



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

MARINA ANTUNES LIMA

**O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO**

**BRASÍLIA**

**2016**

MARINA ANTUNES LIMA

**O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão  
do curso de bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Betina Gunther Silva

**BRASÍLIA**

**2016**

MARINA ANTUNES LIMA

**O CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS DIREITOS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão  
do curso de bacharelado em Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Betina Gunther Silva

Brasília/DF, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>ª</sup>. Msc. Betina Gunther Silva  
Orientadora

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e à Maria Santíssima, que estiveram comigo em todos os momentos, me capacitaram e me deram a força necessária para que esse trabalho fosse concluído. Pela oportunidade de estudar Direito e pelas pessoas maravilhosas que colocaram em minha vida.

Agradeço aos meus pais, Erickson e Mariliz, maiores exemplos e orgulhos da minha vida, que me apóiam em todas as decisões, me ajudam a caminhar e são os verdadeiros responsáveis por quem sou hoje. Agradeço pela educação que me deram e por tornarem reais os meus sonhos. Sem eles, nada seria possível.

Agradeço aos meus irmãos, Camila e Gustavo, pessoas que fazem a vida ser mais leve e divertida, que sempre me incentivam e ajudam em tudo que preciso. Maiores presentes que ganhei dos meus pais.

Agradeço, também, ao meu namorado, Matheus Pimenta, por agüentar os finais de semana de estudo, de produção deste trabalho e os dias de estresse. Por me incentivar e me ajudar em absolutamente tudo. Pela paciência e pelo amor, obrigada!

Agradeço à minha orientadora, Betina Gunther, pela disposição e ensinamentos durante o tempo em que realizei esse trabalho.

Por fim, agradecimentos a todos os envolvidos nesses cinco anos de curso, familiares, professores e amigos.

## RESUMO

Com os intensos avanços tecnológicos, não é incomum, na sociedade moderna, casos de redivulgação e retransmissão de fatos pretéritos, que geram incontáveis danos aos envolvidos, uma vez que violam o princípio da dignidade da pessoa humana, ferindo o direito à privacidade e à intimidade. Assim, surge um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento, que tem origem na seara criminal, objetivando o direito à ressocialização de ex-condenados, hoje, é aplicado em muitas outras áreas do direito, buscando a proteção da memória individual do ser humano e resguardando o direito de ser deixado em paz. O presente trabalho tem como propósito analisar o conflito existente entre o direito ao esquecimento e os direitos da liberdade de expressão em informação, de forma que a técnica utilizada para solucionar tal confronto é da ponderação de princípios. Assim, será estudada tanto a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no direito comparado.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direito ao esquecimento. Direito de informação. Memória Individual. Memória coletiva. Sociedade da Informação. Privacidade. Efetivo Interesse Público.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2 Da liberdade de manifestação de pensamento</b> .....	<b>12</b>
<i>1.2.1 Direito à liberdade de informação e de expressão</i> .....	<i>13</i>
<i>1.2.2 Direito à liberdade de imprensa</i> .....	<i>16</i>
<b>1.3 Dos direitos à privacidade</b> .....	<b>18</b>
<i>1.3.1 Direito à honra e à intimidade</i> .....	<i>19</i>
<b>1.4 Direito à imagem</b> .....	<b>22</b>
<b>2 A TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO</b> .....	<b>26</b>
<b>2.1 Delimitação do tema</b> .....	<b>26</b>
<b>2.2 O direito ao esquecimento no Direito Comparado</b> .....	<b>31</b>
<b>2.3 Aplicação legal e jurisprudencial</b> .....	<b>36</b>
<i>2.3.1 Os casos Lebach I e Lebach II</i> .....	<i>39</i>
<i>2.3.2 O caso da Chacina da Candelária</i> .....	<i>43</i>
<i>2.3.3 O caso Aída Curi</i> .....	<i>48</i>
<b>3 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS – DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO</b> .....	<b>53</b>
<b>3.1 Efetivo interesse público e curiosidade pública</b> .....	<b>53</b>
<b>3.2 Atualidade da informação</b> .....	<b>57</b>
<b>3.3 A colisão entre os direitos fundamentais</b> .....	<b>60</b>
<b>3.4 A ponderação entre os princípios como forma de solucionar o conflito existente</b> ....	<b>64</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos quarenta anos, a revolução tecnológica transformou a realidade do mundo. Hoje, há uma facilidade muito grande de comunicação, que ocorre por meio dos computadores pessoais, pela capacidade cada vez maior de armazenamento de dados nos dispositivos eletrônicos, pelos celulares, internet. Houve uma verdadeira transformação na vida da sociedade, que torna possível a troca de experiências, cultura, auxilia a comunicação e facilita a realização de pesquisas, sejam científicas ou não.

Sobrevém que, apesar das inúmeras vantagens trazidas pela facilidade da informação e de seu vasto acesso por qualquer indivíduo, os avanços tecnológicos causam, também, a excessiva exposição das pessoas, possibilitando, inclusive, que situações passadas e consolidadas sejam lembradas, de modo que atinjam, por consequência, os personagens envolvidos.

A segurança e a proteção individual não avançam com a mesma velocidade que o armazenamento e o acesso às novas tecnologias. Por meio da Internet, é possível encontrar dados pessoais sem qualquer tipo de controle. A sociedade convive cada vez mais com a presença impactante das tecnologias da informação e, assim, o Direito tem que se adaptar às novas maneiras de violação dos direitos da personalidade.

Eis que surge o conflito entre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil: o direito à liberdade de expressão e informação em contraposição ao direito ao esquecimento, que pretende proteger a memória individual como um dos fatores mais intrínsecos do ser humano, caracterizando-se como direito da personalidade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o passar do tempo, a proteção da honra compreendeu o direito de imagem. Hoje, tal direito é encarado de forma autônoma. Da mesma forma com que o direito à imagem adquiriu autonomia, surge um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento, que tem como característica a limitação temporal para a utilização de dados pretéritos, devido à falta de utilidade de atualidade da informação.

Com intuito de demonstrar a existência de um campo específico de proteção à memória individual, será feita, no capítulo 1, uma análise dos direitos da personalidade já reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro: privacidade, honra, imagem e intimidade, de modo a demonstrar que o bem jurídico tutelado pelo direito ao esquecimento é diferente e faz jus à autonomia. No mesmo capítulo, serão abordados os direitos constitucionais

conflitantes com o direito ao esquecimento, como o direito à liberdade de informação, de expressão e de imprensa.

No capítulo 2, será possível verificar que a memória do ser humano é limitada e a sua capacidade de reter dados é proporcional ao interesse que se dá à informação, por meio do foco e da seletividade.

Contudo, a Internet despreza a limitação humana, não possibilitando que sejam excluídos os dados lá inseridos, incapacitando o esquecimento, recurso indispensável para a superação do passado.

A memória coletiva é formada pela soma da memória individual dos membros da sociedade e só se preservará forte se as notícias forem importantes e necessárias a todos. Assim, da mesma maneira que a memória coletiva tem direito de ser tutelada pelo Estado, materializada pela liberdade de expressão e de informação, a memória individual também tem.

O segundo capítulo abordará, ainda, a definição do direito ao esquecimento, aprofundando seus fundamentos e características, expondo a sua utilização em casos do direito comparado e sua aplicação legal e jurisprudencial em casos emblemáticos nacionais, como o caso chacina da candelária e o caso Aída Curi.

A legislação penal será explorada de maneira mais aprofundada, devido à sua influência para a consolidação da ideia do direito ao esquecimento, principalmente por meio da reabilitação. Porém, o direito ao esquecimento não existe somente na seara criminal.

Será dada especial atenção ao tratamento estrangeiro ao direito ao esquecimento, há pouco discutido nos tribunais europeus, principalmente em relação à responsabilidade dos motores de pesquisa e a previsão manifesta de um direito ao esquecimento na reforma da Directiva 95/46/CE, que regulamente a proteção de dados da União Europeia.

O capítulo 3 tratará sobre a forma de solucionar o conflito existente entre princípios constitucionais, com foco na jurisprudência nacional na conformação do direito ao esquecimento.

Será verificado que não há, ainda, na jurisprudência brasileira, um padrão com objetivo de sistematizar a configuração do direito ao esquecimento. Hodiernamente, a análise do caso concreto é feita por meio da razoabilidade, do bom senso do julgador, que pode dar predileção ao amplo acesso à informação ou à preservação do indivíduo.

O tema é bastante complexo e profundo, com aplicação prática e repercussões impactantes na sociedade e em sua forma de lidar com situações passadas, dados históricos, costumes e até mesmo a forma de constituir o presente. Mas, tem como escopo, a busca por



uma sociedade livre e plural, que possua acesso à informação e às novas tecnologias do mundo moderno, sem que isso signifique a opressão das individualidades, principalmente da memória individual.

## 1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A princípio, imperiosa é a análise dos direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituição Federal, uma vez que estes estão intrinsecamente relacionados à análise do direito ao esquecimento. A aplicação do direito ao esquecimento gera um conflito entre direitos como a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, de um lado, e direitos da personalidade, como a honra, a intimidade e a imagem, de outro.

### 1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. É um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo os outros a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A Constituição de 1988 não inseriu propriamente a dignidade da pessoa humana no rol de direitos fundamentais, previstos em seu art. 5º. Mas a inserção de tal princípio como um dos fundamentos da República indica, nas palavras de Celso Bastos, “que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas”.<sup>1</sup>

O grande dilema que gira em torno do princípio da dignidade da pessoa humana é a definição do que é uma vida digna. Isso ocorre porque, conforme a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup>, em relação a esse princípio, não se cuida de aspectos específicos da existência humana, mas de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano. Dessa forma, a dignidade passou a ser definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal.<sup>3</sup>

Apesar da complexidade em conceituar a dignidade da pessoa, não há dúvidas de que ela é algo real, especialmente porque é possível reconhecer incontáveis situações nas quais é absolutamente violada.

Celso Bastos cita dois exemplos em que a dignidade da pessoa é totalmente desrespeitada. Vejamos:

---

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos. Op. Cit, p. 437.

A dignidade da pessoa humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.<sup>4</sup>

À vista disso, ainda que seja difícil defini-la, a sua existência é evidente. Por ter dignidade, o homem deve ser respeitado, de forma a estar além de qualquer valoração de caráter pecuniário, como salientou Immanuel Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.<sup>5</sup>

A dignidade do ser humano inclui a capacidade de poder trilhar seu próprio caminho e escolher suas próprias decisões, sem que um terceiro interfira diretamente em seu pensar e em seu agir.

Há controvérsia doutrinária quanto à questão de ser a dignidade da pessoa humana um valor absoluto, ou seja, ser o direito essencial, princípio máximo, que prevaleceria em caso de conflitos com outros princípios ou direitos.

Segundo o doutrinador Fernando Ferreira dos Santos, o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, fazendo com que os demais princípios o obedeçam. Em suas palavras:

Neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimum* vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo fator coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.<sup>6</sup>

Em sentido contrário, para Robert Alexy, não há que se falar em obediência de outros princípios e direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que esse não é absoluto no mundo jurídico. Ao fazer uma análise da lei alemã que dispõe que a dignidade da pessoa é intangível, ele entende o seguinte:

Tal dispositivo provoca a impressão de absoluto. Porém, a razão desta impressão não reside em que através desta disposição de direito fundamental se estabeleça um

---

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 438.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 440.

<sup>6</sup> SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma análise do inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, 1999, p. 94.

princípio absoluto, senão em que a norma da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que debaixo delas o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos.<sup>7</sup>

Ou seja, para o autor, o princípio não é absoluto, pois depende de análise para que se verifique se é possível a sua ponderação em relação aos demais direitos. O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet concorda com o entendimento de Alexy, fazendo parte da corrente que afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é relativo.<sup>8</sup>

Consoante ao que foi dito sobre a dignidade da pessoa humana, entende-se que o direito ao esquecimento decorre de tal princípio.

No ano de 2013, foi aprovado, na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, enunciado que defende a existência do direito ao esquecimento. Vejamos:

Enunciado 531: a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

De acordo com tal enunciado, o direito ao esquecimento é uma expressão da dignidade da pessoa humana, sendo amparado por esse princípio.

## **1.2 Da liberdade de manifestação de pensamento**

O direito à manifestação de pensamento não consiste apenas na faculdade de pensar livremente, mas, também, no direito de manifestar os sentimentos e os pensamentos, sejam eles quais forem.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos IV, VI e IX, protege a liberdade de pensamento, uma vez que ela é a matriz e desdobra-se na liberdade de consciência e na liberdade de exteriorização do pensamento.<sup>9</sup>

Sobre esse direito, Pinto Ferreira ensina:

O sistema democrático e jurídico-constitucional da liberdade de pensamento é básico e desdobra-se das seguintes maneiras: a) liberdade de consciência, compreendendo a liberdade de crença (direito de professar qualquer religião ou de ser ateu) e a liberdade de opinião (ou o direito de possuir convicções próprias em

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, 2008, p. 106.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, p. 444.

<sup>9</sup> Art. 5º, IV, CF – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; art. 5º, VI, CF – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; art. 5º, IX, CF - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

matéria política ou filosófica); b) liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de culto (organização de movimentos religiosos, proselitismo, edificação de igreja e templo) e, além disso, a liberdade da palavra, imprensa, cátedra, ou aprendizagem científica, artística, literária.<sup>10</sup>

No âmbito constitucional, percebe-se que o direito brasileiro garante a todos o direito de informar, expressão da liberdade de pensamento e de opinião, assegura as liberdades espirituais<sup>11</sup> e tutela o acesso à informação e comunicação.

### *1.2.1 Direito à liberdade de informação e de expressão*

As liberdades de informação e de expressão são direitos fundamentais que transcendem a dimensão da garantia individual, uma vez que são essenciais para a formação da opinião pública pluralista, instituição de extrema importância para que a sociedade democrática funcione.<sup>12</sup>

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XIV, que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.<sup>13</sup> Prevê, também, em seu art. 220, §1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.<sup>14</sup>

Em consonância ao previsto no artigo supracitado, o direito à informação deve estar em equilíbrio, especialmente, com os direitos fundamentais à honra, à imagem e à intimidade, pois, caso não esteja, há a incidência de responsabilidade civil e penal.

André Tavares ensina que a liberdade de informação segue duas vertentes. Em uma, há a garantia de liberdade na divulgação de uma informação. Na outra, a garantia é ao acesso à informação.<sup>15</sup>

O direito a obter informações é aplicado a todos os indivíduos e possui como escopo levar à sociedade dados e elementos relevantes para que conceitos e concepções diversas acerca de assuntos públicos sejam formados.

<sup>10</sup> FERREIRA, Pinto *apud* Sidney César Silva Guerra. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*, p. 72.

<sup>11</sup> Expressão utilizada por René Ariel Dotti ao se referir ao livre exercício de cultos religiosos, bem como à proteção aos locais de culto e suas liturgias.

<sup>12</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. 2.ed. atual. Porto Alegre, p. 171.

<sup>13</sup> BRASIL, Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XIV. Brasília: Senado Federal.

<sup>14</sup> *Ibidem*, art. 220, §1º.

<sup>15</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 498.

Tal direito encontra suporte, também, na Lei de Acesso à Informação<sup>16</sup>, sancionada em 2011, pela Presidente Dilma Rousseff. Seu objetivo é estabelecer a cultura da transparência e possibilitar a fiscalização popular em relação às despesas estatais.

