegura e cobra a veracidade das informações divulgadas, para que assim não cause prejuízo a terceiros, caso ocorra o contrário, tem seu garantido de dar sua versão em público. Justamente, por violar o direito de personalidade, é um direito difuso, que permite que todos aqueles que se sentiram ofendidos possam ter a oportunidade da réplica.

No Código Civil de 2002 encontramos um rol de artigos, não taxativo, que vão do 11º até o 21º, que estão enquadrados dentro do capítulo que trata especialmente dos direitos de personalidade. Estes artigos são claros, e às vezes precisos, quanto as regras de proteção. Destaca-se o artigo 12, *caput*, e 20 com as seguintes redações:

¹⁵ MOTA PINTO, Paulo, apud SARLET, Ingo Wolfgang em “*Dignidade da Pessoa Humana*”. “*O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*”. pg. 88.

¹⁶ Moreira, Vital. “*O direito de resposta na comunicação social*”. pg. 30.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (*Caput*)

...

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.

O artigo 12, destaca-se por ser uma regra geral a ser aplicado conjuntamente com as regras específicas, prevendo e confirmando um instrumento constitucional, e uns dos principais para a proteção ou compensação, que é a indenização. Já o artigo 20 é importante para a qualidade deste trabalho, já que, disciplina sobre informações ou imagens que podem causar desonra ou má-fama à pessoa cujo é o assunto. Nota-se que além de indenização, também pode ser dada uma sanção de proibição, evitando que as informações se tornem públicas, ou, ser decretada a retirada das que estão em circulação ou disponíveis em bancas, lojas e páginas virtuais.

A indenização, além de cumprir uma função reparatória, também pode avaliada pelo lado pedagógico. Caso a indenização não tenha esse efeito, pode ser que, para as grandes empresas, o ilícito civil seja compensador, pois sairá mais barato cometer vários ilícitos de onde tiram inúmeras vantagens, e ressarcir apenas a bagatela dos poucos que recorrem ao judiciário. Para evitar tal perversão das grandes empresas privadas, deve chegar a um valor que permita que o ofensor sinta a gravidade de não correr pelas vias legais, mas que também não a torne excessiva demais. Deve “doer”, com a finalidade de evitar que o transgressor torne a cometer ilicitudes.

No caso da ADI 4815, antes da decisão do STF sobre o mérito, o cantor Roberto Carlos teve sua primeira lide sobre o objeto com o escritor Paulo César Araújo. Diferente da recente decisão do Supremo, o cantor teve sucesso ao ver retirado das lojas todas as unidades de sua biografia “Roberto Carlos em Detalhes”. O cantor abriu mão dos valores que teria direito pela comercialização de 22 mil exemplares. Ele tinha o direito, porém não o quis por inteiro,

somente a parte a que achou por bem. Esta é a justiça se moldando para compensar o ofensor. Podemos refletir, que, desde que não vá contra os princípios legais, a formas de proteção não necessariamente precisam estar expressas, ou serem cumpridas a risca, basta apenas formular a ideal maneira de proteção, sempre ouvindo a necessidade/vontade do ofendido e agir dentro da legalidade.

Porém não só o artigo 12 trata da tutela de forma geral, há outros artigos dentre os onze mencionados que não são contidos, pois permitem que o uso da analogia aumente seu raio de efeito. Neste contexto, nos ensina Miguel Reale que “tratando-se de matéria de *per si* complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência”¹⁷.

O paragrafo único, do artigo 12, legitima em caso de pessoa morta, quem pode buscar proteção ao direito do *de cuius*. A morte cessa a personalidade jurídica, porém a família tem legitimidade para pleitear sobre os direitos de personalidade *post-mortem*. É possível que se torne proibido obras que afrontam a personalidade do morto.

Desde modo, é permitido ao judiciário adaptar os instrumentos de proteção da dignidade da pessoa humana para que se as relações retornem ao estado de equilíbrio, sempre usando da dicotomia: necessidade em reparar a violação do direito fundamental; e a razoabilidade, para que não torne a sanção imposta penosa além do ideal, somente suficiente para a eficácia das medidas de proteção. Embora o Legislativo possa se mover para regular novas formas de proteção, como o recente Marco Civil da Internet, essa possibilidade de adaptação é essencial se levarmos em conta que, cada vez mais, surgem novos meio de violação dos direitos de personalidade, nos levando a pensar, inevitavelmente, nos avanços tecnológicos.