Bem como o direito à liberdade de informação, o direito à liberdade de expressão é reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu art. 19, com o seguinte texto:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

No tocante à liberdade de informação, essa está sujeita ao limite interno da veracidade, ou seja, exige-se do sujeito a verdade na informação, no sentido de que a fonte dos fatos noticiáveis seja verificada, assim como a seriedade da notícia que será divulgada.<sup>17</sup> Tal liberdade deve compatibilizar-se, também, com os demais direitos fundamentais afetados pelas informações fornecidas e pelas opiniões.<sup>18</sup>

A Constituição Brasileira protege tanto os atos de comunicar, quanto os atos de receber livremente informações. Dessa forma, protege-se o emissor e o receptor do processo da comunicação.

Destaca-se, assim, o direito público de ser adequadamente informado. Conforme esclarece Rui Barbosa, ao defender os interesses sociais e indisponíveis, “o direito positivo brasileiro tutela o direito difuso à notícia verdadeira.”<sup>19</sup>

No que concerne ao direito à liberdade de expressão, a Constituição Federal é clara ao assegurá-lo em seu art. 5º, incisos IV, XIV e art. 220, *caput* e parágrafos 1º e 2º.<sup>20</sup>

A liberdade de expressão inclui diversas outras faculdades, como a comunicação de pensamentos, de idéias, de informações e de expressões não verbais. O argumento humanista considera a liberdade de expressão como corolário da dignidade da pessoa humana. Em

---

<sup>16</sup> BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 9 maio 2016.

<sup>17</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 165.

<sup>18</sup> O limite interno da veracidade refere-se à verdade subjetiva e não à verdade objetiva.

<sup>19</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 166.

<sup>20</sup> Art. 5º, IV da CF – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Art. 5º, XIV da CF – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Art. 220, *caput* da CF – a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. Art. 220, §1º – nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Art. 220, §2º – é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

contrapartida, o argumento democrático defende que o autogoverno postula um discurso político protegido de interferências do poder.<sup>21</sup>

Desse modo, a liberdade de expressão é um instrumento para que o sistema democrático funcione e seja preservado. O direito de ser livre para comunicar-se é conexo com a característica da sociabilidade, primordial ao ser humano.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.<sup>22</sup>

Portanto, na visão generalizada do direito de expressão, caberia qualquer mensagem, tudo o que fosse passível de comunicar. Contudo, cabe ressaltar que a liberdade de expressão não engloba a violência. A manifestação de opinião não deve abranger a coação física, uma vez que a hostilidade ultrapassa os limites do direito à liberdade de expressão.

O discurso do ódio, por exemplo, caracteriza abuso ao direito dessa liberdade. De acordo com Samantha Ribeiro:

O discurso do ódio consiste na manifestação de idéias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias.<sup>23</sup>

Assim, é um discurso que ofende e ataca direitos fundamentais de um grupo de pessoas, de forma disfarçada e sob o argumento da liberdade de expressão.

O direito a expressar-se não congloba somente o direito de expressão, mas, também, o direito de não se expressar, de se calar e de não se informar. Desse direito fundamental, não surge uma obrigação ao seu titular de buscar e de expressar opiniões.<sup>24</sup>

O art. 5º da Constituição Federal assegura o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido<sup>25</sup>, ou seja, todos possuem o direito de devolver a ofensa veiculada por algum

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264

<sup>22</sup> Ibidem, p. 264.

<sup>23</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>25</sup> Art. 5º, V, Constituição Federal – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

meio de comunicação. Esse direito é a reação ao uso irregular da mídia e deve ser utilizado de forma proporcional. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco leciona:

O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão. O direito de resposta, portanto, não pode ser visto como medida alternativa ao pedido de indenização por danos morais e materiais.<sup>26</sup>

Assim como a liberdade de informação, a liberdade de expressão encontra limites previstos na própria Constituição. É possível haver interferência nesse direito para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas e para que seja assegurado o direito à informação a todos.

À vista do que foi dito, as liberdades de expressão e de informação são fundamentais na determinação da opinião pública na sociedade democrática, pois que são elementos condicionadores da democracia pluralista e são pontos de partida para que outros direitos fundamentais possam ser exercidos, porém nem a liberdade de comunicação, tampouco os direitos da personalidade, podem ser tomados como direitos absolutos, todos estão sujeitos à ponderação no caso concreto.<sup>27</sup>

### 1.2.2 *Direito à liberdade de imprensa*

Nuno e Souza conceituou a liberdade de imprensa como “a liberdade de imprimir palavras, desenhos ou fotografias em que se expressa o que se pensa e se fornecem informações ao público acerca de fatos ou atividades próprias ou alheias”.<sup>28</sup> É por meio dela que a veiculação das informações pelos órgãos de imprensa é assegurada.

Hoje, em decorrência dos avanços tecnológicos, outros meios de informação existem, como a televisão, o rádio, a internet e, devido a esses avanços, alguns autores, como Sidney Guerra, entendem que liberdade de imprensa nada mais é do que a própria liberdade de informação.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 267.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 279.

<sup>28</sup> SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 42.

<sup>29</sup> GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.



A liberdade de imprensa é uma conseqüência da liberdade de pensamento e sua previsão tem origem no século XVIII. A França recepcionou, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a liberdade de imprensa. O texto de seu art. 11 é o seguinte:

A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei.

Darcy de Arruda Miranda ensina:

Se é certo que, nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente, em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, formando cada qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos tempos. Urge, portanto, emancipá-la dos anexos, dando-se-lhe a conceituação moderna de jornalismo, desvinculando-a do conceito genérico de impressos.<sup>30</sup>

Isso posto, a liberdade de imprensa é, hoje, a liberdade de informação por qualquer meio jornalístico. A função da imprensa é a de informar a população, tendo em vista que, na sociedade globalizada, a falta do acesso à informação dificulta a evolução do ser humano, tornando-o alienado e impedindo-o de desenvolver sua personalidade e cidadania.

Para que a imprensa realize um papel importante e efetivo na sociedade, ao transmitir a informação, deve fazê-la com imparcialidade, de modo a dar a notícia com transparência, possibilitando, assim, que as pessoas formem suas próprias convicções, sem influências de quem propagou a notícia.<sup>31</sup>

A imprensa é elemento imprescindível na sociedade democrática, uma vez que adota inúmeros papéis de extrema importância. Norberto Bobbio, inclusive, gosta de chamá-la de “quarto poder”. Nas palavras dele:

Meios de informação que desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário.

O papel que a imprensa possui na sociedade é duplo: informar e formar opiniões. Portanto, não é admissível que haja mentira, calúnia, distorção, injúria ou difamação na

<sup>30</sup> MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à Lei da Imprensa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

<sup>31</sup> GUERRA, Sidney Cesar Silva. Op. cit., p. 77.

informação fornecida. A informação deve ser verdadeira, para que seja cumprido o que a lei determina. Não é permitido, também, que a notícia transmitida seja tratada de forma interessante apenas para as grandes empresas jornalísticas.<sup>32</sup>

Não sendo este um direito absoluto, os limites impostos a ele decorrem da Constituição Federal. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet:

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

Dentre os conflitos com os demais direitos que a liberdade de imprensa gera, destaca-se o conflito com o direito à honra, ambos direitos fundamentais. É devido a esse choque entre os direitos que é essencial a verificação dos limites que são fixados à liberdade de imprensa, para que fique garantido que o seu exercício não irá causar danos desastrosos e irreparáveis na vida das pessoas.

### 1.3 Direito à privacidade

No que tange aos direitos à privacidade, há divergência doutrinária quanto aos conceitos de vida privada e intimidade.

Luis Alberto David Araújo e Pedro Frederico Caldas utilizam as expressões como sinônimas, Luiz Grandinetti e José Cavero as utilizam com definições diferentes.

De modo a tentar superar tal questão, José Afonso da Silva explica que a expressão “direito à privacidade” deve ser utilizada em sentido amplo, englobando todas as manifestações da vida privada e íntima das pessoas. Nesse sentido, a privacidade é entendida pelo “conjunto de informação acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”.<sup>34</sup>

Ao procurar distinguir vida privada e intimidade do indivíduo, a doutrina estabelece uma relação de gênero e espécie, na qual a intimidade é um núcleo mais restrito da vida privada. Vidal Serrano esclarece:

---

<sup>32</sup> GUERRA, Sidney Cesar Silva, op. cit., p. 82.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 278.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 183.

A intimidade é uma privacidade qualificada, na qual se resguarda a vida individual de intromissões da própria vida privada, reconhecendo-se que não só o poder público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas a própria vida em família, por vezes, pode vir a violar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos, que compartilham consigo a vida cotidiana.<sup>35</sup>

Destarte, a intimidade é menos ampla, uma vez que é um círculo com raio menor que a vida privada e é utilizada como espécie do gênero privacidade.

### 1.3.1 Direito à honra e à intimidade

A honra do indivíduo é constituída pelo somatório das qualidades do cidadão. Tais qualidades geram o respeito que tal pessoa goza perante a sociedade. É um atributo inerente a qualquer pessoa, independentemente de religião, raça ou classe social.

O direito à honra não está totalmente incluído no direito à privacidade. Nas palavras de José Afonso da Silva, “a honra, a imagem, o nome e a identidade pessoa constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade”.<sup>36</sup>

O conceito de honra é dividido em duas vertentes. Em uma, tem-se a “honra subjetiva, que se refere à autoestima, ao amor-próprio, o sentimento da própria dignidade, a consciência do próprio valor moral e social”.<sup>37</sup> Em outra, tem-se a dignidade da pessoa refletida na concepção dos outros, a fama, a boa reputação que ostenta.

Qualquer um do povo tem o direito de resguardar sua honra pessoal e, por esse motivo, tudo aquilo que depõe contra a pessoa e faz parte de sua privacidade, de sua vida íntima, não deve ser exposto.<sup>38</sup>

A proteção à honra assenta-se no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O Código Civil de 2002 protege a honra nos seguintes termos:

Art. 20 – salvo as autorizações, 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

<sup>35</sup> SERRANO, Vidal *apud* Claudio Luiz Bueno de Godoy. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 49.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1992, p.191.

<sup>37</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 6, p. 38.

<sup>38</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 544.

atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.<sup>39</sup>

É tutelada, inclusive, pelo direito penal. No Código Penal brasileiro, são penalizadas a injúria, a calúnia e a difamação, crimes considerados contra a honra da pessoa.<sup>40</sup> Independentemente de o fato imputado à pessoa ser verdadeiro, por atentar contra a dignidade, o seu divulgador não poderá ser beneficiado com a prova da verdade<sup>41</sup>, uma vez que a tutela da honra é decorrente da dignidade, não da busca da verdade.<sup>42</sup>

Assim como os demais direitos da personalidade, o direito à honra não é ilimitado ou absoluto, sendo essencial a análise do caso concreto, observando-se a notoriedade e a veracidade dos fatos imputados ao ofendido.

O respeito à honra também impõe limites aos demais direitos, como à liberdade de imprensa. Conforme explica Paulo Gustavo Gonet:

Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público.<sup>43</sup>

Ele cita o exemplo da charge política<sup>44</sup> que, por vezes, pode ofender a honra do retratado. Há, no caso, uma ponderação dos direitos à liberdade de expressão e à honra. Apesar de, costumeiramente, não agradar a pessoa alvo da charge, essa tem sido tratada como lícita manifestação da liberdade de expressão.<sup>45</sup>

O direito à honra está intrinsecamente ligado ao direito à intimidade. Tem-se como intimidade tudo aquilo que diz respeito única e exclusivamente à pessoa. Conforme René

---

<sup>39</sup> Em 2015, por decisão unânime, o STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, conforme a Constituição Federal e os artigos 20 e 21 do Código Civil.

<sup>40</sup> Art. 138, CP – caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: pena – detenção, de seis a dois anos, e multa. Art. 139, CP – difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 140, CP – injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>41</sup> O Código Penal Brasileiro admite a aplicação da exceção da verdade ao crime de calúnia e, de forma excepcional, ao crime de difamação.

<sup>42</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 545.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 277.

<sup>44</sup> Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4451, o STF confirmou a suspensão de dispositivos da Lei Eleitoral sobre humor. Os Ministros concordaram em referendar a medida cautelar e suspenderam o inciso II, do artigo 45 da Lei Eleitoral (Lei 9.504/97) e a parte final do inciso III do mesmo artigo.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 277.

Ariel Dotti, intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.<sup>46</sup>

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em maio de 1948, foi o primeiro texto internacional que protegeu a intimidade. Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948, pela ONU, reconheceu, também, o direito à intimidade.

É corriqueira a confusão em relação à diferença existente entre a intimidade e a vida privada. Assim, leciona André Ramos Tavares:

A intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização.<sup>47</sup>

No mesmo sentido, afirma Paulo Gustavo Gonet:

O direito à privacidade teria por objetos os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. Os objetos do direito à intimidade seriam às conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.<sup>48</sup>

A intimidade constitui um direito de controlar a indiscrição alheia em assuntos que só interessam à própria pessoa, em que não há manifesto interesse público. Seu fundamento encontra-se no princípio da exclusividade<sup>49</sup>, idealizado por Hannah Arendt, baseado em Kant.<sup>50</sup>

Edilson de Farias, ao citar Adriano de Cupis, explica:

Existem determinadas manifestações da pessoa que são totalmente inacessíveis ao conhecimento dos outros, ou seja, secretas; constituindo ilícito não apenas divulgar aquelas manifestações, porém, igualmente, tomar conhecimento das mesmas e revelá-las, sendo irrelevante a quantas pessoas.<sup>51</sup>

Destarte, o direito à intimidade alcança a discrição pessoal relacionada aos acontecimentos da vida da pessoa, como “confidências, informes de ordem pessoal, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física e mental, afeições,

<sup>46</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 530.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 530.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 280.

<sup>49</sup> O princípio da exclusividade mantém longe dos indivíduos aquilo que é próprio, pessoal, exclusivo à pessoa.

<sup>50</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 140.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 141.

entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais reservados pela pessoa para si ou para seus familiares ou pequeno círculo de amizade”.<sup>52</sup>

Por outro lado, a vida em sociedade, a relação com as demais pessoas, estabelece limites ao direito à intimidade e à privacidade, de forma que não é possível atribuir valor radical a esses direitos. Eventualmente, o interesse público causado por determinado acontecimento na vida de uma pessoa que vive de uma imagem mantida perante a sociedade pode prevalecer sobre a intimidade e privacidade.<sup>53</sup>

Entretanto, é fundamental que seja levada em consideração a forma como ocorreu o desvendamento do fato divulgado. É absolutamente diferente o caso em que um fato da intimidade de uma pessoa é livremente revelado por ela mesma e a situação em que a notícia é obtida e propagada sem que o titular do direito autorize, contra a sua vontade.<sup>54</sup>

#### 1.4 Direito à imagem

A imagem da pessoa é a exteriorização de sua personalidade. O direito à imagem tem a função de proteger o retratado de qualquer tipo de violação. Sua exposição ao público não se restringe apenas à ilicitude, devendo abranger, também, o individualismo excessivo, o abuso lucrativo e a falta de consentimento.<sup>55</sup>

Para Pontes de Miranda, o direito à imagem consiste no “direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente”.<sup>56</sup>

Há dois aspectos da imagem: o material e o imaterial. No primeiro, a imagem transmite os laços fisiológicos da pessoa, de fácil percepção. É, simplesmente, o retrato da pessoa, que possui as particularidades suficientes para que a identificação seja possível. Quanto ao aspecto imaterial, esse se refere às características inerentes ao ser, como a boa-fama, por exemplo. Ou seja, envolve o indivíduo dentro das suas relações pessoais.<sup>57</sup>

Arnaldo Siqueira de Lima, tendo como referência Arnaldo Wald, ensina:

A imagem, assim como a personalidade, também não é um direito. Mas o homem tem direito à sua imagem, que a toda evidencia se insere na primeira teoria que trata do início da personalidade. Ou seja, adquire-se o direito à imagem com o

<sup>52</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p.142.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 283.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>55</sup> DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 73.

<sup>56</sup> GUERRA, Sidney César Silva. Op. cit., p. 55.

<sup>57</sup> LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003, p. 20.

nascimento da pessoa com vida, mesmo considerando os avanços tecnológicos modernos que já reproduzem “imagens” da pessoa em formação. Até porque, pela própria rapidez da gestação, essas “imagens” são mutantes, não definindo sequer a forma do ser que, nascendo com vida, será uma pessoa.<sup>58</sup>

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, protege o direito à imagem. Conforme seu inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem.” O inciso XXVIII, alínea a, do mesmo artigo assegura, nos termos da lei “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.”

Celso Bastos afirma que a proteção à imagem era uma carência no Direito Constitucional brasileiro e que a sua inclusão na Lei Fundamental foi de grande importância. Em suas palavras:

Mas, na verdade, de substancioso, no rol desses direitos individuais, sem falar agora nas garantias exclusivas, portanto, nos direitos substantivos propriamente ditos, eu só encontro novidade à proteção que é dada à intimidade, à vida do lar e à imagem. De fato, dos direitos que o Direito europeu já havia desenvolvido no segundo pós-guerra, e que o Direito brasileiro não havia acompanhado, era, portanto, uma carência do nosso Direito Constitucional que o atual texto veio preencher.<sup>59</sup>

Por vezes, a imagem da pessoa pode ser atingida sem que cause dor e sofrimento. Inclusive, é o que ocorre na maioria das vezes. Contudo, quando a imagem tem reflexo na reputação da pessoa, a dor é certa e gera sérias conseqüências na vida do ofendido, podendo causar danos irreparáveis.<sup>60</sup>

Com os avanços tecnológicos, não há como deixar o direito à imagem fora dos direitos civis, uma vez que qualquer um pode ser, a qualquer momento, atacado pela imprensa. Por isso, ela deve ser protegida contra a exposição mercantil ou a apropriação sem que a pessoa consinta.

O direito à imagem deve prevalecer em face dos atuais meios de comunicação. Dessa forma, esse direito pode ser oposto a jornais, revistas, rádios, televisão e internet. Esclarece André Ramos Tavares, mencionando Carlos Alberto Bittar:

Não se trata de menosprezar ou ignorar o direito à comunicação social, mas apenas estabelecer limites ao uso da imagem, para que as comunicações “se perfaçam em

<sup>58</sup> LIMA, Arnaldo Siqueira de. Op. cit., p. 21.

<sup>59</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *A constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.22.

<sup>60</sup> ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 105.

um regime de responsabilidade, em que verdade, honestidade, certeza da informação se constituam nas premissas básicas de sua atuação”.<sup>61</sup>

O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento que “a divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe reparação do dano”.<sup>62</sup>

Destarte, a imagem é tutelada como direito, mesmo que o seu uso não seja comercial e mesmo quando a sua divulgação não ofenda a dignidade, a honra ou o decoro da pessoa.<sup>63</sup>

Sendo considerado um direito da personalidade, o direito à imagem contrai, de forma genérica, as características pertencentes aos outros direitos dessa categoria. Os direitos da personalidade são, segundo Maria Helena Diniz, absolutos, intransmissíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. É fundamental a ressalva de que o caráter absoluto de tais direitos não significa que eles não possam sofrer restrições.<sup>64</sup>

O direito à imagem não deve ser confundido com o direito à vida privada, tampouco com o direito à honra, embora um seja essencial para afirmação do outro. Como exemplo de ofensa à honra, tem-se a seguinte situação hipotética:

Uma pessoa estabelece um contrato com uma empresa para divulgar sua imagem em um comercial de televisão; até aí nenhum problema. Imaginem, agora, que uma pessoa tenha a sua imagem difundida por uma empresa, sem sua autorização, em um comercial que enaltece, por exemplo, as qualidades de um pai perfeito; nesse caso, temos uma violação do direito à imagem, mas não tivemos uma violação do direito à honra. Agora, partamos para o exemplo de uma pessoa que, da mesma forma, não autorizou o uso de sua imagem, que é veiculada em um comercial que mostra esta pessoa de forma pejorativa, com comentários a ela desabonadores; teremos, aí, a invasão do direito à imagem e à honra.<sup>65</sup>

No que diz respeito à confusão existente entre o direito à vida privada e a imagem, imaginemos o seguinte:

Uma pessoa qualquer tenha permitido utilizar a sua fotografia, tirada no aconchego de seu lar, por uma empresa interessada em divulgar um determinado produto, mediante contrato. Posteriormente, esta empresa vende as fotos para uma outra empresa, que faz a divulgação da foto da pessoa. Há possibilidade de se falar no direito à intimidade ou vida privada? Óbvio que não, porque a pessoa permitiu expressamente a fotografia em seu lar. Entretanto, o direito à imagem foi violado no segundo caso, já que não houve consentimento para tal.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 546.

<sup>62</sup> Recurso Extraordinário n. 95.872, DJ, 1º out. 1982, p. 9830, RTJ, v. 104-02, p. 801, rel. Min. Rafael Mayer.

<sup>63</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 547.

<sup>64</sup> LIMA, Arnaldo Siqueira de. Op. cit., p. 30.

<sup>65</sup> GUERRA, Sidney César Silva. Op. cit., p. 61.

<sup>66</sup> GUERRA, Sidney César Silva. Op. cit., p. 62.



Assim, é perceptível que esses direitos são autônomos, havendo a possibilidade de lesão a todos eles simultaneamente, e é possível que somente um deles seja lesado.

## 2 A TEORIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Impor o esquecimento é uma forma de manipular a memória coletiva utilizada, principalmente, pelos regimes totalitários para favorecerem os seus projetos de poder.

Controlar o tempo é algo impossível. O que se vive hoje, tão logo aconteça, torna-se passado. Contudo, a informação fica marcada na memória da pessoa, mas não necessariamente da maneira em que foi vivenciada, uma vez que o ser humano, propositalmente ou não, tende a selecionar os momentos que deseja lembrar.

Notoriamente, é compreensível que as pessoas queiram que erros passados ou episódios constrangedores em que se envolveram caiam no esquecimento. No entanto, não há possibilidade de todo desejo ser legitimamente transformado em direito fundamental.

Conforme será explicado adiante, é possível reconhecer o “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, mas os direitos fundamentais devem ser assegurados de maneira igual a todos os que se encontrarem na mesma situação. Assim, a afirmação de um direito fundamental de não ser lembrado contra a vontade, por exemplo, por fatos embaraçosos, correlaciona-se com a possibilidade de assegurar este direito a todos, além de se ter que considerar a probabilidade de violação de outras garantias.

### 2.1 Delimitação do tema

Não há como falar de direito ao esquecimento sem que haja um confronto com a História, pois ela é a antítese do esquecimento. Heródoto, conhecido como o “pai da história”, ensinou que o objetivo desta é, justamente, evitar o esquecimento, de modo que a lembrança do que os homens fizeram seja sempre preservada.<sup>67</sup>

A História é armazenada de forma distinta na memória de cada ser humano, visto que é influenciada por fatores emocionais e pessoais. Ela possibilita uma melhor compreensão do mundo e é uma importante arma para enfrentar os problemas atuais, de forma que seja possível enfrentá-los mais crítica e conscientemente.

Atualmente, pode-se perceber que há novos personagens na História. Ao contrário do que ocorria, além dos líderes políticos e personalidades importantes, fazem parte dela, também, pessoas comuns, inclusive as integrantes de grupos menos favorecidos.

---

<sup>67</sup> SARMENTO, Daniel. Parecer. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

A memória coletiva é uma construção social, composta de informações, mitos e narrativas que foram divididas com a sociedade e que fazem parte da cultura, proporcionando um sentido de identidade, de pertencimento, que é essencial à vida do ser humano e da sociedade.<sup>68</sup>

No que diz respeito à memória, explica Pablo Dominguez:

Esquecer é tão importante quanto lembrar, pois possibilita que o ser humano selecione as informações ininterruptamente recebidas pelo cérebro, preservando somente aquelas memórias que o indivíduo considerar como úteis, necessárias ou significativas. Não existe contradição entre lembrar e esquecer, pois os dois atos fazem parte do mesmo processo e, em realidade, são fenômenos complementares, pois é no processo de formulação de novas memórias em que se observa o constante e necessário esquecimento de outras.<sup>69</sup>

É difícil imaginar algo que ameace mais o direito à memória coletiva do que o direito ao esquecimento, pois que, se alguma pessoa possui o direito de não ser lembrado pela coletividade por fatos pretéritos desabonadores, significa que a sociedade não tem o direito de preservar a memória sobre estes fatos. Universalizar o direito ao esquecimento tornaria possível a extinção da memória coletiva.

A memória individual realiza-se nos mais variados contextos e grupos, permitindo que as experiências pessoais transcendam e estabeleçam uma memória coletiva. Assim ensina Maurice Halbwachs:

Dito em outras palavras, o indivíduo participaria em dois tipos de memória. Mas, segundo participe em uma ou outra, adotaria atitudes muito distintas e até contrárias. Por uma parte, na perspectiva de sua personalidade ou de sua vida pessoal é onde se produziriam suas memórias; as que compartilha com os demais, só as veria sob o aspecto que lhe interessasse, distinguindo-se da percepção dos demais. Por outra parte, em determinados momentos seria capaz de comportar-se simplesmente como membro do grupo que contribui a evocar e manter as memórias de forma impessoal, na medida em que estas interessem ao grupo.<sup>70</sup>

Portanto, segundo tal pensamento, conclui-se que o requisito fundamental para a perpetuação da memória coletiva é diretamente proporcional ao grau de importância que cada um de seus membros atribui a dado acontecimento.

Dessa forma, pode-se ajustar este ensinamento à realidade atual, uma vez que há uma correlação direta entre o direito à informação da coletividade e a aplicação do direito ao

---

<sup>68</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>69</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento. A proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62.

<sup>70</sup> HALBWACHS, Maurice. *La memoria colectiva*. Tradução de Inês Sancho-Arroyo. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004, p. 53.

esquecimento de um membro, do ponto de vista individual. Destarte, a partir do momento que o acontecimento passado não é mais lembrado e desejado pela pessoa, a relevância de sua memória perde força no contexto social.<sup>71</sup>

Ainda no que tange à memória, é imprescindível abordar a memória “infinita” da Internet e de outras tecnologias disponíveis nos dias atuais. O avanço e as vantagens tecnológicas são inquestionáveis. A Internet possibilita a realização de pesquisas, a comunicação imediata com pessoas nas redes sociais, entretenimento, lazer, caracterizando ferramenta essencial para o desenvolvimento da sociedade.

As tecnologias permitem o armazenamento das mais variadas informações, sem limites, sobretudo de dados pessoais de milhares de indivíduos, informações estas que podem ser utilizadas para as mais diferentes finalidades. Esta realidade tornou possível o acesso generalizado a dados, fatos e informações pessoais de indivíduos comuns na sociedade, que são, ocasionalmente, constrangedores e que ocorreram há anos.

O Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar, no ano de 1995, já previa o problema da “eterna memória” da Internet, conforme demonstra sua decisão:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo em que o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes sequer saber da existência de tal atividade (...). E assim como o conjunto dessas informações (...) também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica.<sup>72</sup>

Assim, na atualidade, é possível encontrar facilmente dados como o nome, a idade, o CPF, o patrimônio e propriedades dos indivíduos na Internet. As informações pessoais dos usuários da rede circulam sem complicações. É possível, por meio de pesquisas, acessar dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos, de modo que são universalmente divulgadas, criando a possibilidade de que os direitos da personalidade e, principalmente, a dignidade da pessoa, sejam afetados.

---

<sup>71</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 69.

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 22.337-RS. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 13 fev. 1995. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199200114466&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

É essencial a construção de instrumentos jurídicos que possibilitem às pessoas o controle sobre os dados pessoais que não sejam relevantes e que não apresentem interesse público. Nesse âmbito, o direito ao esquecimento encontra fundamento legítimo para ser desenvolvido.<sup>73</sup>

Cabe, então, abordar o conceito do direito ao esquecimento, também conhecido como o “direito de ser deixado em paz”<sup>74</sup>. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, direito ao esquecimento é “um direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores”.<sup>75</sup>

Trata-se de um direito independente relacionado à memória individual, que, assim como a memória coletiva, é merecedora de ser protegida pelo ordenamento jurídico.

Pablo Dominguez Martinez o conceitua como:

O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.<sup>76</sup>

Dessa forma, entende-se que o direito ao esquecimento possibilita que a pessoa não autorize a divulgação de um fato passado que a expõe ao público geral, de modo a causar-lhe sofrimento e perturbações.

Tal direito fundamenta-se na vedação de obrigar um indivíduo a conviver com situações pretéritas trazidas à tona por pessoas interessadas somente na exploração de fatos já consolidados e esquecidos pelo decorrer do tempo, sem haver nenhuma razão plausível para os rememorar por meio da divulgação.

Nesse sentido, leciona Daniel Bucar:

(...) o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado. Contudo, há situações em que o controle temporal cede espaço a outros interesses que permitem o tratamento atual de dados passados, ainda que haja manifestação de

<sup>73</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 43.

<sup>74</sup> O termo é conhecido por “*derecho al olvido*” nos países de origem espanhola; “*the right to be alone*”, “*the right to be forgotten*”, nos Estados Unidos da América; “*droit à l’oubli*”, na França; “*Recht auf Vergessenwerden*”, na Alemanha; e, no Brasil, também recebe o nome de “direito de ser deixado só” e “direito de estar só”.

<sup>75</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>76</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 80.

recusa (ou ausência de consentimento) por parte do indivíduo atingido. São duas, a propósito, as hipóteses que possibilitam o tratamento não desejado: (a) a presença de valor existencial de igual ou superior relevância ao do interessado e (b) tratamento dos dados com conteúdo histórico, cuja divulgação encontra-se inserida em uma das vertentes da liberdade de expressão.<sup>77</sup>

Já na percepção de Daniel Sarmiento, a obrigação de esquecer fatos que tenham interesse público não pode ser caracterizada como um direito fundamental, uma vez que o regime constitucional brasileiro valoriza e protege profundamente o acesso à informação, assegura a memória coletiva e dá valor à História. Assim explica:

Afinal, reconhecer um direito de impedir a recordação de fatos passados desagradáveis ou desabonadores implica obstar o conhecimento e debate sobre questões que podem ser extremamente importantes para a sociedade, e que não despem do seu interesse público apenas pela passagem do tempo (...).<sup>78</sup>

Em contrapartida, para Pablo Dominguez, a aplicação e o reconhecimento do direito ao esquecimento protegem e atingem, de maneira indireta, a proteção de todos os outros direitos da personalidade reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, como o nome, a imagem, a honra, a privacidade. Além disso, o direito ao esquecimento visa estabelecer a paz individual da pessoa, aspecto essencial e indispensável da dignidade da pessoa humana. Esclarece:

O direito ao esquecimento desenha-se, assim, como um direito de defesa de sentido positivo. Permite-se que o indivíduo negue o acesso à sua informação pessoal, se oponha à sua recolha, difusão ou qualquer outro modo de tratamento. Mais do que defesa, é um direito de o indivíduo decidir até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe dizem respeito, construindo-se como uma liberdade, como um poder de determinar o uso de seus dados pessoais.<sup>79</sup>

Nessa interpretação, não se fala em apagar ou alterar o próprio passado, mas evitar que haja o aproveitamento inadequado de eventos pretéritos, que não mais possuem atualidade ou cuja divulgação não é de interesse da população, causando violação à dignidade do indivíduo.