¹⁷ REALE, Miguel. “O Projeto do Novo Código Civil”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pg. 65.

4 – Do Direito ao Esquecimento

4.1 – Contextualização e conceito

O direito ao esquecimento nasceu da colisão de direitos fundamentais, tendo, a liberdade de expressão e informação de um lado, e os direitos de personalidade do outro. Neste conflito, foi acrescentado um fator peculiar que criou a sua dinâmica, o tempo. O direito ao esquecimento trabalha em prol de um bem maior, a dignidade da pessoa humana. De tempos em que, as informações são divulgadas e acessadas de modo constante e ostensivo, a eternização destes fatos resulta em uma grave ofensa da honra, intimidade e imagem, podendo acarretar em graves transtornos morais e psíquicos, ou, fazer com que o indivíduo não possa mais conviver dignamente em sociedade.

Embora exista precedentes no século XX, o direito ao esquecimento ganhou espaço nas bancadas de discussão quando, em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o Google retirasse informações de cidadãos europeus que, eles próprios, consideraram irrelevantes, descontextualizados e inadequados. A decisão do tribunal se originou da pretensão do espanhol Mario Costeja Gonzalez, que desejava a retirada de resultados de buscas no Google vinculando seu nome a uma dívida para com o Estado que levaria sua casa à penhora. O espanhol alegou que a informação estava inadequada e inverídica.

Depois da decisão do Tribunal Europeu, o Google criou um formulário *online* que permite aos cidadãos requererem a retirada de *links* dos resultados de busca, onde contem informações de fatos pretéritos que possam lhe prejuízo. Dentre os milhares de pedidos, estão os de pessoas como: políticos, que pedem para ser esquecidos de fatos que ocorreram durante seus cargos; pedófilos, que pedem a retirada de resultados de busca informando seus crimes; e também de

médicos, que pedem para ser esquecidos de seus processos por erro. A empresa de busca afirmou avaliar cada caso, para permitir ou a não a remoção dos *links*.

No Brasil, a apresentadora Xuxa, luta na justiça para desvincular seu nome da busca por palavras como “pornografia”, “pedofilia”, tudo em razão de um filme gravado em 1982, onde atuou em uma cena de sexo com um garoto de 12 anos. Para a apresentadora, a película não tem mais relação com sua carreira artística, e lhe traz enorme constrangimento.

Os debates sobre a matéria ganharam foco no Brasil, assim, a VI Jornada de Direito Civil, publicou o enunciado 531 que inclui o direito ao esquecimento como parte da proteção da dignidade da pessoa humana, e, é a principal publicação que ampara esse direito no país, sob a seguinte 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.

O Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), em Recife (PE), definiu, em declaração para a Agência Brasil, o direito ao esquecimento como “forma de assegurar o direito à privacidade, de maneira que certas ações do passado não possam ser sempre resolvidas”. O Desembargador foi o coordenador da VI Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal.

Em outras palavras, o direito ao esquecimento, busca garantir que fatos desabonadores do passado, deixem de voltar a ser um fardo a pessoa a quem se refere. O Código Civil não menciona expressamente o termo “direito ao esquecimento”, porém, seu artigo 20, já citado, é ideal para embasar a tese do autor, pois preocupa em proteger o indivíduo de informações ou publicações que afrontem seus direitos de personalidade.

A eternização dos fatos pode comprometer fortemente a vida do indivíduo, como também sua família. O enunciado nos diz que faz parte do processo de ressocialização do ex-detento,

assim uma pessoa que já pagou pelo seu crime tem o direito de, não ser mais comprometido pelo fato passado, e assim, conviver harmonicamente com a sociedade, afastando a discriminação.

Ao mesmo tempo, o enunciado diz que ninguém tem o poder de reescrever ou apagar a própria história. É razoável alguém querer de desvincular do passado, mas não apagá-lo. Isto protege os arquivos dos meios de comunicação, caso se, no futuro, a informação possa vir a ser novamente de interesse público. Tudo por que, como na parte final do enunciado, é permitido discutir a possibilidade de lembrar-se dos fatos de acordo com sua finalidade.

Assim, se alguém cometeu um crime no passado, depois de cumprido sua pena, e o ocorrido ter caído no esquecimento social, possibilitando um bem estar à pessoa, é razoável lembrar-se do mesmo para fins científicos, como este trabalho o fará, também para analisar o histórico do indivíduo em um processo, que são motivos relevantes. Não é razoável, porém, divulgar o fato em um jornal só para ter conteúdo na edição, não há justificativa neste caso que sobreponha o direito a informação ao direito a privacidade e a honra.