Isto posto, o direito ao esquecimento é definido como um direito da personalidade. Suas principais características são iguais às de outros direitos da personalidade, sendo permanente, personalíssimo, indisponível, irrenunciável, extrapatrimonial, impenhorável e

<sup>77</sup> BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilística.com: revista eletrônica de Direito Civil*. Ano 2, n. 3, jul.-set./2013, p. 11. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2016.

<sup>78</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 31.

<sup>79</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 85.

imprescritível. Cabe ressaltar que tais qualidades só serão atribuídas a esse direito se os requisitos básicos estiverem preenchidos: ocorrência de lapso temporal razoável e falta de interesse público ou utilidade na informação divulgada.<sup>80</sup>

É possível extrair o direito ao esquecimento de uma interpretação do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê a proteção individual contra ingerência e abusos de terceiros. O texto do artigo é o seguinte:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ataques e interferências.<sup>81</sup>

Ou seja, utilizar dados esquecidos e estáticos pelo decurso do tempo, sem que haja algum interesse coletivo na sua divulgação, é uma ofensa aos direitos da personalidade. Assim explica o professor espanhol Angel Acedo:

Produce-se uma ingerência ilegítima, o ataque à vida privada das pessoas, quando, mediante a utilização de um simples buscador, ao alcance de todos os cidadãos, é permitido em apenas segundos, ter acesso a dados privados, que, mesmo que em algum momento pudessem chegar a ser públicos, justificada ou injustificadamente, perderam toda a sua vigência e interesse público, três, cinco, dez ou vinte anos depois.<sup>82</sup>

Tal qual o direito comparado, o direito brasileiro já prevê e aplica o direito a ser esquecido, mesmo que tal aplicação, ainda, não seja tão evidente. As formas de proteção e defesa do indivíduo fundamentadas no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização da informação são, de modo geral, maneiras de aplicar o direito ao esquecimento.

## 2.2 O direito ao esquecimento no Direito Comparado

A expressão “direito ao esquecimento” surgiu na França<sup>83</sup>, pelo Professor Gerard Lyon-Caen, ao comentar sobre uma decisão judicial proferida no ano de 1965. Em tal julgamento, a ex-amante de um famoso assassino em série (*serial killer*) pretendia que

---

<sup>80</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 84.

<sup>81</sup> ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 12. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

<sup>82</sup> PENCO, Angel Acedo. *El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX*. Comité para el Estudio y Difusión de Derecho en America Latina, p. 4.

<sup>83</sup> Em francês, “*droit a l’oubli*”.

houvesse a reparação dos danos causados pela exibição de um filme que apresentava fatos de seu passado que ela desejava que não mais fossem lembrados.<sup>84</sup>

A ação foi julgada improcedente. A justiça francesa concluiu que o filme era lícito, uma vez que foi embasado em informações judiciárias públicas e em memórias exteriorizadas pela própria autora.

Entretanto, em decisão no ano de 1983, o direito ao esquecimento foi reconhecido no Judiciário francês. O Tribunal de Paris o assegurou no caso *Madame M. v. Filipachi et Congedipress*,<sup>85</sup> que dizia a respeito de uma matéria jornalística sobre um crime ocorrido 15 anos antes da sua divulgação.

Posteriormente, a última instância da justiça civil francesa, em outro caso (caso *Mme Monanges v. Kern*)<sup>86</sup>, decidiu que não há que se falar em direito ao esquecimento quando se tratar de fatos passados que possuam interesse público e que tenham sido revelados de forma lícita.

Na Itália, há um interessante caso sobre o direito ao esquecimento. Determinado político foi processado por corrupção e foi, posteriormente, absolvido.<sup>87</sup> O processo foi divulgado pelo jornal famoso da época “*Corriere della Sera*”. Ocorre que a notícia ficou por tempo ilimitado disponível no arquivo histórico do jornal, cujo o acesso era possível por meio de sua página na Internet.

O tribunal italiano reconheceu ser lícita a atividade do jornal em conservar no histórico da página a informação sobre o referido político, uma vez que a passagem do tempo não retirava o interesse público. Contudo, julgou legítima a pretensão do autor, justificando que a notícia divulgada deveria ser atualizada, constando, também, a sua absolvição processual.

Pode-se concluir que, no caso supracitado, uma restrição à liberdade do jornal foi imposta, mas esta limitação possibilitou que o autor da ação exercesse seus direitos da personalidade e, ainda, acrescentou dados à informação, ampliando o acesso do público à mesma.

Outro caso italiano que aborda o tema é o denominado “Bolzano”. Nesse, o debate foi em torno do direito ao esquecimento em ambiente televisivo e ocorreu há cerca de 20

---

<sup>84</sup> *Affaire Landru, TGI Seine, 14 octobre 1965.*

<sup>85</sup> *TGI de Paris, 20 avril 1983.*

<sup>86</sup> O caso tratava de pessoa que pleiteava a exclusão de trechos de um livro que relatava suas atitudes condenáveis no período de ocupação nazista. Tais fatos já haviam sido expostos ao público no passado em processos judiciais que a imprensa divulgou.

<sup>87</sup> ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Terza Sezione Civile., nº 5525/2012. Julgado em 11/01/2012.



anos. Tratava da morte de uma menina de 13 anos, chamada Milena Sutter, assassinada brutalmente em 1971. O assassino foi preso, processado e condenado.

Assim como no famoso Caso Aída Curi, que será tratado detalhadamente nos próximos tópicos, antes da transmissão do programa de televisão “*I Grandi Processi*”, que reproduzia crimes famosos, a família de Milena requereu tutela de urgência, para que não fosse relatado o episódio ocorrido, com base no direito ao esquecimento. Entretanto, o Tribunal de Roma não atendeu ao pedido da família, uma vez que entendeu que havia interesse histórico na situação e permitiu a veiculação do programa.<sup>88</sup>

No que se refere à Alemanha, há importantes casos a serem mencionados. Os casos *Lebach I e II*, decididos pelo Tribunal Constitucional em 1973 e 1999, são imprescindíveis e serão tratados no tópico seguinte, devido à enorme relevância.

O caso conhecido por *Seidlmayr* relata outro interessante julgamento na Alemanha. Walter Seidlmayer, artista famoso, foi assassinado por dois irmãos no ano de 1990. Um dos irmãos, que estava preso e sairia da prisão em 2008, ajuizou incontáveis ações para que fossem retiradas da Internet as informações sobre o crime, que estavam arquivadas nas páginas de comunicação.

O processo chegou à Suprema Corte Alemã e a decisão foi baseada em variados dados do caso: o tempo decorrido, a veracidade da notícia divulgada, as conseqüências em manter as informações arquivadas, entre outros. Assim, o pedido do autor foi rejeitado, sob o argumento de que retirar os registros do crime das páginas da Internet levaria ao “apagamento da História”, fato que impediria a mídia de cumprir sua função constitucional de levar informações de interesse social ao público.

Um julgamento que reconheceu manifestamente o direito ao esquecimento foi o de *Melvin vs Reid*, ocorrido em 1931, no tribunal de Apelação da Califórnia. Gabrielle Darley, umas das partes do litígio, havia sido prostituta e fora acusada de homicídio em 1918, mas foi inocentada. Após o ocorrido, Gabrielle casou-se com Bernard Melvin, constituiu família e passou a ter prestígio social novamente.

Anos depois, Doroty Davenport Reid produziu um filme chamado *Red Kimono*, o qual abordava detalhadamente a vida que Gabrielle levava anteriormente. Assim, Bernard Melvin, seu marido, buscou na justiça a reparação pela violação à vida privada da esposa.

---

<sup>88</sup> ITÁLIA. *Tribunale Civile di Roma, Ordinanza*, 27 de novembro de 1996.

A Corte Californiana deu procedência ao pedido, justificando que Gabrielle passara a viver uma vida correta e, portanto, teria o direito à felicidade, o que inclui estar livre de ataques desnecessários ao seu caráter, posição social ou reputação.<sup>89</sup>

Na Espanha, há a chamada *Ley de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD)<sup>90</sup>, que contém o regime jurídico dos dados e regula a *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD).

Com fundamento nessa lei (LOPD), os cidadãos espanhóis reivindicaram a retirada de conteúdos indesejados de pesquisas nos motores de busca, com base no direito ao esquecimento. O pedido foi negado e, após receber inúmeras reclamações com os mesmos argumentos, a Agência Espanhola de Proteção de Dados retirou os conteúdos. Porém, não obteve sucesso algum de forma administrativa e, por isso, a celeuma foi para o Judiciário.

O Poder Judiciário espanhol encaminhou o processo ao Tribunal de Justiça da União Européia para que fosse decidido se seria reconhecido ou não o direito ao esquecimento no ordenamento europeu. O “processo C-131/12” julgou o caso, em que foram partes a *Agencia Española de Protección de Datos* e a *Google Spain*, e garantiu que há direito ao esquecimento no âmbito do território europeu.<sup>91</sup>

Dessa forma, qualquer motor de busca que tenha domínio dentro de um Estado-membro europeu está subordinado à interpretação proferida pelo Tribunal de Justiça da União Européia.<sup>92</sup>

Um trecho do Processo C-131/12 revela o início do reconhecimento ao direito ao esquecimento, demonstrando a perda da relevância da divulgação da informação em razão do tempo ou a pertinência de sua publicação, podendo caracterizar a falta do interesse público.

Decorre destas exigências, previstas no artigo 6º, nº 1, alíneas “c” a “e”, da Directiva 95/46, que mesmo um tratamento inicialmente lícito de dados exatos se pode tornar, com o tempo, incompatível com esta Directiva, quando esses dados já não sejam necessários atendendo às finalidades para que foram recolhidos ou tratados. Tal é o caso, designadamente, quando são objetivamente inadequados, quando não são

---

<sup>89</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 90.

<sup>90</sup> ESPANHA. Ley organica nº 15/1999 – Protección de Datos de Carácter Personal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acesso em: 23 maio 2016.

<sup>91</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-131/12. Partes: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Google Spain. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

<sup>92</sup> É válido ressaltar que para que o cidadão exerça o direito de retirar os dados dos motores de busca, deverá ter motivos relevantes para que seja retificada, apagada ou bloqueada a divulgação de dados que o indivíduo considere incompletos ou vagos. Ou seja, é possível que informações pretéritas sejam excluídas e não utilizadas, contanto que o interesse público e a atualidade na informação divulgada não prevaleçam.

pertinentes ou quando são excessivos atendendo a essas finalidades ou ao tempo decorrido.<sup>93</sup>

A decisão do Processo C-131/12 foi publicada em maio de 2014 e amplamente divulgada pelo mundo, principalmente nos países europeus, nos Estados Unidos da América e no Brasil.

Ante a decisão do Tribunal de Justiça da União Européia, o site de buscas *Google* passou a disponibilizar uma ferramenta que permite que o usuário solicite a exclusão, o apagamento de *links* de informações que lhes digam respeito. Contudo, tal ferramenta está disponível apenas para os usuários europeus, uma vez que visa cumprir a decisão ocorrida no Processo C-131/12.

Outrossim, tramita no Parlamento Europeu um projeto para que haja a reforma da Directiva 95/46/CE, que regula os dados pessoais. A emenda ao texto da lei prevê a autodeterminação pessoal informativa e assegura a proteção do direito ao esquecimento. Se for aprovada, a nova regra será aplicada em toda a Europa. A proposta é a seguinte:

Artigo 17º – Direito a ser esquecido e ao apagamento

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se aplique um dos motivos seguintes:

(a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

(b) o titular dos dados retira do consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea “a”, ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados;

(c) O titular dos dados opõe-se ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19º;

(d) O tratamento dos dados não respeita o presente regulamento por outros motivos.

2. Sempre que o responsável pelo tratamento referido no nº1 tiver tornado públicos os dados pessoais, deve adotar todas as medidas razoáveis, incluindo de carácter técnico, em relação aos dados publicados sob a sua responsabilidade, tendo em vista informar os terceiros que tratam esses dados que um titular de dados lhe solicita o apagamento de quaisquer ligações para esses dados pessoais, cópias ou reproduções desses dados. Se o responsável pelo tratamento tiver autorizado um terceiro a publicar dados pessoais, o primeiro é considerado responsável por essa publicação.

3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária:

(a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80º;

(b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81º;

(c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83º;

(d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do

---

<sup>93</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. Processo C-131/12, op. cit.

direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legitimado prosseguido;

(e) Nos casos referidos no n.º 4.

4. Em vez de proceder ao apagamento, o responsável pelo tratamento deve restringir o tratamento de dados pessoais sempre que:

(a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a exatidão dos dados;

(b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados pra efeitos de prova;

(c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização.

(d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18º, n.º2.

5. À exceção da sua conservação, os dados pessoais referidos no n.º4 só podem ser objeto de tratamento para efeitos de prova, ou com o consentimento do titular dos dados, ou para proteção dos direitos de outra pessoa, singular ou coletiva, ou por um motivo de interesse público.

6. Sempre que o tratamento de dados pessoais for limitado nos termos do n.º4, o responsável pelo tratamento informa o titular dos dados antes de anular a limitação ao tratamento.

7. O responsável pelo tratamento deve aplicar mecanismos para assegurar o respeito dos prazos estipulados para o apagamento dos dados pessoais e/ou para a fiscalização periódica da necessidade de conservar esses dados.

8. Se o apagamento for efetuado, o responsável pelo tratamento não pode realizar qualquer outro tratamento dos dados pessoais em causa.

9. São atribuídas competências à Comissão para adotar atos delegados em conformidade com o artigo 86º, a fim de especificar mais concretamente:

(a) Os critérios e requisitos para a aplicação do n.º 1 em setores e situações específicos que envolvam o tratamento de dados;

(b) As condições para o apagamento de ligações para esses dados, cópias ou reproduções destes dados existentes em serviços de comunicação acessíveis ao público, tal como previsto no n.º 2;

(c) Os critérios e condições aplicáveis à limitação do tratamento de dados pessoais referidos no n.º 4.<sup>94</sup>

As alterações previstas para o artigo 17º da Directiva 95/46/CE foram feitas com o escopo de advertir sobre a necessidade primordial do controle temporal das informações, de forma que regulem a autodeterminação destas.

No Brasil, o direito ao esquecimento está inserido na disciplina de proteção à privacidade, em que a tutela é, essencialmente, extraída do art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal e art. 21 do Código Civil.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> ESPANHA. Projeto de reforma da Directiva nº 95/46/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52012PC0011>>. Acesso em: 23 maio 2016.