Por isso, é de suma importância estudar cada caso isolado, enaltecendo os pontos que podem ser aproveitados pela imprensa ou o indivíduo. Se uma pessoa política quer ser esquecida por crimes cometidos em cargo político, ou em função destes, seu direito a privacidade não é maior do que o interesse público, por exemplo. A imprensa tem todo direito de nos informar das atitudes políticas dos candidatos, e o cidadão, de acessar essa informação. Neste caso, a liberdade de imprensa limitou o direito de personalidade da pessoa. Mas, não nos cabe saber, por exemplo, as pessoas com quem o político teve relações amorosas, pela falta nexa para com o interesse do cidadão e, para preservar o direito a intimidade, a não ser que, este fato constitua crime, pois a lei estabelece que tais pessoas, para desempenhar cargos políticos, devem ter “ficha limpa” (lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010), isso sim nos interessa saber.

Difícil é pensar o mesmo de uma pessoa famosa, como um ator, ou um cantor, que provavelmente teve uma privacidade ou intimidade bastante limitada. Aí, devemos refletir sobre grau de intimidade ou privacidade contido na informação, e se o fato lhe trás constrangimento. Este ultima é o argumento usado pela apresentadora Xuxa, que alegou que o filme “Amor Estranho Amor” onde protagonizou cenas eróticas com uma criança, traz

enorme sofrimento a sua honra, pois já se passara muitos anos e o fato não condiz com sua carreira artística atual.

Não reescrever a história nos remete a pensar também nos eventos marcantes da sociedade. Pois parece incabível, por exemplo, que Francisco de Assis Pereira queira de desvincular de seus crimes cometidos em 1998, que lhe renderam o apelido de “Maníaco do Parque”, ou que, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros queira ser esquecido das agressões feitas a sua esposa Maria da Penha Maia Fernandes, que influenciou na criação da lei 11.340 de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha, que trata sobre a violência doméstica. O primeiro caso é motivado pela grande publicidade do crime, que marcou a história de nosso país, e o segundo, claramente por ter influenciado na criação de uma lei que, foi o marco na luta contra a violência doméstica. Nestes dois casos, a liberdade de informação e expressão claramente se sobrepõe aos direitos de personalidade.

É justamente por existir este conflito de direitos, estudados caso a caso, que devemos nos abster de dizer que o direito ao esquecimento é uma censura a liberdade de informação. Na verdade, é uma limitação, pois, como diz a famosa frase popular “o direito vai até onde começa o do outro”, assim, a liberdade de expressão e informação pode atuar até onde não viole os direitos de personalidade. De acordo com os exemplos, pode ser também que os direitos de personalidade possam ser limitados. Essa dinâmica claramente afasta a configuração de censura que, constitui ato arbitrário, desequilibrando as relações civis. Se nem o direito a vida é absoluto ¹⁸, porque a liberdade de expressão havia de ser? Nenhuma liberdade é absoluta, pois se fosse, viveríamos uma anarquia.

Não é certo questionar também se as informações tem prazo de validade, mas sim, se esgotou ou cumpriu sua função informativa. Como disse o Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, retro citado, devemos esquecer os fatos para estes “não possam ser sempre resolvidas”. Se alguém que já pagou pelo seu crime, teve seu nome retirado dos antecedentes criminais, mudou de vida, constituiu família, arrumou emprego, é justo que ele e sua família sofram represálias devido a volta do passado, que já foi resolvido, ou seja, já pagou o que devia a sociedade? Claramente não. Devemos refletir que, fatos que talvez nunca foram publicados, fazem parte de um passado “morto”, ou seja, não mais condiz com a

¹⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, “LXVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”.

realidade, e que também caiu no esquecimento, não pode ressurgir sem motivos relevantes, porque só trariam consequências negativas.

Se um médico foi condenado por erro em sua função, e depois de muito tempo este fato caiu no esquecimento, também pelo motivo de nunca mais ter voltado a errar, não é justo que seu passado lhe persiga. Já foi paga a “dívida” para com a sociedade, o assunto já foi resolvido, já foi cumprida a função informativa a cerca do assunto, além do autor não ter repetido o ocorrido.

Haja vista, que estas orientações traçadas a partir do enunciado não são absolutas, pois cada caso possui sua peculiaridade, inclinando-se a possibilidade de decisões diversas. Presume-se somente que, as informações sobre estes fatos, por mais verdadeiras que sejam, não podem vir a público se não forem mais relevantes para a sociedade, nem quando só sustentarem uma grave carga negativa a pessoa cujo é parte no assunto. Com isso, preserva-se a possibilidade da pessoa continuar e desenvolver sua vida com dignidade. Cabe lembrar que, a limitação de um direito por outro não pode resultar em grave desproporcionalidade, há um limite à limitação, as decisões devem seguir a linha do razoável e da justiça, visto que a liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade são, igualmente, preceitos fundamentais impostos pela mesma Constituição Federal de 1988.

4.2 – Direito Comparado

A possível primeira decisão a declarar o direito ao esquecimento, vem do caso *Melvin vs Reid*, foi proferida no Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1931. Neste caso, Gabrielle Darley que havia se prostituído e sido acusada e assassinado, anos depois constituiu família, se casando com Bernard Melvin, abandonado totalmente sua vida passada. Anos mais tarde, Doroty Davenport Reid produziu um filme chamado “*Red Kimono*” que retratava a vida passada de Darley, com representação de detalhes promíscuos da vida de prostituta. Melvin entrou com uma ação de reparação de danos, e proibição do filme, alegando que a película desrespeitava a privacidade da sua esposa e causava forte constrangimento a sua família. O tribunal aceitou a pretensão do autor, fundamentando que Darley e sua família, tem o direito de serem felizes sem que os fatos do passado dela se tornem públicos, resultando em fortes

constrangimentos a sua reputação, mantendo os detalhes de sua vida pregressa secretos, se assim o desejar.

Para a corte americana, o direito ao esquecimento é conhecido como “*the right to be let alone*” (direito de ser deixado só), que fazem parte do direito a privacidade, ou, “*right to privacy*”¹⁹. A Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece uma forte amplitude da liberdade de imprensa. É evidente quando analisamos o caso *New York Times v. United States*, onde o governo dos Estados Unidos tentou proibir que o jornal *NYT* publicasse informações sobre suas atividades militares na guerra do Vietnã, alegando buscar proteção a segurança nacional. A Suprema Corte argumentou que ameaças genéricas à segurança nacional não são suficientes para limitar a liberdade de imprensa. Foi decidido que, apenas informações que põem em risco a vida dos militares em campo de guerra poderia impor restrição em sua publicação.²⁰

Ainda no século XX, agora na Alemanha, o caso “*Lebach*” provocou polêmica e contribuiu para um direcionamento nas decisões sobre o conflito liberdade de informação contra direito a privacidade ou intimidade. No distrito alemão de *Lebach*, em 1969, quatro militares, que guardavam um depósito de armas e munição, foram assassinados por indivíduos que queriam assaltar o local. Dois dos criminosos pegaram prisão perpétua, o terceiro foi condenado a seis anos de reclusão. Anos mais tarde, o terceiro elemento estava prestes a ser solto quando tomou conhecimento de que uma famosa emissora de TV alemã, a ZDF, iria produzir uma reportagem a respeito da chacina. Logo, o terceiro acusado foi buscar proteção judicial para impedir a divulgação da reportagem.

Nas duas primeiras instancias o pedido do autor foi indeferido, pois os tribunais locais entendiam que a notoriedade e interesse público do fato não permitia que a imprensa fosse restringida. Porém, em grau de recurso, apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão, o autor obteve uma decisão favorável, porque apesar da notoriedade do caso, a publicação da reportagem sobre o ocorrido iria dificultar o desenvolvimento positivo da personalidade do

¹⁹ CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. “*The right to be let alone*”: o direito ao esquecimento. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28362>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

²⁰ CABRAL, Bruno Fontenele. “*Freedom of the press*”: precedentes sobre a liberdade de imprensa nos EUA. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2748, 9 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18230>>.

detento, despertando um sentimento de revolta da comunidade que iria dificultar sua ressocialização.