<sup>95</sup> Art. 5º, X da CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; art. 5º, XI da CF – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; art. 5º, XII da CF – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; art. 21, CC – a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

### 2.3 Aplicação legal e jurisprudencial

O tema do direito ao esquecimento já foi bastante discutido no Superior Tribunal de Justiça, em casos emblemáticos como o da Chacina da Candelária e Aída Curi.

Conforme demonstrado anteriormente, a existência do direito ao esquecimento foi reconhecida no ordenamento brasileiro em 2013, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo STJ. O enunciado 513 possui o texto: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A justificativa para a sua elaboração foi a seguinte:

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 atribuí 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.

Guilherme Magalhães Martins, promotor de justiça do Rio de Janeiro e autor do supracitado enunciado, esclarece que o direito ao esquecimento não prevalece em relação ao direito à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, mas deve haver limitações a essas prerrogativas.

O autor explica, também, que, ainda que o enunciado 531 não tenha força normativa, ele refere-se a uma interpretação do Código Civil a respeito dos direitos da personalidade, ao assegurar que as pessoas têm o legítimo direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa.

O coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada, desembargador Rogério Fialho Moreira, possui a seguinte opinião no tocante ao tema:

Não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de superinformacionismo. O enunciado contribui, e muito, para a discussão do tema, mas ainda há muito espaço para o amadurecimento do assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o esquecimento de determinado fato, com a decretação judicial de sua eliminação das mídias eletrônicas.

Dessa forma, o direito ao esquecimento tem por objetivo a proteção temporal das informações, que, devido à falta de utilidade e contemporaneidade, está inserida no campo de proteção individual.

Sobre o tema, François Ost, filósofo do direito e professor na Faculdade Saint Louis, em Bruxelas, ressalta:

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito à vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.”<sup>96</sup>

No Brasil, o direito ao esquecimento já é aplicado, ainda que não seja perceptível de forma clara. Todas as maneiras de proteger e defender o indivíduo com base no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização de informação são, de certa forma, maneiras de aplicá-lo. Assim explica Pablo Dominguez:

O Direito serve como fator de estabilização do passado, conferindo segurança jurídica e previsibilidade ao futuro em razão da aplicação de seu regramento na sociedade. Vários são os institutos de estabilização, tais como a prescrição, a decadência, o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.<sup>97</sup>

Aqui, vale mencionar um instituto que aplica o direito ao esquecimento, utilizando em um de seus conceitos, inclusive, o termo “esquecimento”: a anistia. Fernando Capez define anistia como “a lei penal de efeito retroativo que retira as conseqüências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais”.<sup>98</sup>

Outro instituto brasileiro em que o direito ao esquecimento é aplicado é a reabilitação, prevista no Código Penal e no Código de Processo Penal. A reabilitação atinge qualquer pena aplicada em sentença definitiva, criando a possibilidade de assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação e a retirada dos dados da

<sup>96</sup> OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 160.

<sup>97</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 95.

<sup>98</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 256.

folha de antecedentes criminais, desde que solicitada até dois anos após o cumprimento da pena.

O escopo da reabilitação é possibilitar o cancelamento do registro da condenação, excluindo da folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e, assim, restaurar os direitos atingidos pela condenação.

Há, também, na seara civil, previsão do direito ao esquecimento. O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 43 e 44,<sup>99</sup> dispõe sobre banco de dados e cadastros dos consumidores e estabelece prazo máximo de cinco anos para que as informações negativas relativas ao crédito do consumidor sejam utilizadas. Ainda estipula que é proibido utilizar tais dados para impedir ou dificultar o acesso ao crédito.

Assim, é notório que o direito ao esquecimento está presente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não seja abordado de maneira direta. Alguns casos nacionais a respeito do tema são sempre recordados e fazem parte de nossa jurisprudência. Estes serão versados nos tópicos a seguir, além dos famosos casos, mundialmente conhecidos, *Lebach I* e *Lebach II*.

### 2.3.1 Os casos *Lebach I* e *Lebach II*

Em Lebach, lugar situado na República Federal da Alemanha, no ano de 1969, à noite, ocorreu a chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições. Dois dos acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua e o terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter auxiliado na preparação do crime, tendo cumprido sua pena integralmente.

---

<sup>99</sup> Art. 43, CDC – O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. §1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. §2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. §3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. §4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. §5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. Art. 44, CDC – Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. §1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. §2º Aplica-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.

Um canal de televisão alemão, *ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen)*, produziu um documentário que relatava o ocorrido, por meio da dramatização de atores, entretanto, os nomes de todos os condenados e as fotos apresentadas eram reais, expondo acontecimentos da noite do crime, a perseguição da polícia, a prisão e, também, aspectos estritamente íntimos dos acusados, como ligações homossexuais que existiam entre eles.

A intenção era que o documentário fosse exibido em uma sexta-feira, poucos dias antes de o terceiro condenado deixar a prisão. Dessa forma, este tentou impedir a apresentação do programa, ao pleitear uma tutela liminar, requerendo, basicamente, a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição Alemã e alegando a violação aos seus direitos da personalidade, uma vez que seu nome seria citado no documentário, fato que, obviamente, dificultaria sua ressocialização.

Seu pedido foi negado nos tribunais ordinários, Tribunal Estadual de *Mainz* e Tribunal Superior de *Koblenz*, que justificaram que o envolvimento do acusado no crime faz com que ele se torne personalidade da história e, por isso, há interesse público na divulgação do documentário.<sup>100</sup>

O caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão e este julgou procedente o pleito do reclamante, pois foi identificada a violação ao direito de desenvolvimento da personalidade e, então, o canal televisivo não possuía permissão para exibir o documentário com a foto ou o nome do reclamante expostos. Ademais, em razão do transcurso do tempo, muitos anos desde a data do crime, a informação não apresentava mais significativo interesse público. O Tribunal justificou a decisão nestes termos:

Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área a vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). A ameaça à ressocialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.<sup>101</sup>

A ementa do acórdão é a seguinte:

<sup>100</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Org. MARTINS, Leonardo. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 486-495.

<sup>101</sup> SCHWABE, Jürgen. Op. cit., p. 487.



1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (*Kunsturhebergesetz*) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).<sup>102</sup>

À vista disso, no ano de 1973, no caso *Lebach I*, a Corte germânica reconheceu o direito ao esquecimento. No entanto, ultimamente, a jurisdição constitucional alemã está protegendo de forma mais profunda a liberdade de expressão quando há conflitos com os direitos da personalidade.

Em 1999, no caso *Lebach II*, um novo documentário a respeito do mesmo caso estava sendo preparado para ser divulgado por outro canal televisivo alemão. Um dos autores do crime tentou impedir que o programa fosse ao ar. Porém, dessa vez, a Corte germânica afastou a proibição de veiculação do programa, imposta nas instâncias judiciais inferiores, em defesa da proteção da liberdade comunicativa.<sup>103</sup>

Dentre os argumentos utilizados para diferenciar o caso *Lebach II* do caso *Lebach I*, o Tribunal concluiu que a exibição desse novo programa não implicaria em risco para a ressocialização de um dos condenados, pois que já havia decorrido anos desde que ele fora solto, além de que não havia, no documentário, elementos para identificar os autores do crime.

Ingo Wolfgang explica as alegações do Tribunal:

<sup>102</sup> 35 BVerfGE 202 (1973).

<sup>103</sup> 1 BVerfGE 349 (1999).

Além disso, na sua argumentação, O TCF aduziu que o direito geral de personalidade não assegura aos autores de crimes um direito subjetivo no sentido de que a opinião pública não possa mais ser confrontada com os fatos, direito que também não poderia – segundo o tribunal – ser extraído do julgamento de 1973. Isso pelo fato de que, no primeiro caso, o TCF apenas constatou que o direito da personalidade está protegido de uma temporalmente ilimitada atenção dos meios de comunicação com a pessoa do criminoso e sua vida privada, mas não assegura uma absoluta imunidade em relação a uma indesejada representação pública de acontecimentos relevantes para a personalidade, sendo, portanto, determinante o quanto, no caso concreto, a difusão pela mídia de informações pode afetar os direitos de personalidade.<sup>104</sup>

Ainda no âmbito dos argumentos dados pelo Tribunal, a “liberdade de radiodifusão” é assegurada, porém não sem reservas. Cabe aos tribunais, caso haja colisão com outros direitos, solucionar o caso, considerando o art. 5º, §2º da Lei Fundamental Alemã. Deve-se considerar, ainda, normas ordinárias, com a ressalva de que a atuação do Tribunal Constitucional, em questões civis, apenas ocorre quando e se houver violação total aos direitos fundamentais e em caráter de reserva.<sup>105</sup>

Alegou que o direito geral da personalidade é protetivo dos indivíduos em situações como as representações de pessoa que distorcem ou desfiguram sua imagem de maneira pública, dificultando ou impedindo que o indivíduo desenvolva sua personalidade. Ofende, também, esse direito fundamental, as representações que ameaçam significativamente a reintegração dos delinquentes à sociedade depois de terem cumprido suas penas.

O Tribunal esclarece que no caso *Lebach I* preservou o direito geral da personalidade pois, naquela situação, havia uma lesão capaz de tornar permanente ao indivíduo a condição de criminoso. Tratou-se, então, de uma análise da intensidade do ato que influenciou no direito de desenvolvimento da personalidade do condenado. Nos termos do acórdão “é de se lembrar que o mero fato de ter cumprido a pena de prisão não significa que o criminoso adquiriu o “direito de ser deixado em paz”.”

A violação aos direitos fundamentais dos condenados no caso *Lebach I* foi muito significativa, visto que o programa televisivo conferiu um caráter sensacionalista ao documentário, expondo o nome e divulgando fotografias dos indivíduos envolvidos. A

---

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais. Do caso *Lebach* ao caso *Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. *Revista Consultor Jurídico*. 5 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

<sup>105</sup> JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Direito Comparado. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Revista Consultor Jurídico*. 25 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

exibição do documentário, claramente, dificultaria consideravelmente a ressocialização desses.

No caso *Lebach II*, em relação ao programa da SAT 1, não há o mesmo nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos envolvidos no crime. O delito havia ocorrido 30 anos antes da divulgação do programa, fato que diminuía bastante os riscos para a ressocialização do indivíduo.

O Tribunal concluiu, ainda, que proibir a exibição de um programa é sempre uma grande violação ao direito fundamental, devido ao direito garantido constitucionalmente à radiodifusão.<sup>106</sup>

Assim, resta claro que o acórdão do caso *Lebach II* rejeitou a tese de que havia violação aos direitos fundamentais do reclamante, obtendo conclusão absolutamente diversa do acórdão do caso *Lebach I*, haja vista as circunstâncias específicas e diferenciadas de cada caso.

### 2.3.2 O caso da Chacina da Candelária

No dia 23 de julho de 1993, por volta de uma hora da manhã, mais de quarenta crianças e adolescentes dormiam nos arredores da Igreja da Candelária, no centro do Rio de Janeiro.

Um grupo de homens armados chegou ao local em que dormiam as crianças de rua e matou oito dos jovens. Quatro desses jovens foram mortos a tiros, na própria escadaria da igreja, um foi assassinado ao tentar fugir, um morreu em decorrência dos ferimentos e os outros dois foram levados de carro pelos criminosos até o Aterro do Flamengo, local em que foram executados. Seis das oito crianças assassinadas eram menores de idade.

J.G.M., um dos indiciados como coautor/partícipe da sequência de homicídios, foi submetido ao Tribunal do Júri por ter supostamente participado do crime. Ao final do processo, foi absolvido por negativa de autoria por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Anos após o ocorrido, a empresa Globo Comunicações e Participações S/A procurou J.G.M. com a intenção de entrevistá-lo para a produção de uma dramatização em um programa televisivo, o “Linha Direta – Justiça”. Ele se recusou a dar a entrevista e manifestou seu desinteresse em ter sua imagem apresentada em rede nacional.

---

<sup>106</sup> JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Direito Comparado. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. *Revista Consultor Jurídico*. 25 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

Entretanto, em junho de 2006, o programa foi exibido e nele mencionaram que J.G.M. estava envolvido na chacina, mas fora absolvido pelo tribunal do júri.

Entendendo que seus direitos da personalidade haviam sido violados, J.G.M. ajuizou ação de reparação de danos morais em face da emissora de televisão, com uma indenização no valor de trezentos salários mínimos, com a justificativa de que sua imagem e nome foram reportados de forma ilícita no programa e isso causou-lhe forte abalo moral.

Conforme o julgamento, entendeu-se que a situação levada ao público já havia sido superada, de forma que reacendeu na sociedade a imagem de chacinador ao autor da ação e o ódio por ele. Assim, seus direitos à paz, ao anonimato e à privacidade foram infringidos, estendendo-se os prejuízos, também, aos seus familiares.<sup>107</sup>

A divulgação da matéria prejudicou, principalmente, a vida profissional de J.G.M., uma vez que, depois disso, não conseguiu um emprego. O autor ainda teve que se desfazer de todos os bens que possuía e sair da comunidade em que morava para se proteger e pela segurança de sua família, pois que estava sendo ameaçado por “justiceiros” e traficantes do local.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Capital/RJ, ao ponderar o interesse público da notícia acerca de um evento que foi traumático para a história nacional e cuja repercussão foi desastrosa para a imagem do país face o direito ao anonimato e ao esquecimento do autor, entendeu que prevaleceria o primeiro, julgando improcedente o pedido de indenização.

O autor recorreu da decisão e a sentença foi reformada. A ementa é a seguinte:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal.

I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

---

<sup>107</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 18 maio 2016.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização.<sup>108</sup>

A emissora, parte ré, opôs embargos infringentes, que foram, por maioria, rejeitados, nos termos da ementa a seguir:

Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: "Chacina da Candelária". Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, ao fim, inocentada. Uso inconstitucional de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação "vs" Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios.

1. Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor - acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de glória lembrança, a "Chacina da Candelária". Por isto mesmo, não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção - alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir.

2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década. Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte.

3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma derivação, o chamado "direito ao esquecimento", também chamado pelos norte-americanos de "direito de ser deixado em paz". Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem. Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua

<sup>108</sup> Conforme informação do resumo no relatório do Resp. nº 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/2013.

vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.

5. Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), de certo protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.

6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconstentido da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra. Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (CF. art. 5o, V, da CF).

7. Tomando em linha de conta a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor (relançado na *persona* de "suspeito" entre as pessoas de sua convivência comunal), e o conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral, a verba aparentemente exagerada de R\$ 50.000,00 se torna adequada - tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico. Desprovemento do recurso.<sup>109</sup>

Com o desprovemento do recurso, foram opostos embargos de declaração. Esses foram, também, rejeitados. Sucederam, então, os recursos especial e o extraordinário.<sup>110</sup>

A emissora Globo, em sede de recurso especial, alegou que não há dever de indenizar, dado que é ausente a ilicitude do ato. A idéia do programa "Linha Direta" é comum tanto no Brasil, quanto no exterior. Inúmeras vezes essas espécies de programa jornalístico divulgaram casos criminais célebres. Além disso, livros, jornais, revistas, cinema, televisão e rádio se dedicam, habitualmente, a publicar matérias sobre crimes notáveis do passado.