Há, entretanto, o caso “*Lebach II*” decidido em 1999, que obteve resultado diverso. O mesmo fato ocorrido em *Lebach* foi novamente retratado pelo canal SAT 1, em uma série de reportagens especiais sobre crimes de entraram para a História, intitulada “*Verbrechen, die Geschichte machten*”. A produção mudou os nomes dos envolvidos e não exibiu as imagens originais. O Tribunal neste caso decidiu a favor da emissora, aplicando o direito ao esquecimento, curiosamente, a favor da imprensa. Fundamentando-se na premissa de que, passados mais de 30 anos do fato, a intensidade da ameaça ao direito de personalidade dos envolvidos foi consideravelmente atenuada, também em razão do cuidado da emissora em alterar elementos identificativos dos protagonistas.

Podemos apreciar duas divergentes decisões, sobre o mesmo fato, influenciadas pelo momento em que foram valorados os direitos de liberdade e personalidade. Isso prova que o posicionamento sólido e permanente sobre o direito ao esquecimento pode se tornar um grande equívoco, dado a complexidade garantida em cada fato, combinado com a sempre atualizada linha de pensamento sobre a importância destes direitos.

Recentemente, como já citado, o espanhol Mario Costeja ganhou do Tribunal Europeu, em Bruxélas, o direito de ter suas informações retiradas dos resultados de busca da Google, envolvendo seu nome. Mario alegou que as informações que apontavam, em 1988, a penhora de sua casa para saldar uma dívida para com o governo, estavam imprecisas e inadequadas, uma vez que já teria pago a dívida, sem que seu imóvel seja levado a penhora.

A Google descreveu a decisão como “decepcionante”, devido ir contra o parecer do Advogado Geral Europeu Niilo Jääskinen, que considerou não ser de responsabilidade da empresa os resultados das buscas encontrem sites que contém as informações. Para Jääskinen, o motor de pesquisa é apenas um veiculador de notícias existentes em outros sites, não é ele que produz a informação. Em contrapartida, o Tribunal atribuiu ao motor de busca a responsabilidade, pelo fato de que, sem ele a notícia não seria acessada, reconhecendo a importância deles na difusão de notícias.²¹

Personalidades da comunicação, como o fundador da Wikipédia, Jimmy Wales, e representantes da Google, demonstraram certa preocupação com os direitos da liberdade de

²¹ Tribunal de Justiça da União Européia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). 13 de maio de 2014.

informação. Organizações formadas para defender a liberdade de imprensa dizem que os interesses de um cidadão não podem prevalecer sobre o interesse de toda uma sociedade. Do outro lado, a comissária da União Europeia, Viviane Reding, comemorou a decisão afirmando que é uma “clara vitória para a proteção dos dados pessoais dos europeus”.²²

Finalmente, cabe mencionar Viktor Mayer-Schönberger, professor da Universidade de Oxford, que produziu uma obra chamada “*right to be forgotten*” (direito de ser esquecido), onde buscou apontar os enganos na ideia comum de que deletar os dados da *web* irá garantir definitivamente a exclusão das informações. Mayer alega que esquecer é uma necessidade humana, e que a *internet* precisa nos permitir a esquecer do passado fatos desabonadores.

4.3 – Evolução da doutrina e jurisprudência no Brasil

No Brasil, o direito ao esquecimento ainda é nu em seu aspecto doutrinário, contudo, podemos nos basear em publicações específicas a respeito dos direitos de personalidade, bem como em acórdãos de casos notórios que serão analisados oportunamente nesta seção.

Antes, o direito ao esquecimento era visado no âmbito penal. Sidnei Agostinho Beneti, ex-ministro do STJ, publicou um artigo na Revista dos Tribunais com o título de “A Constituição e o sistema penal”, disciplinando que o direito ao esquecimento é um dos direitos mais importantes da sociedade, que foi conquistado no decorrer dos séculos. O autor, embora pensando sobre a área penal, já aludia que o passado não pode perseguir eternamente o indivíduo, dando-lhe a oportunidade de ressocialização.

Ainda sobre o aspecto penal, em 2004, Affonso Pereira de Souza escreveu sobre “Interesses públicos sobre fatos criminosos e seus autores”. Neste artigo, Souza afirma que os jornalistas ao realizar matérias sobre os fatos criminosos, devem considerar os cuidados de devem tomar, lembrando-se do direito ao esquecimento dos envolvidos “que favorece o condenado, visando

²² AASP – Notícias do Dia. “Justiça europeia decide que Google é obrigada a apagar links de buscas a pedido de internautas”, ed. 2014.

a sua melhor ressocialização depois de cumprida a pena que lhe foi imposta”²³. Reforçou-se citando o art. 21 da Lei de imprensa, § 2º, que expressa:

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

Ao se referir aos “crimes históricos”, o professor Carlos Affonso declarou que tais crimes “entraram para os anais da história, sendo assim permitido que a liberdade de expressão se manifeste de forma mais ampla e explore o evento em prol do interesse público”.²⁴

Voltando para 2002, o 6º Congresso de Direito do Consumidor teve palestra de Tênis Limberger, abordando o tema “As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente”. Em sua apresentação, Limberger analisou de forma indireta o direito ao esquecimento, o primeiro da área civil, ao elucidar que, os dados bancários devem permanecer no sistema apenas por cinco anos, como determina o art. 43, §§ 1º e 2º, sempre buscando proteger a intimidade do cliente bancário, impossibilitando que os dados negativos cadastrados em nome do cliente sejam eternamente utilizados em seu desfavor.

Apesar do Brasil não desfrutar de uma vasta coleção de obras a respeito do direito ao esquecimento, dois acórdãos em 2013 e 2014 foram importantes para dar respeitável orientação jurisprudencial sobre o tema.

Primeiro vamos ao caso “Chacina da Candelária”, da REsp. 1.334.097-RJ, conhecido por este nome dado ao conhecido fato onde meninos de rua foram executados a sangue frio em frente a igreja da Candelária, no Rio de Janeiro – RJ, em 23 de julho de 1993. Jurandir Gomes de França, um dos acusados de participar do crime, foi absolvido em plenário do júri, sendo lhe negado a autoria por unanimidade do Conselho de Sentença. Em 2006, o programa “Linha Direta - Justiça” da TV Globo, realizou uma matéria especial sobre o caso, e apontou Jurandir como um dos envolvidos, embora absolvido.

²³ SOUSA, Carlos Affonso Pereira de. arts. 49 a 77. In. CRETELLA NETO, José (Coord). Comentários à lei de imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967 e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da emenda constitucional nº 36, de 28.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Item 202.2.

²⁴ SOUSA, Carlos Affonso Pereira de. arts. 49 a 77. In. CRETELLA NETO, José (Coord). Comentários à lei de imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967 e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da emenda constitucional nº 36, de 28.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Item 202.2..

Após a reportagem, Jurandir alega que o programa reacendeu revolta em sua comunidade, sendo-lhe atribuída uma injusta imagem de chacinador, passando a sofrer represálias, e isolamento social. Além disso, encontrou dificuldade para encontrar emprego e teve que sair da comunidade onde residia, zelando por sua integridade física e de sua família, inclusive. Por todo este constrangimento, Jurandir pleiteou ação de indenização contra a emissora no valor de 300 (trezentos) salários mínimos.

O autor obteve decisão favorável apenas em recurso de apelação. A ré obteve rejeição em embargos infringentes e de declaração, por fim, interpôs recurso especial e extraordinário. Apreciado pelo STJ, a ré alegou estar exercendo um direito reconhecido e fundamental, a liberdade de informação, ou de imprensa, e que a reportagem não fere nenhum direito do autor, pois os fatos se tornaram públicos na época de seu conhecimento. Também fundamenta que é extremamente normal no Brasil e no exterior, que os veículos de divulgação de notícias, reprints episódios que se tornaram célebres, e que não seria possível retratar o crime sem envolver o nome do autor, e, por este motivo, a divulgação independe de sua autorização.

O seguimento do recurso especial foi negado pelo relator Luis Felipe Salomão. O ministro do STJ cita em fundamentação Paulo José Costa Júnior:

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 da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.²⁵

Nesta linha de raciocínio, o relator aproveita para ressaltar que a liberdade de imprensa não é absoluta, lembrando que apesar do artigo 220 da CF/88 expressar que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, ela encontra seu limite ao se deparar com a inviolabilidade

²⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José. “*O direito de estar só: tutela penal da intimidade*”. 4º ed. São Paulo: Editora RT, 2007, págs. 16-17.

da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, exposto no mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro. O relator ainda diz que a importância que a Constituição dá para a dignidade da pessoa humana, já nos leva a definir qual caminho perseguir.