Argumentou, também, que não houve invasão alguma à privacidade ou intimidade do autor, uma vez que os fatos que foram ao ar por meio do programa eram do conhecimento de todos da sociedade e já eram discutidos, de modo que faziam parte do acervo histórico da comunidade.

Aduziu que o documentário tratava de assunto com relevante interesse público e que a recorrente se preocupou em narrar apenas os fatos que realmente ocorreram, sem ofender o autor, deixando, inclusive, claro que ele fora absolvido e inocentado.

<sup>109</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial. ARE nº 789246. Relator Ministro Celso De Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 18 maio 2016.

Dessa forma, conforme os fundamentos da recorrente, não caberia acolher o “direito ao esquecimento ou o direito de ser deixado em paz”, que, nesse caso, prevaleceria sobre o seu direito de informar.

Ademais, a emissora informou que seria impossível dramatizar a tragédia da Chacina da Candelária sem citar o recorrido, posto que ele era uma peça chave do ocorrido e do confuso inquérito policial. Ocultar o nome e a imagem do recorrido ou dos demais inocentados do crime seria deixar o programa jornalístico sem nexos, pois que um dos mais importantes aspectos que envolveram o caso foi a conturbada e incompetente investigação feita pela polícia.

De acordo com a recorrente:

O simples fato da pessoa se relacionar com a notícia ou fato histórico de interesse coletivo já é suficiente para mitigar seu direito à intimidade, tornando lícita a divulgação de seu nome e de sua imagem independentemente de autorização.<sup>111</sup>

Assim, a emissora requereu, subsidiariamente, que fosse reconhecida a inexistência de dano moral ou que fosse considerada exorbitante a indenização pleiteada pelo autor.

No acórdão proveniente do julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, assim como o direito ao esquecimento é acolhido no estrangeiro, é, também, aplicável ao cenário interno, com base nos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana e no direito positivo infraconstitucional.

Conforme o tribunal, a afirmação de que uma notícia lícita não se torna ilícita com o decorrer do tempo não possui nenhuma base jurídica. Nas palavras do ministro relator do recurso, “o ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o que esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito, sim, reagitar o que a lei pretende sepultar”.<sup>112</sup>

No tocante ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e absolvidos em algum processo criminal, é perceptível que a doutrina dá prevalência, em regra, ao último, salvo nas hipóteses de crimes genuinamente históricos,

---

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial. ARe nº 789246. Relator Ministro Celso De Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial. ARe nº 789246. Relator Ministro Celso De Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 18 maio 2016.

quando desvincular os envolvidos da narrativa não for possível. Assim leciona Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade em relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.<sup>113</sup>

Assim, a corte superior entendeu que reconhecer o direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente suas penas e, mais ainda, dos que foram absolvidos, simboliza evolução humanitária e cultural da sociedade, além de tornar concreto um ordenamento jurídico que, entre a memória e a esperança, opta pela segunda.

Por isso, o direito ao esquecimento demonstra imensa nobreza, revelando-se como um direito à esperança, absolutamente de acordo com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Contra decisão que negou provimento ao Recurso Especial, a recorrente interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Na Suprema Corte o processo ainda encontra-se em tramitação.<sup>114</sup>

### 2.3.3 O caso *Aída Curi*

Aída Curi foi assassinada aos 18 anos de idade no dia 14 de julho de 1958, no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro.

A vítima foi levada, contra a sua vontade, ao topo do Edifício Rio Nobre por dois homens, os quais a agrediram até que ela desmaiasse. Para que não fossem descobertos, os rapazes atiraram a jovem do décimo segundo andar do prédio, simulando um suicídio. Aída faleceu devido à queda.

Anos após o ocorrido, o programa “Linha Direta – Justiça”, produziu um documentário que relatava a vida, a morte e o pós-morte de Aída Curi. Com isso, Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Mauricio Curi, irmãos da vítima, ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da emissora Globo, canal em que o programa era exibido.

O homicídio de Aída e o processo criminal ficaram nacionalmente conhecidos devido à divulgação do noticiário. Os autores da ação afirmaram que eram os únicos irmãos

---

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

<sup>114</sup> O último andamento foi em 01/06/2015. O recurso foi encaminhado para vista da PGR e foi juntada uma petição. BRASIL, STF. ARe nº 789246, Min. Rel. Celso De Mello.



vivos da vítima e que o crime já havia sido esquecido pelo passar do tempo, mas que, com a exibição do documentário, feridas antigas foram reabertas, veiculando novamente a história de Aída, expondo, inclusive, sua imagem na transmissão do programa.

Entenderam os autores que a exploração do caso pela recorrida, após anos desde a data em que o crime fora cometido, foi ilícita. Argumentaram que a emissora foi previamente notificada de que os familiares de Aída não gostariam que o documentário fosse ao ar, de forma que, com a divulgação, houve enriquecimento ilícito por parte da emissora, pois explorou tragédia familiar passada, obtendo lucros com a audiência e a publicidade.

Assim, os autores requereram indenização por danos morais, alegando que a reportagem fez com que eles revivessem uma dor do passado, e danos materiais e à imagem, baseados na exploração comercial da falecida vítima com objetivo econômico.

O Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores. A sentença foi mantida em grau de apelação, nos termos da ementa a seguir:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA "LINHA DIRETA JUSTIÇA". AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos autores, em programa denominado "Linha Direta Justiça".

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.  
2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes, é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

Contra a decisão, dois embargos de declaração foram opostos e ambos foram rejeitados. Sobrevieram, então, recursos especial e extraordinário.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento ao recurso especial, interposto paralelamente ao recurso extraordinário.

No julgamento do recurso especial, o tribunal afirmou que o conflito entre a liberdade de expressão e de informação, materializada na liberdade da imprensa, e atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, privacidade e a honra, é inegável. A controvérsia existente no caso em questão transitava na falta de atualidade da notícia divulgada pelo documentário, o qual, para os autores do recurso, reabriu feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi.

A referida turma da Corte Superior, ao analisar os contornos de uma possível ilicitude de matérias jornalísticas, adotou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa não é absoluta e, assim, possui limitações, tais como:

(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais se incluem os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar pessoa (*animus injuriandi vel deffamandi*).<sup>116</sup>

A verdade é uma limitação à liberdade de informar. Na concepção do tribunal, a liberdade de informação deve sucumbir frente a uma notícia inverídica. Entretanto, apesar de uma notícia infundada ser obstáculo à liberdade de informação, a veracidade dessa não faz com que sua licitude seja inquestionável e, tampouco, transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.

Destarte, o Superior Tribunal concluiu que não houve abalo moral capaz de gerar responsabilidade civil por parte da emissora. Portanto, diferentemente do que ocorreu no Caso da Chacina da Candelária, o direito ao esquecimento não foi reconhecido, uma vez que a corte entendeu que acolhê-lo representaria censura desproporcional à liberdade de imprensa em relação ao incômodo emocional causado pela lembrança trazida no documentário. O teor da ementa é o seguinte:

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

---

<sup>116</sup> REsp, 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012.

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

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

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

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

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

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendido, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

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

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

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo

moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.<sup>117</sup>

Com efeito, na percepção do Superior Tribunal, o direito ao esquecimento não alcançaria o caso em questão, dado que o documentário exibido reviveu, anos após o crime, acontecimento que entrou para domínio público, de forma que seria impossível que a imprensa exercesse sua atividade para dramatizar e retratar o caso de Aída Curi, sem Aída Curi.

Em relação ao recurso extraordinário interposto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Na Suprema Corte o processo ainda não foi julgado, encontra-se em andamento.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

<sup>118</sup>O último andamento do recurso foi em 19/03/2015, em que foi encaminhado para vista da PGR. BRASIL, STF, ARe. nº 833248-RJ, Rel. Min. Dias Toffoli.

### **3 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS – DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO**

A proposta do presente capítulo não é de meramente analisar o confronto entre os direitos de informação e expressão e todos os direitos da personalidade, mas, sim, de realizar uma ponderação especificamente com a proteção da memória individual e, por consequência, com a tutela do direito ao esquecimento.

Não causa estranheza a ninguém a limitação temporal imposta pelo Código de Defesa de Consumidor, já mencionada, de restringir o tempo de utilização de dados negativos inseridos em banco de dados, ainda que exista notório interesse público, pois que tais informações possibilitam o conhecimento de quem foi inadimplente e descumpriu obrigações contratuais.

Assim, é evidente que o direito ao esquecimento está presente, ainda que não de maneira tão clara, em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, tal como no CDC, entretanto, há uma resistência e negação, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, ao instituto.

É primordial o entendimento de que a lembrança de fato pretérito é totalmente possível, uma vez que o direito ao esquecimento não é absoluto, mas, devido à ação do tempo, há a presunção de que a informação perdeu sua força em detrimento da proteção da memória individual.

Deve-se estabelecer o que é uma informação realmente útil, de modo que seja possível conferir maior estabilidade e proteção aos direitos da personalidade, sem que isto signifique censura ou inviabilização dos direitos à liberdade de expressão e informação legítima.

#### **3.1 Efetivo interesse público e curiosidade pública**

Um elemento imprescindível para que a liberdade de informação seja legítima é o efetivo interesse público, ou seja, a existência de uma utilidade real no dado que é divulgado. Desse modo, deve-se fazer uma distinção que é fundamental: efetivo interesse público e curiosidade pública.

Apesar do entendimento de que a figura pública tem um campo de proteção aos seus direitos da personalidade limitado devido à sua exposição e posição na sociedade, tal fato não lhes retira de um âmbito mínimo de proteção. Adriano de Cupis explica esse pensamento:

No que respeita a pessoas revestidas de notoriedade, a lei entendeu satisfazer o interesse do público em conhecer a sua imagem. A rigorosa determinação de tais pessoas não se apresenta fácil, mas, de um ponto de vista geral, as pessoas objeto daquela publicidade podem identificar-se, sobretudo pela notoriedade na arte, na ciência, no desporto, na política.

Elas consentem, de uma forma geral, tacitamente, na difusão da sua imagem, que consideram uma consequência natural da própria notoriedade, mas, mesmo que se pudesse provar o contrário, seria isso irrelevante dado o reconhecimento do interesse público por parte da lei.

De qualquer modo, mesmo as pessoas revestidas de notoriedade conservam o direito à imagem, relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências da curiosidade pública têm que se deter. A limitação estabelecida pela lei deve entender-se, por sua vez, com esta restrição.<sup>119</sup>

É inquestionável que políticos, atores, músicos, esportistas e pessoas que atraíam grande interesse midiático sofrem exposições diárias como consequência do que fazem. Entretanto, tal exibição natural da profissão não autoriza uma integral devassa de fatos que não possuem qualquer viés informativo, de forma que os limites dos direitos da personalidade, como o nome, a imagem e a honra, sejam absolutamente desconsiderados.

O ser humano apresenta dois aspectos inerentes: o externo, que abrange as relações sociais, e o interno, que engloba o seu carácter efetivamente individual, privado. O aspecto privado é caracterizado pela proteção à privacidade e à memória individual, que é um elemento fundamental do carácter mais intrínseco do ser humano.<sup>120</sup>

Assim, informações e dados que sejam relevantes à memória pessoal e que tenham ligação imediata com a lembrança particular são protegidos e pertencem ao aspecto privado e interno do indivíduo.

Em virtude da proteção integral que deve ser atribuída ao aspecto interno do ser humano, a análise do efetivo interesse público e a utilidade na informação a ser lembrada deve ocorrer apenas com relação à sua face externa e sua relação com a coletividade.

Aqui, é válido ressaltar que as informações referentes à face externa do indivíduo devem, também, ter real utilidade em sua divulgação, caso contrário, serão abusivas e ilegais. Nas palavras de Pablo Dominguez:

Se uma informação é divulgada com intuito sensacionalista, expondo a vida privada e a memória pessoal de um indivíduo em virtude de interesses comerciais ou para gerar celeumas familiares, viola a proteção conferida pelos direitos da personalidade, já que tais dados integram o prisma interno do indivíduo, independentemente do local onde foram obtidas.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2004, p. 148.

<sup>120</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 182.

<sup>121</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 182.

No mesmo sentido, Edilsom de Farias distingue o aspecto público e o privado das relações humanas:

Na solução da colisão entre direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da *preferred position* em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta, estabelecendo-se certos requisitos em sua aplicação: [...] (a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e informação quando essa liberdade se referir ao âmbito inter privado dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno da veracidade (atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade, ou seja, falsa, perde a presunção de preferência que tem a seu favor.<sup>122</sup>

O STJ tem o entendimento de que o efetivo interesse público da informação está condicionado à sua relevância e utilidade prática, que deve ser traduzida em benefício para a sociedade: “A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade”.<sup>123</sup>

À vista disso, a notícia divulgada deve ser de interesse público, isto é, possuir materialmente dados informativos ou educativos, não podendo se restringir à mera especulação ou boato. A aplicação do direito ao esquecimento, quando limita ou impede a divulgação de fato pretérito, em nenhuma hipótese pode ser considerada um mecanismo de censura ou manipulação do passado. Na verdade, trata-se de restringir o uso da informação devido à falta de interesse público, em virtude da inutilidade no contexto atual de fatos passados e esquecidos pela sociedade.

Na mesma perspectiva, o “Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios”, expedido pela Controladoria-Geral da União, evidencia a proteção das informações pessoais e a possibilidade de sua restrição, nos seguintes termos:

A informação pessoal é aquela relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Por definição, a informação pessoal não diz respeito ao interesse público e, portanto, o órgão ou entidade detentora desse tipo de informação deve restringir o seu acesso.

Os mecanismos regulares de transparência ativa e passiva da LAI não alcançam o acesso às informações pessoais e por essa razão elas não são classificáveis, ou seja, não necessitam receber o tratamento dado às informações sigilosas. A LAI dedica atenção especial para o tratamento e hipóteses de acesso a essas informações e esses mandamentos legais concentram-se, sobretudo, no artigo 31 da Lei.

<sup>122</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 198.

<sup>123</sup> BRASIL, STJ, REsp 984.803-ES, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T., julg. 19.08.2009, p.7.

O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. É sob essa ótica de cautela e proteção do direito da pessoa que a LAI prevê a restrição de acesso de informações pessoais pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a partir da sua data de produção – independentemente de classificação de sigilo.

Quem tem acesso às informações pessoais? Somente terão acesso à informação pessoal os agentes públicos autorizados e as pessoas a quem a informação se referir. Havendo previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a quem a informação se faz referência, terceiros podem ter acesso a tais informações.<sup>124</sup>

É fundamental destacar que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do público, guiado, muitas vezes, por sentimentos de ódio, afronta à dignidade da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.<sup>125</sup>

Não é qualquer assunto de interesse do público que fundamenta a divulgação jornalística de um fato. Tanto a liberdade de imprensa, quanto a liberdade de informação somente estarão caracterizadas nos casos em que houver relevância social nos fatos a serem noticiados.<sup>126</sup>

A regra, na maioria dos casos, é o direito à informação atual, contanto que haja evidente interesse público. Logo, fatos significativos que impactaram a sociedade merecem ser rememorados. Entretanto, tais fatos devem estar atrelados, de forma inseparável, à utilidade real da informação para a sociedade, para que, então, seja exercido o direito legítimo de informar. Caso contrário, haveria uma afronta direta à memória individual, elemento primordial da dignidade da pessoa humana.

Recordar fatos em virtude de motivações mercantilistas ou constrangedoras, que não são de domínio público e, tampouco, possuem impacto atual e útil na vida cotidiana não pode ser algo aprovado pelo Estado. Para que a divulgação de fato pretérito seja autorizada, o julgador deve considerar se há, no caso concreto, as hipóteses que trazem benefícios significativos à coletividade, como os casos que envolvem segurança, criminais ou saúde. Quando não, será apenas um fato que desperta a curiosidade pública.

<sup>124</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual da Lei de Acesso a Informação para Estados e Municípios. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2006.

<sup>125</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 416.



### 3.2 Atualidade da informação

O direito ao esquecimento tutela um bem jurídico específico: a memória individual. Assim, o indivíduo tem a possibilidade de limitar o uso e o acesso das informações que lhes digam a respeito, incluindo o tratamento atribuído aos dados pretéritos.

O objetivo é restringir o acesso e a utilização de fatos referentes ao passado que não possuem utilidade para a coletividade e que, principalmente, não tenham mais importância, devido à falta de contemporaneidade da informação. Logo, é notório que não se trata simplesmente de apagar o passado ou impedir a divulgação de fatos negativos e desonrosos.

De acordo com o que já foi comentado, o cérebro humano seleciona e relembra o que é útil, o que precisa ser lembrado. A memória individual é um aspecto integrante da dignidade humana, portanto, merece proteção da mesma maneira que qualquer outro direito da personalidade.

Tanto o instituto da reabilitação<sup>127</sup>, quanto a vedação à manutenção dos antecedentes criminais de um indivíduo<sup>128</sup>, condicionam a atuação do Poder Judiciário e Poder Executivo, no entanto, não impedem a recordação, pela Imprensa ou por particulares, dos mesmos fatos passados, assegurados por um teórico direito à informação e expressão. É inadmissível que informações pretéritas fiquem disponíveis, a qualquer tempo e de forma ilimitada, sem que sejam observados parâmetros mínimos de tutela à proteção individual.

Estipular prazos para a exposição de uma informação não deve ser considerado um mecanismo de censura. Verifica-se que as novidades tecnológicas e as transformações causadas na sociedade atual<sup>129</sup> incentivam e fortalecem o risco de rememorações. O momento atual é ideal para que seja definido e delineado o novo direito da personalidade, que propõe-se a proteger a memória individual, visto que dados e fatos passados podem ser divulgados e disponibilizados sem controle e ilimitadamente.

Um dos critérios mais difíceis de serem analisados é a estipulação de um prazo para que a informação seja considerada válida e útil. Assim, deve-se delimitar o que pode ser classificado como atual e contemporâneo e o que deve ser considerado fato pretérito.

---

<sup>127</sup> Art. 93, CP – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único – a reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

<sup>128</sup> Art. 202, Lei de Execução Penal – Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

<sup>129</sup> A sociedade atual é habitualmente designada como Sociedade da Informação. A expressão passou a ser utilizada como substituta para o conceito de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”.

Quando a informação é atual, a regra geral é que ela pode ser amplamente divulgada, obedecendo, obviamente, pressupostos mínimos, tais como a licitude da informação; existência de mínimo sacrifício dos direitos da personalidade; e utilidade efetiva de sua divulgação.

Todavia, as informações que já foram de interesse público sofrem, com o transcurso de tempo, desgastes em sua utilidade e seu interesse coletivo, o que faz com que percam a força e a importância. A ação do tempo torna uma informação útil e de interesse social em notícia ultrapassada. Celina Bodin de Moraes ensina:

Quanto à atualidade da notícia, é certo que difusões tardias ou novas difusões são muito mais afetas a causar dano moral ressarcível, dada a sua menor justificativa social. De fato, devem ser aceitas restrições temporais dos fatos, especialmente no que se refere à crônica judiciária e policial, porque a prevalência da relevância social subsiste contemporaneamente à investigação e ao processo e durante um certo tempo sucessivo à denúncia ou julgamento, tendendo a diminuir com a passagem do tempo.<sup>130</sup>

O tempo transforma o útil em desnecessário e, se não houver manifesto interesse público na divulgação de fatos passados, deve-se proteger a memória individual, de modo que a eternização da informação não seja alimentada.

Com a exceção de situações incomuns em que é permitida a lembrança em nome da memória coletiva, a Constituição Federal tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana e, conforme explicado, a memória individual é integrante fundamental da condição de pessoa. O Min. Luis Felipe Salomão, do STJ, possui o seguinte pensamento:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente penas e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.<sup>131</sup>

François Ost também compartilha do pensamento que confere um prazo para a utilidade da informação. Em suas palavras:

Qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes

<sup>130</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com: revista eletrônica de Direito Civil*. Ano 2, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2016.

<sup>131</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.<sup>132</sup>

Com a intenção de sistematizar e estabelecer prazos de utilidade para a informação, Pablo Dominguez sugere a padronização de dois grandes blocos: fatos criminosos e fatos não criminosos.<sup>133</sup>

A princípio, realizar tal estruturação em informações ou dados que não possuem conteúdo criminoso deveria ser mais fácil do que fazê-la em fatos criminosos passados, uma vez que, se as atitudes criminosas, que afrontam bens da sociedade, devem ter um prazo para sua divulgação lícita e sem afrontar à memória individual, os fatos não criminosos pretéritos possuem ainda mais motivos para tê-lo, pois mesmo à época de sua divulgação eram permitidos e lícitos, não havendo justificativa para que seja rememorado.

Um crime ocorrido no passado e a sua lembrança podem possuir interesse público, devido à lesividade da conduta pretérita, circunstância que tende a não acontecer quando há divulgação de um vídeo, foto ou informação não criminosa passada.

Nos fatos criminosos, a legislação penal prevê prazos prescricionais que podem ser utilizados como base para a limitação temporal da informação. Porém, não há nada que estabeleça tal prazo para dados não criminosos. Pablo Dominguez questiona esse cenário:

Não se pode admitir que, em um mesmo ordenamento, haja a previsão da reabilitação, a proibição de divulgação de condenações pretéritas aos órgãos oficiais, que se vislumbre a prescrição e dados referente a crimes passados, e se autoriza a ampla divulgação de fatos nocivos à memória individual, sem qualquer tipo de controle ou limite, pelo simples argumento de que a informação, ao tempo de sua obtenção ou formação, era verídica.<sup>134</sup>

A doutrina sugere a idéia de criar prazos específicos para a manutenção da informação. O direito à privacidade é protegido a partir da limitação da informação atual a um prazo de utilização, pois se regula a possibilidade de gerenciar dados presentes. A proteção contemporânea, conseqüentemente, levaria a uma proteção futura, servindo como suporte a um futuro direito ao esquecimento.

O doutrinador Viktor Mayer-Schönberger traz a sugestão de que todo arquivo de dados tenha uma data de vencimento, considerando-se que a informação tem um ciclo de

<sup>132</sup> OST, François. Op. Cit., p. 161.

<sup>133</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. Cit., p. 94.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 200.

vida. Assim, tal como produtos perecíveis, a informação pessoal teria um limite de existência, ultrapassado tal limite, os dados pessoais devem ser eliminados.<sup>135</sup>

Assim, seria possível introduzir uma data de vencimento ao compartilhar vídeos, fotos. Os dados compartilhados permaneceriam ativos até o atingimento da data, quando, então, seriam excluídos.

A intenção é que sejam estabelecidos parâmetros seguros e confiáveis para a aplicação da proteção da memória individual, de modo que seja possível a divulgação de qualquer fato, informação ou dado lícito, em respeito à liberdade de informar, bem como a proteção do direito ao esquecimento pelo transcurso razoável do tempo, tutelando-se, enfim, a memória individual.

### 3.3 A colisão entre os direitos fundamentais

O tema do direito ao esquecimento não é totalmente novo. Com os avanços tecnológicos propiciados, principalmente, pela Internet, que faz com que seja possível a recuperação de quaisquer dados nela inseridos, esse direito tem o escopo de proteger a memória individual, tornando-se um grande mecanismo de proteção da liberdade individual.

A solução para o conflito entre o direito à liberdade de expressão e informação e a proteção é tarefa extremamente complexa. A análise da jurisprudência pertinente é muito importante para que, a partir dos critérios por ela estabelecidos, passe a ser possível a criação de proposta e sugestões que irão proporcionar maior segurança e efetividade na aplicação do direito ao esquecimento.

Os benefícios obtidos por meio da revolução tecnológica são inquestionáveis, sendo hoje completamente inimaginável a vida sem celulares, televisão, internet. Contudo, deve-se dar a necessária atenção aos riscos decorrentes dessa transformação, como a utilização ilegal do direito de imagem, a violação da privacidade, a superexposição individual, a divulgação de informações privadas.<sup>136</sup>

O reconhecimento da possível violação aos direitos fundamentais é primordial para a busca de soluções e mecanismos que tutelam o indivíduo. Com o surgimento de tecnologias, surgem, também, novas formas de violação aos direitos da personalidade. Anderson Schreiber escreve:

---

<sup>135</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

<sup>136</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. Cit., p. 152.

Se os meios tradicionais de comunicação já possuíam características que dificultavam a aplicação efetiva de remédios jurídicos, tal dificuldade tem se intensificado imensamente com a Internet. A celeridade na difusão de imagens e notícias, a freqüente impossibilidade de identificação do autor da ofensa (muitas vezes, um usuário anônimo, que se vale de um computador de acesso público ou não rastreável) e o imenso esforço necessário para se retirar da rede uma notícia falsa ou de conteúdo ofensivo são alguns dos obstáculos que vêm sendo enfrentados pelos tribunais neste campo.<sup>137</sup>

Luiz Gustavo Castanho de Carvalho interpreta a liberdade de informação e de imprensa como “uma liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva, fundamental e essencial, fazendo parte dos denominados direitos fundamentais”.<sup>138</sup>

Gilmar Mendes faz um alerta para a imprescindibilidade de tais liberdades, uma vez que o ser humano é formado a partir do contato com o seu semelhante. O Ministro mostra que “a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano”.<sup>139</sup>

A própria Constituição Federal relativiza a amplitude da liberdade de expressão e da informação e estabelece a proteção dos direitos fundamentais, impondo os direitos da personalidade como fator limitador.

A tutela dos direitos da personalidade não é limitada ao rol dos direitos protegidos pelo Código Civil brasileiro. Tanto a liberdade de expressão e informação, quanto a proteção da liberdade individual estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que, aparentemente, gera contrariedade, principalmente quando leva-se em consideração o princípio constitucional da unidade.<sup>140</sup>

Sobre o conflito entre os princípios, Alexy ensina:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo está proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da procedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade,

<sup>137</sup> SCHEREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

<sup>138</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

<sup>139</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op.cit., p. 403.

<sup>140</sup> Dentro do mesmo espaço territorial há uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isso, muito embora se componha de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais. (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.27)

enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.<sup>141</sup>

No ano de 1980, antes da atual Constituição Federal, o doutrinador Renê Dotti advertia para a dificuldade, por parte do julgador, de solucionar o conflito existente entre os supracitados direitos:

Parece que a grande meta assinalada para o jurista ao final deste século, consiste em acompanhar todo um processo de evolução material que se instalou e se movimenta à sua circunstância e, para além das antinomias que a crise revela, meditar sobre as possibilidades de fornecer um sistema normativo que possa compatibilizar os avanços da tecnologia com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais do homem.<sup>142</sup>

Renê Dotti relata, ainda, que, em fevereiro do ano de 1961, Lord Mancroft foi responsável de apresentar ao Parlamento inglês projeto de lei que disporia sobre a proteção dos indivíduos em face de publicações indesejadas, com o objetivo de equilibrar os direitos da personalidade e a liberdade da informação.

Ao perceber a dificuldade do tema, o parlamentar abandonou seu propósito e declarou ao jornal *Times*, em novembro de 1969 o seguinte: “o projeto fracassou porque eu fui incapaz de estabelecer uma distinção precisa entre o que o público tem direito a conhecer e o que um homem tem direito a conservar para si mesmo”.<sup>143</sup>

Apesar de não haver, a princípio, nenhuma superioridade de princípios na ordem constitucional, Gustavo Tepedino ensina que os direitos da personalidade devem ser considerados eixos condicionantes na atuação do magistrado ao aplicar a norma ao caso concreto. Assim explica:

Procedendo-se, em definitivo, a uma conexão axiológica do tímido elenco de hipóteses-tipo previsto no Código Civil de 2002 ao Texto Constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade.<sup>144</sup>

O confronto entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade decorre da opção constitucional de proteger valores antagônicos que, de um

---

<sup>141</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 94.

<sup>142</sup> DOTTI, Renê Ariel. Op. Cit., p. 34.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>144</sup> TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Aracaju, n. 3, 2002, p. 22.

lado, representam o legítimo interesse de “querer ocultar” e, de outro, tão legítimo quanto, de se “fazer revelar”.<sup>145</sup>

O Superior Tribunal de Justiça analisou inúmeros casos em que há o confronto entre publicações jornalísticas, materializadas na liberdade de expressão e informação, e violações aos direitos da personalidade. As soluções conferidas aos casos, na grande maioria das vezes, consideraram a ilicitude da publicação, devido ao conteúdo difamatório ou inverídico, e a contemporaneidade da notícia.

Desse modo, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao avaliar eventuais ilicitudes de matérias jornalísticas, acolheu a tese cuja liberdade de imprensa, por não ser absoluta, possui limitações, quais sejam:

(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).<sup>146</sup>

Todavia, apesar de serem permitidas leviandades por parte dos jornalistas, não lhes são exigidas verdades absolutas, provadas previamente com investigações administrativas, policiais ou judiciais. O que não pode ocorrer é a proteção excessiva à liberdade de informação, às custas do atrofamento dos direitos da personalidade.

Embora a Constituição de 1988 sinalize que, no confronto entre os direitos à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem e os direitos à liberdade de informação, de expressão e de imprensa, há uma preferência constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, deve-se sempre observar as particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso proferiu a seguinte decisão na Reclamação 18.638:

Por fim, deve ser dada preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação – parâmetro. O uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo a honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se

<sup>145</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 18 maio 2016.

<sup>146</sup> BRASIL, STJ, REsp 801.109 – DF, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., julg. 12/06/2012.

a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua conseqüência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por uma disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.<sup>147</sup>

Dessa forma, é por meio da ponderação que o julgador verificará, com base no contexto probatório, o grau de realização e sofrimento imposto a um e a outro princípio, para que, assim, seja dada a maior eficácia possível à liberdade de expressão/informação e aos direitos da personalidade.

### **3.4. A ponderação entre os princípios como forma de solucionar o conflito existente**

A princípio, faz-se a análise da ponderação como elemento da proporcionalidade. Para Robert Alexy, a ponderação é um recurso que permite o alcance da maximização da realização de princípios, sem que seja preciso invalidar qualquer um deles.

O jurista defende a ponderação como um modelo de fundamentação. Assim, desenvolve um conjunto de normas da argumentação aptas à racionalização das decisões jurídicas. A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios de adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade do meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, ou seja, da ponderação.

Dessa forma, quando há colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, para solucioná-la deve-se utilizar a adequação do meio, em seguida utiliza-se a necessidade de desse meio e posteriormente, se ainda não tiver sido solucionada a colisão, a ponderação.

Alexy, por meio dessa máxima, procurou explicar racionalmente o grau de importância das conseqüências jurídicas dos princípios em colisão. Se, eventualmente, o conflito não foi solucionado pelos critérios anteriores, coloca-se as conseqüências jurídicas dos princípios conflitantes em uma balança – metáfora do peso – com o objetivo de precisar qual delas é mais importante no caso concreto.<sup>148</sup>

A Constituição Federal definiu a liberdade de expressão e de informação como direitos fundamentais, atribuindo o destaque necessário à importante função que exercem na ordem nacional. Sucede que essas liberdades não são absolutas e encontram limites nos direitos individuais, principalmente nos direitos da personalidade.

---

<sup>147</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação 18.638-CE, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 14/09/2014.

<sup>148</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 112.



O direito ao esquecimento sofre resistências e, muitas vezes, é visto com certa desconfiança, pois não tem previsão legal. Diante da lacuna, a reação automática é a rejeição ao instituto, evitando-se a discussão desse importante mecanismo de proteção ao indivíduo.

Conforme já exposto, o direito ao esquecimento é caracterizado, essencialmente, como uma forma de proteger a memória individual, impossibilitando que dados ou informações – em razão do decorrer do tempo e da inutilidade da informação – sejam lembrados, causando dor, angústia e violação aos direitos da personalidade, sem que haja qualquer ganho evidente para a sociedade.

Em virtude da inexistência do caráter absoluto de qualquer direito ou princípio, em algumas circunstâncias o direito ao esquecimento cederá em razão do interesse da coletividade, possibilitando a divulgação da informação. Em outras, prevalecerão os direitos da personalidade, como a vida privada e a intimidade.

O reconhecimento dos limites dos direitos fundamentais é condição primordial para que seja possível controlar seu desenvolvimento normativo.

Para que uma informação possa ser lembrada e sua divulgação seja lícita, é preciso que ela tenha, anteriormente, atingido o domínio público. Não há como conferir viabilidade à divulgação de fatos passados, com uma possível violação aos direitos da personalidade, se o fato que se pretende lembrar não atingiu, em alguma época, ampla divulgação e publicidade.

Assim, a divulgação de qualquer vídeo, foto, informação pretérita possui como pressuposto indispensável e condicionante a sua prévia divulgação, isto é, que o dado tenha alcançado em algum momento o conhecimento público. Caso contrário, em nenhuma hipótese se justificaria a publicidade de fatos passados, estando estes totalmente protegidos pelo direito ao esquecimento.

Nota-se verdadeiro abuso no direito de informar caso a informação pretérita que se deseja lembrar nunca tenha atingido o conhecimento público. Isso porque se não houve interesse na divulgação da informação no momento em que ocorreu, tampouco haverá em sua redivulgação.

Pablo Dominguez explica:

Dessa forma, no momento da ponderação entre os direitos fundamentais em questão, duas serão as possibilidades: 1) a informação que se pretende divulgar nunca foi de domínio e conhecimento público, não havendo qualquer razoabilidade que fato pretérito desconhecido e já consolidado pelo tempo possa ser reavivado. Neste caso, encerra-se a ponderação e prevalecerá o direito ao esquecimento, impedindo-se a divulgação da informação; 2) o fato que se pretende reavivar foi, em alguma época, de domínio público, com ampla exposição e notoriedade. (...)

Por isso, ao se divulgar um fato, quatro são as possibilidades entre a atualidade da informação e a sua pertinência e veracidade: 1) informação atual, dentro do contexto; 2) informação atual, mas utilizada fora de contexto; 3) informação antiga, sem respeito ao contexto prévio; e 4) informação antiga, mantendo a contextualização do evento pretérito.<sup>149</sup>

Dessa forma, se a informação já foi amplamente e previamente propagada, ou seja, já pertence ao domínio público, deve-se analisar a sua total contextualização nos termos em que foi originariamente emitida. Caso a recordação esteja contextualizada, a ponderação aproxima-se da liberdade de informação e de expressão, em prejuízo do direito ao esquecimento.

Cumprе ressaltar que a propagação de fato fora de contexto representa uma ilegalidade em qualquer caso, seja a informação atual ou pretérita. Destarte, a aplicação do direito ao esquecimento em casos de difusão de fatos passados sem qualquer contextualização é absolutamente cabível.

A manutenção do contexto inicial acontecerá quando a redivulgação tratar do fato pretérito em sua plenitude, quer dizer, de modo que a situação passada seja preservada, indicando dados importantes, como o local, data e as condições em que a informação foi obtida, para que seja possível analisar se a sua redifusão é verídica e conservar todo o conjunto de elementos existentes no momento do fato que se pretende lembrar.<sup>150</sup>

Helder Galvão adverte para o ideal uso da informação: “O contexto da obtenção da imagem e respectiva informação é de extrema importância para o uso justo, sob pena de restar configurada uma falsidade intelectual”.<sup>151</sup>

Ademais, a divulgação do fato real não pode estar conexa à uma manchete que trata de outro fato, também real, porém sem qualquer relação com o primeiro. Caso isso ocorresse, estaria caracterizado o abuso nos limites da liberdade de informação.

É preciso destacar que a veracidade do fato a ser divulgado, por si só, não é suficiente para que seja aplicado um direito amplo e irrestrito à informação. É comum o pensamento de que, por um dia a informação ter sido pública, ela pode, a qualquer tempo, ser reutilizada em nome do interesse público, fortalecendo-se com o passar do tempo. Entretanto, tal pensamento está absolutamente equivocado. O que ocorre é exatamente o contrário.

---

<sup>149</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. Op. cit., p. 175.

<sup>150</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. *A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 166.

<sup>151</sup> GALVÃO, Helder. *Direito de imagem e fotojornalismo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

Quanto maior for o lapso temporal entre a origem da informação e a sua rememoração, mais protegidos estão os direitos da personalidade e a memória individual, em função da provável falta de utilidade e atualidade da informação.

Vitor Almeida Júnior orienta sobre a possível violação dos direitos da personalidade em virtude da difusão de informação passada:

Ocorre que não raras são as vezes em que a utilização de imagem arquivada, mas não publicada, ou imagem já publicada, e tempos depois republicada, atenta flagrantemente contra a proteção da imagem da pessoa humana, de modo a perpetrar não só danos à sua imagem, mas podendo se verificar, no caso concreto, violações à honra, intimidade, vida privada e identidade pessoal, ainda que no momento da captura da imagem e publicação originária não tenham ocorrido tais ilícitos.<sup>152</sup>

Assim, pode-se dizer que o direito ao esquecimento assegura a possibilidade de discutir a forma de utilização de fatos passados, especialmente em relação ao modo e à finalidade com que são lembrados.

A título de exemplo, é válido mencionar um caso julgado pelo TJRS, no qual o indivíduo pleiteia indenização contra um jornal de grande circulação que, na seção “Aconteceu Há 30 Anos”, divulgou matéria jornalística que narrava o envolvimento do autor em um furto de automóvel, sem mencionar a situação atual do retratado.<sup>153</sup>

O autor da ação alegou, justamente, a falta de contextualização da matéria, uma vez que já havia cumprido a sua pena. O demandante teve seu pedido negado, pois o tribunal entendeu que o caso tratava de mera reprodução de informação que possuía interesse público e histórico.

Entretanto, o critério utilizado no julgamento de que há, supostamente, interesse público em razão de um caráter histórico, não é a melhor forma de solucionar o caso. A divulgação da notícia foi, de fato, retratada na íntegra, porém foi descontextualizada da situação atual.

Não houve cuidado, por parte do jornal, em averiguar o efetivo cumprimento da pena pelo delito praticado, prevalecendo a culpa pelo cometimento de um crime pretérito, sem nenhum interesse público ou repercussão atual da informação.

---

<sup>152</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Op cit., p. 168.

<sup>153</sup> BRASIL. 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70011892569. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 24 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&req\\_uredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70011892569&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&req_uredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70011892569&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 20 ago. 2016

Dessa forma, o distanciamento entre o acontecimento de determinado fato e a sua redivulgação enfraquece o critério da atualidade, exigindo a consolidação da contextualização como parâmetro capaz de solucionar o conflito entre a informação e o esquecimento.

Embora já seja aplicado de maneira indireta, mesmo que sem uma nomenclatura ou independência, o direito ao esquecimento caminha em direção ao seu reconhecimento, por ter um objeto jurídico específico de proteção: a memória individual, em razão da lembrança de fatos pretéritos que não tenham utilidade e atualidade.

À vista disso, no intuito de conferir a efetiva aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento nacional, deve-se analisar o mecanismo de superação do confronto entre a liberdade de informação e expressão e a proteção da memória individual, por intermédio da ponderação de interesses, em que será verificado, no caso concreto, o grau de realização e de sofrimento imposto a um ou a outro princípio, na tentativa de que seja dada máxima efetividade a ambos.

## CONCLUSÃO

As modificações tecnológicas dos últimos anos revolucionaram de forma significativa o modo de vida da civilização. A Internet é, hoje, instrumento essencial para estudos, pesquisas, interação, diversão e, pode-se dizer que é inimaginável um mundo globalizado sem essa ferramenta, que é realidade diária da população.

Ainda que tenha trazido incontáveis vantagens, as inovações tecnológicas trazem, também, novos desafios. A capacidade ilimitada de armazenamento de informações e a possibilidade de serem recuperadas a qualquer hora fazem com que situações passadas, sem interesse público notório, sejam revividas e lesem aspectos fundamentais do ser humano. Com isso, acontecimentos já consolidados e esquecidos são lembrados.

Sucedem-se que a memória individual é elemento fundamental que integra a condição de ser humano e, tal como a memória coletiva, merece proteção jurídica. Os direitos da personalidade são os mais intrínsecos à condição humana e, por isso, demandam proteção específica. Por ser essencial, o rol de direitos da personalidade é constantemente mudado e adequado às necessidades humanas.

Devido à excessiva possibilidade de difundir informações pretéritas e da capacidade ilimitada de armazenamento de dados, é necessária a criação de um direito para garantir a proteção do ser humano. Assim, sustenta-se o surgimento de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento.

Tal direito deve ser considerado autônomo, uma vez que seu fundamento de validade baseia-se diretamente na dignidade da pessoa humana, não sendo decorrente de nenhum outro direito já existente.

O direito ao esquecimento começou a ser preocupação nacional a partir da edição do Enunciado nº 51 do CJF, segundo o qual: “a tutela de dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Dessa forma, foi dada atenção para a necessidade de se pensar no direito ao esquecimento como caminho para a preservação de uma memória social seletiva, protegendo-se, conseqüentemente, a memória individual.

Tanto a memória, quanto o esquecimento são condições inerentes ao ser humano. Entretanto, o esquecimento, regra da natureza humana, torna-se exceção com as inovações tecnológicas, pois que a Internet possibilita a recordação imediata de qualquer fato, independente da relevância à sociedade.

Não existe direito absoluto e, em virtude disso, o direito ao esquecimento e a proteção à memória individual podem ser mitigados em razão do interesse público, com a

condição de que o fato apresente relevância pública e seja atual, a despeito do interesse privado.

O direito ao esquecimento pode ser caracterizado como um direito de defesa. Assim, por meio dele, é possível que o indivíduo negue acesso à suas informações pessoais e oponha-se à sua difusão, em função do decurso do tempo e da inexistência manifesta de interesse público na divulgação do fato.

Ainda que não haja uma caracterização formal do direito ao esquecimento como direito da personalidade, há previsão e aplicação dele no ordenamento brasileiro, sendo evidenciado pela existência e emprego de institutos como a reabilitação, a limitação da utilização de informações cadastrais negativas e restritivas de crédito previstas no CDC. Inclusive, toda limitação da informação que tenha como justificativa o transcurso de um lapso temporal, como a prescrição, por exemplo, é uma manifestação do direito ao esquecimento.

Não há, ainda, na jurisprudência brasileira e na doutrina, critérios específicos em relação à aplicação deste direito. No entanto, pode-se analisar os parâmetros utilizados pelas Cortes Nacionais nos casos de confronto entre a liberdade de informação e outros direitos da personalidade, como o nome, a imagem, a honra e a privacidade.

Destarte, conclui-se que para que uma informação ou dado possa ser lembrado e para que a sua divulgação seja considerada lícita, é necessário que ela tenha alcançado o domínio público, que se caracteriza no fato de que somente é justificável a lembrança de um dado, com vistas ao interesse público, se a informação passada já tenha atingido, em algum momento, notoriedade.

Não se pode conceber a lembrança de fatos que estejam descontextualizados, sob pena de não haver o legítimo exercício do direito de informar, sendo possível, dessa forma, a priorização do direito ao esquecimento. O interesse público da informação não deve ser confundido com a curiosidade pública, devendo ter utilidade prática na lembrança de fatos pretéritos, caso contrário, será considerada abusiva e ilegal.

A redivulgação de informações pretéritas deve observar ao máximo a preservação dos direitos da personalidade envolvidos. Sendo assim, o dado que se pretende lembrar só deverá identificar uma pessoa envolvida em fatos passados se for realmente impossível a redivulgação sem a sua vinculação direta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. *A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

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

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual da Lei de Acesso a Informação para Estados e Municípios*. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf)>. Acesso em: 09 ago. 2006.

BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 9 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 22.337-RS. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar. Brasília, 13 fev. 1995. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199200114466&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1.334.097-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201449107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>> Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1.335.153-RJ. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salmão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100574280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial. ARe nº 789246. Relator Ministro Celso De Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4510026>>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70011892569. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 24 nov. 2005. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70011892569&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3&partialfields=n%3A70011892569&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil*. Ano 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luiz Gustavo Castanho de. Grandinetti. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Rezende: São Paulo: Romana, 2004.

DIAS, Jaqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ESPANHA. Ley orgánica nº 15/1999 – Protección de Datos de Carácter Personal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acesso em: 23 maio 2016.

ESPANHA. *Projeto de reforma da Directiva nº 95/46/CE*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52012PC0011>. Acesso em: 23 maio 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA, Fernando Santos. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Instituto brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

GALVÃO, Helder. *Direito de imagem e fotojornalismo*. São Paulo: Atlas, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

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

HALBWACHS, Maurice. *La memória colectiva*. Tradução Inês Sacho-Arroyo. Zaragoza: Prensas Universitárias de Zaragoza, 2004.



HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 6.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Terza Sezione Civile, nº 5525/2012. Julgado em 11/01/2012.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O direito à imagem: proteção jurídica e limites da violação*. Brasília: Universa, 2003.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento. A proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Rev. e atualizada – São Paulo: Saraiva 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à Lei da Imprensa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Honra, liberdade de expressão e ponderação. Civilistica.com: revista eletrônica de Direito Civil*. Ano 2, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 11 maio 2016.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PENCO, Ángel Acedo. *El derecho al olvido en internet como componente esencial Del derecho al honor en el siglo XX*. Comité para estudio e difusión de derecho en América Latina.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Comparado. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. *Revista Consultor Jurídico*, 25 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma análise do inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, ed. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. *Revista Consultor Jurídico*, 5 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

SCHEREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Org. Martins, Leonardo. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros ed., 1992.

SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Almedina, 1984.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Aracaju, n. 3, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Processo C-131/12. Partes: Agencia Española de Protección de Datos e Google Spain. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-131/12. Partes: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Google Spain. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e a sua reparação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.