Vale mencionar que o ministro compara a necessidade da restrição da informação, com processos de envolvem séria exposição da intimidade da vítima, que é protegida pelo art. 5º, inciso LX, da CF/88:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Após mencionar os casos “*Melvin vs Reid*” e “*Lebach*”, para reafirmar a existência e a aplicabilidade do direito ao reconhecimento, decide por também aplica-lo, reconhecendo que o direito do autor de ter uma vida digna foi gravemente ameaçado, restringindo, conseqüentemente, a liberdade de imprensa. O recurso especial é negado, mantendo a condenação obtida em grau de apelação, favorecendo o autor em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a serem pagos pela recorrente.

Vamos agora ao caso “Aída Curi” da REsp. 1.335.153-RJ. Em 16 de julho de 1958, Aída Jacob Curi foi violentada e atirada do 12º andar de um prédio em Copacabana, no Rio de Janeiro – RJ. Novamente, o programa da TV Globo “Linha Direta – Justiça” reviveu outro crime notório, retratando, detalhadamente em imagens, o assassinato de Aída. Os irmãos da vítima, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, ajuizaram ação de reparação de danos em face da emissora, alegando que a reapresentação do caso em rede nacional reabriu feridas dificilmente superadas, e que também, o programa explorou ilegalmente a imagem de Aída, desrespeitando a proibição dos autores sobre a realização da reportagem, e, por conseguinte, se valendo da reportagem para lucrar sobre a audiência que dera ao programa.

Os autores, frente ao indeferimento de seus pedidos, bem como dos recursos, interpuseram recurso especial e extraordinário, sendo que, suas razões foram forçadamente apreciadas pelo STJ por interposição de agravo de recurso especial AREsp. n. 15.007/RJ. O agravo para o recurso extraordinário está aguardando decisão perante o STF.

O relator Luis Felipe Salomão, ao apreciar o recurso especial, apresenta os mesmos fundamentos básicos que embasam o direito ao esquecimento em si. Por sua vez, quanto as particularidades da lide, o relator considera que “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”.

Porém, ao mesmo tempo, e em contrapartida, alega que “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”. Este pensamento nos remete ao do caso *Lebach II*, citado em 4.2.

Sobre a alegação do autor, de que a emissora se valeu da matéria para enriquecer ilicitamente, o ministro cita a professora da Universidade Federal Fluminense Sylvia Moretzohn, mencionando a falsa ideia que paira da “mídia cidadã”:

A jornalista e professora da Universidade Federal Fluminense Sylvia Moretzohn, em acurado estudo sobre a lógica empresarial da fabricação de notícia e a construção da verdade jornalística, põe em discussão algumas premissas de matriz iluministas que supostamente norteariam a atuação da mídia e que, na verdade, cumprem a função (mistificadora) de conferir à imprensa um lugar de autoridade, pairando acima das contradições sociais e ao mesmo tempo livre das burocracias e controles que amarram as instituições estatais. Segundo a autora, a ideia de que, no estado democrático, a imprensa cumpre a função social de esclarecer os cidadãos, reportando-lhes a verdade de forma desinteressada e neutra, esconde o fato de que as empresas de comunicação agem, como não poderia deixar de ser, sob uma lógica empresarial; de que as eleições de pauta envolvem decisões políticas (e não técnicas); e de que a "verdade" reportada nada mais é do que uma versão dos fatos

ocorridos, intermediada pela linha editorial do veículo e pela subjetividade dos jornalistas que redigem a matéria.²⁶

Ainda ressalta que, a exploração exacerbada da mídia sobre os crimes célebres, faz com que os indivíduos que futuramente comporão o Conselho de Sentença, que irá julgar sobre o crime doloso contra a vida, tenham um contato com as informações jornalísticas muito antes das informações dos autos, de modo a influenciar – não comprometendo – o julgamento justo, direito de todo cidadão.

Mas ao entrar no mérito do interesse público, citando Martin Luther King, que brilhantemente observou que “a injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos”, disciplina que a tomada reflexiva do passado, nos faz antecipar e possibilitar uma margem de previsibilidade do futuro. Ainda, menciona que os crimes de ação penal pública, são de fato de interesse público, pois constituem uma lesão social.

Com efeito, o relator alega que o direito ao esquecimento não desce aos autos, visto a historicidade do crime, e que, não seria possível reportar o crime sem mencionar a vítima. Ainda, 50 (cinquenta) anos após o crime, presume que o abalo moral da família tenha-se atenuado. Portando o relator nega aos autores o direito ao esquecimento.

Sobre o uso indevido da imagem da vítima, o relator também não reconheceu esta incidência, alegando que o objeto da matéria jornalística não foi a exploração da imagem de Aída Curi, mas somente teve sua imagem acidentalmente envolvida na reportagem de outro contexto.

Por fim, é válido citar novamente que, ainda a única disposição brasileira sólida, porém subjetiva, é o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, que foi citado nos dois acórdãos. Este enunciado deve, por enquanto, dar rumo às discussões e decisões a respeito do controverso e complicado direito ao esquecimento.

²⁶ SCHREIBER, Simone. “A publicidade opressiva de julgamentos criminais”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pg. 358.

5 – Considerações Finais

O direito ao esquecimento é mais um instrumento a garantir a proteção dos direitos de personalidade, frente ao colossal fenômeno da difusão de notícias em massa.

Foi evidenciado que, a melhor maneira para se decidir sobre lides que abordam o direito ao esquecimento, é a pura análise caso a caso. A nudez doutrinária sobre o assunto é justificada pela falta de exploração feita sobre esse direito, pois, pode um caso peculiar contrariar toda uma linha de raciocínio, minuciosamente trabalhada, pelos simples fato de apresentar um elemento ou circunstancia inéditos.

O tempo vai amadurecer e enriquecer as dissertações a seu respeito, já que, conforme vão surgindo novos conflitos, as discussões produzidas a partir destes, irão contribuir para o acervo doutrinário do direito ao esquecimento.

Porém, a essência do estudo não se altera. Os direitos fundamentais constitucionais podem sim ser limitados, fato que não se confunde com censura, sempre com uma maior preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, direito basilar para o homem. Ressalta-se a necessidade de sempre procurar atualizar os instrumentos protetivos, devido a rápida evolução tecnológica que assiste a difusão de informações

Porém, não se pode restringir, de forma desleal, a liberdade de expressão e informação, dado a sua importância ao modelo democrático em que vivemos. Ademais, a mídia e a imprensa possuem a função social, extremamente importante, de sustentar o modelo democrático do Estado, além de, servir como arquivista de fatos historicamente importantes para a sociedade.

Fontes e Referencias:

ANDRADE, José Carlos Vieira. “*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”. Coimbra, 1987.

ARAÚJO, José Laércio. “*Intimidade, Vida Privada e Direito Penal*”. São Paulo: WVC Editora, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. “*Curso de direito constitucional*”. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

BONAVIDES, Paulo. “*Curso de direito constitucional*”. 28º ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7). Relator Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. 15 de agosto de 2013, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília – DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ (2011/0057428-0). Relator Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. 24 de junho de 2014, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília – DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815. Relatora Sra. Ministra Cármen Lúcia. Audiência Pública em 21 e 22 de novembro de 2013. Brasília – DF.

BRIGGS, Asa & BURKE, Peter. “*Uma história social da mídia*”. RJ: Jorge Zahar, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*”. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTANT, Benjamin. “*Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*”. Em *Filosofia política* - RS, 1985.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. “*O direito de estar só: tutela penal da intimidade*”. 4º ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “*Curso de direito constitucional*”. 29º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. “*Introdução ao Direito Civil*”. 13ª ed., Rio de Janeiro-RJ, Editora Forense, 1999.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2º ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JABUR, Gilberto Haddad. “*Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade*”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, Álvaro Rodrigues. *“Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação”*. Curitiba: Juruá, 2009.

LENZA, Pedro. *“Direito Constitucional Esquematizado”*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Européia. Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º» No processo C-131/12, em 13 de maio de 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Moreira, Vital. *“O direito de resposta na comunicação social”*. Editora Coimbra, Coimbra. 1994.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *“Teoria geral da constituição e direitos fundamentais”*. 3ª ed., Volume 17. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *“O Projeto do Novo Código Civil”*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 34º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos direitos fundamentais*”. 2ª ed. Porto Alegre: Livrara do advogado, 2001.

SCHREIBER, Simone. “*A publicidade opressiva de julgamentos criminais*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 13º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. 13º ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUSA, Carlos Affonso Pereira em CRETELLA NETO, José (Coord). Comentários à lei de imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967 e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da emenda constitucional nº 36, de 28.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STONE, I.F. “*O Julgamento de Sócrates*”. São Paulo: Editora Companhia de Bolso, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

VI JORNADA DE DIREITO CIVIL, Enunciados Aprovados. Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Coordenador da Parte Geral Código Civil Rogério Menezes Fialho Moreira. 11 e 12 de março de 2013. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF).