



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

CLAUDENIR COENE

**APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2015

CLAUDENIR COENE

**APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientador: Prof. Georges Seigneur

**BRASÍLIA
2015**

CLAUDENIR COENE

**APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientador: Prof. Georges Seigneur

Brasília, 26 de março de 2015

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

**"É PRECISO ESQUECER PARA VIVER;
A VIDA É ESQUECIMENTO;
CUMPRE ABRIR ESPAÇO PARA O QUE ESTÁ POR VIR."
Miguel de Unamuno**

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar agradeço a Deus por me conceder realizar este sonho. Agradeço de coração ao meu grande amor, pela confiança que depositou em mim, por jamais ter deixado que eu desistisse do meu sonho, por toda ajuda e dedicação nos meus estudos.

Agradeço a minha mãe Saturnina, heroína que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis de desânimo e cansaço.

Ao meu pai que, apesar de todas as dificuldades, fortaleceu-me. Para eu, isso foi de grande importância.

Aos meus irmãos que, apesar da distância, sempre me apoiaram.

Agradeço ao professor Georges Seigneur pela orientação, apoio e confiança.

Agradeço a todos os professores pelo conhecimento ministrado e pela paciência em ensinar, com aulas não apenas de cunho racional, mas também com valores de caráter e afetividade. A palavra mestre nunca fará justiça aos professores dedicados, que sempre terão meu eterno agradecimento.

A todos que, direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O Direito ao Esquecimento vem ganhando notoriedade diante da discussão sobre sua aplicação nos casos que envolvem fatos criminais históricos, possibilitando que pessoas envolvidas nestes casos, ou seus familiares, possam, após certo período de tempos, obstar nova veiculação destes acontecimentos em meios de comunicações. Tal pretensão vai de encontro como o direito/dever social de informação. Surge então o conflito aparente de direitos fundamentais, de um lado o direito da personalidade - consubstanciado nos aspectos imagem, intimidade, vida privada e honra - e do outro a liberdade de expressão/informação, que devem ser ponderados para escorreita aplicação a casos concreto. Mesmo sendo um assunto que vem sendo abordado a muito tempo em outros países, no Brasil a discussão sobre a aplicação do direito ao esquecimento ganhou notoriedade em decorrência de ter sido discutido a possibilidade de sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça, onde os dois casos foram julgados na mesma ocasião, porém com decisões opostas. O dilema será decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de Recurso Extraordinário.

Palavras- chave: Direito ao esquecimento, Conflito Aparente, Direito de Expressão, Direitos da Personalidade, Ponderação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	9
1.1 Conceito	10
1.2 Natureza Jurídica	11
1.3 Origem do direito ao esquecimento.....	12
1.3.1 <i>Casos Lebach</i>	13
1.3.2 <i>Caso Lebach II</i>	14
1.3.3 <i>Wolfgang Werlé e Manfred Laube</i>	15
1.4 Direito ao esquecimento e rede mundial de computadores	16
1.5 Direito ao esquecimento no Brasil.....	17
1.6 Direito a personalidade.....	19
1.7 Dignidade da Pessoa Humana.....	21
1.8 Direitos a intimidade.....	25
1.9 Direito a vida privada.....	27
1.10 Direito a honra e imagem	28
1.11 Liberdade de imprensa e direito à informação	29
2 DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO AOS REUS E CONDENADOS	33
2.1 A Pena e suas finalidades.....	33
2.1.1 <i>Teoria absoluta e finalidade retributiva</i>	34
2.1.2 <i>Teoria relativa e finalidades preventivas</i>	35
2.1.3 <i>Teoria mista ou unificadora</i>	36
2.2 Função social da pena	37
2.3 Reabilitação criminal/ Reintegração social.....	37
2.4 Colisão entre os direitos fundamentais de Liberdade de Expressão e o Direito a Privacidade.	41
2.5 Tratados e Convenções sobre direito a liberdade de expressão.....	47
2.6 Obrigação de não fazer e responsabilização por dano moral	48
3 CASOS EM DISCUSSÃO NO BRASIL	52
3.1 Caso Chacina da Candelária- Resp 1.334.097 e ARE 789.246	53
3.1.1 <i>Acontecimentos Históricos</i>	53
3.1.2 <i>Particularidade do caso</i>	54
3.1.3 <i>Discussão no Superior Tribunal de Justiça - STJ</i>	56
3.1.4 <i>Argumentos contrários a aplicação do direito ao esquecimento</i>	61
3.2 Caso Aída Curi- Resp 1.335.153 e ARE 833.248	64
3.2.1 <i>Acontecimentos Históricos</i>	65
3.2.2 <i>Particularidade do caso</i>	65
3.2.3 <i>Discussão no Superior Tribunal de Justiça- STJ</i>	67
3.2.4 <i>Votos divergentes</i>	71
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento ganhou notoriedade nos dias atuais devido às crescentes discussões em torno de sua aplicabilidade em casos que envolvem acontecimentos passados, nos quais pessoas direta ou indiretamente envolvidas não queiram mais reviver tais lembranças.

A aplicação da teoria do direito ao esquecimento envolve conflitos entre princípios fundamentais, de um lado o direito à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, e de outro o direito à liberdade de expressão/informação e de imprensa.

Em nosso ordenamento jurídico, o direito ao esquecimento se fundamenta na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, como o Código Civil, Código Penal e Lei de Execuções Penais. Destaca-se o art. 5º, incisos V, X e XIII, da Constituição da República, e arts. 11 à 21 do Código Civil.

O direito à liberdade de expressão/informação e de imprensa também está consubstanciado na Constituição da República, previstos nas normas do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220.

Logo, visualiza-se a instauração de um aparente conflito de normas, que deverá ser solucionado por meio de ponderação entre os direitos estabelecidos.

O estudo a seguir busca analisar a aplicação de tal instituto em nosso ordenamento jurídico, mormente sobre a possibilidade de impedir a divulgação de informações de fatos pretéritos que causaram grandes transtornos não só para as pessoas direta ou indiretamente envolvidas, mas também para a sociedade como um todo.

Para tanto, necessário que façamos algumas indagações sobre o tema.

A imprensa, com fundamento no direito à informação, pode, de maneira irrestrita, noticiar acontecimentos sobre crimes ocorridos em passado distante, citando nomes e publicando fotografias de pessoas absolvidas ou condenadas em processo criminal, mas que já cumpriram sua pena?

A exposição dessa pessoas a um público difuso não afetaria direitos da personalidade garantidos pela Constituição da República, Código Civil, Código Penal e Lei de Execuções Penais?

Também é necessário identificar quando a atuação dos meios de comunicação buscam realmente o interesse social na informação, e quando será conveniente preservar os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Para tentar solucionar o problema posto, estudaremos os dispositivos normativos em conflito e a jurisprudência pátria sobre o tema..

Cabe sinalizar que o direito ao esquecimento foi objeto de estudo na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em março de 2013, que editou o Enunciado 531, *verbis*: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"¹

O tema também já foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça e está em discussão no Supremo Tribunal Federal.

¹ VADE Mecum. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

1 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O tema direito ao esquecimento surge na atual conjuntura em meio a crescentes conflitos entre diversos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico, como o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à dignidade da pessoa humana, que, em certas situações, vão de encontro com o direito de liberdade de expressão, de informação, da memória e da verdade histórica.²

Apesar de ainda pouco difundido na doutrina e a jurisprudência, o tema vem ganhando cada vez mais espaço hodiernamente. De um lado está o direito ao esquecimento calcado em regras constitucionais essencialmente no núcleo oxiológico da dignidade da pessoa humana. Na outra face, encontra-se a liberdade de expressão e da imprensa, materializadas pela divulgação de informações que, atualmente se dá de maneira frenética e ampla, haja vista o fenômeno da globalização e o enorme avanço da tecnologia.³

Como podemos perceber, o direito ao esquecimento surge no momento em que as informações estão sendo difundidas de forma cada vez mais rápida. Isso ocorre em virtude de avanços tecnológicos utilizados para propagação das informações, como bem pontuou artigo veiculado no sítio eletrônico Dizer o Direito.

O Direito ao Esquecimento voltou a ser tema de inegável importância e atualidade em razão da internet. Isso porque a rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações. Com poucos cliques é possível ler reportagens sobre fatos ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos. Enfim é quase impossível ser esquecido com uma ferramenta tão poderosa disponibilizando facilmente um conteúdo praticamente infinito. No Brasil, o direito ao esquecimento volta a ser palco de intensos debates em razão da aprovação de um enunciado nesse sentido VI Jornada de Direito Civil, além de o STJ ter julgado dois casos envolvendo esse direito há pouco tempo.⁴

Mesmo sendo um tema relativamente antigo, a escolha em abordá-lo se deu em consequência das recentes controvérsias envolvendo o instituto.

Em diversos países o tema vem sendo enfrentado há algum tempo, como se verifica no caso Lebach, ocorrido na Europa, o qual aprofundaremos mais frente.⁵ "O interesse doutrinário pelo tema, contudo, não é recente. Desde o início da década

² DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

⁴ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁵ PORTELA, Airton. *Constituição Pressupõe Direito Fundamental ao Esquecimento*. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br> . Acesso em: 18 jun. 2014.

de 1990, encontram-se artigos e livros no Brasil que cuidam de modo direto ou incidental, do direito ao esquecimento."⁶

As controvérsias que envolvem o direito ao esquecimento dizem respeito ao conflito entre direitos fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico, e é por isso que há a necessidade de uma análise profícua do instituto para melhor compreensão de sua aplicação.

A celeuma relacionada à matéria envolve a colisão entre os atributos concernentes à personalidade e o direito de expressão/ informação. Deve-se avaliar até que ponto a liberdade de expressão pode penetrar na vida privada de alguém, essencialmente no que diz respeito a fatos passados.⁷

Passemos agora ao estudo do que seria esse instituto chamado direito ao esquecimento, importante instrumento para aplicação harmoniosa dos direitos fundamentais da personalidade e de informação.

1.1 Conceito

Para que possamos adentrar em nosso estudo, faz-se necessário sabermos do que se trata o instituto do direito ao esquecimento, e é por meio de artigos e pesquisas que extrairemos alguns conceitos relevantes sobre o tema.

Entre eles temos: "O Direito ao esquecimento é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtorno."⁸

Temos ainda: "As pessoas tem o direito de serem esquecidas pela opinião pública a até pela imprensa, os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem eternas".⁹

⁶ RODRIGUES, Junior, Otavio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁷ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

⁸ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2013.

⁹ MINEIROS, Associação dos Magistrados. *STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez*. 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 22 jul. 2014.

E ainda: “O direito ao esquecimento é aquele inerente ao ser humano de não permitir que determinado fato, ainda que seja verídico ocorrido em dado momento de sua vida, seja exposto ao público, causando transtornos e sofrimento”.¹⁰

O tema atualmente está em voga em razão da evolução tecnológica nos meios de transmissão de informação, mormente no grande poder de disseminação que da televisão, rádio e, sobretudo, da rede mundial de computadores.

E é a maneira como essas informações são repassadas que temos que tomar cuidado para não ultrapassarmos os limites dos direitos das pessoas envolvidas no fato.

Isso se deve porque nos dias atuais está cada vez mais difícil controlar uma quantidade imensa de informações que são disseminadas, tornando suas consequências incalculáveis.

A internet vive atualmente uma era cada vez mais social. A privacidade tornou-se um problema grave na atual sociedade da informação é uma tarefa difícil prever todas as consequências que possam advir do uso de dados pessoais presentes na rede mundial de computadores.¹¹

É preciso esclarecer que o direito ao esquecimento não significa outorgar poderes a alguém para apagar fatos ou escrever de novo sua história, mas apenas garantir a discussão sobre como é utilizado o conhecimento sobre fatos passados, o modo como é posto ou a finalidade a que se destina.

O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.¹²

O direito ao esquecimento não consiste em apagar os fatos históricos, e sim de como será utilizado essa história.

1.2 Natureza Jurídica

¹⁰ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

¹¹ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

¹² PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

Cuida-se de direito da personalidade, que se origina dos direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à dignidade da pessoa humana.

É extraído das normas constantes no art. 5º, incisos V, X e XIII, da Constituição da República, consistindo-se, portanto, em um direito constitucional implícito.

Entendemos que ele pode ser considerado como integrante do rol dos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da Constituição da República, logo é imutável por emenda constitucional por estar abrangido por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República).

Na Europa há discussão se o direito ao esquecimento deve ser classificado como manifestação do direito à privacidade, pois apesar de ter como objetivo a proteção à intimidade das pessoas, é voltado à proteção de dados pessoais, sob a privacidade da informação digital.¹³

1.3 Origem do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento se originou na Europa, mais especificamente na Alemanha. Nesse sentido:

O debate acerca deste tema iniciou na Alemanha quando um dos condenados por crime de homicídio contra quatro soldados do exército daquele país, prestes a ser libertado após cumprimento da pena que lhe foi aplicada, ajuizou ação para impedir a veiculação de documentário sobre o delito e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento que ficou conhecido como caso Lebach, conferiu-lhe a proteção pretendida com base no referido direito.¹⁴

Com objetivo de melhor compreensão e conhecimento sobre a história do instituto do direito ao esquecimento, faz-se necessário entendermos em quais situações ele foi aplicado.

Passemos, então, aos principais casos que deram origem ao direito ao esquecimento.

¹³ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

¹⁴ PORTELA, Airton. *Constituição Pressupõe Direito Fundamental ao Esquecimento*. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br> . Acesso em: 10 mai, 2014.

1.3.1 Caso *Lebach I*

O caso *Lebach* é considerado um dos principais expoentes em relação à aplicação do direito ao esquecimento, e é por meio dele que encontraremos os fundamentos que deram origem ao tema.

Trata-se de ação ajuizada contra a divulgação de um documentário sobre um crime que ocorreu em um lugarejo chamado *Lebach*, localizado a oeste da República Federal da Alemanha, em que três homens, visando subtrair armamento do exército alemão, mataram quatro soldados que faziam a guarda do paiol de armas.

Na noite de 19 para 20 de janeiro, de 1969, dois homens mataram quatro soldados adormecidos do corpo de guarda de um depósito de munição, do exército federal, em *Lebach*. Ambos aspiravam, juntamente com um terceiro, que não cooperou no assalto, mas esclareceu a um dos autores a aplicação de uma pistola empregada no ato, a fundação de uma comunidade de vida fora da sociedade.

O ato causou grande comoção. Após uma diligência dispendiosa, os três foram presos no verão de 1969. O tribunal de jurados de Saarbrücken condenou ambos os autores principais a penas privativas de liberdade para toda vida e o terceiro, por causa de ajuda, a um pena privativa de liberdade de seis anos.¹⁵

Após a condenação dos autores e durante o cumprimento da pena, em 1972, um canal de televisão produziu um documentário sobre o caso, trazendo nomes e imagens dos condenados.

Diante da iminência da veiculação do documentário, um dos condenados que fazia jus à suspensão da pena residual em razão de ter cooperado com a justiça durante o processo, ingressou com uma ação visando a não exibição do documentário por entender que a sua exibição poderia interferir e por em perigo a sua ressocialização.

Neste caso, em sua defesa, o canal de televisão (*AZDF - Zweites Deutsches Fernsehen*) alegou que o documentário seria legítimo, pois havia grande interesse da opinião pública e, portanto, o direito de informar a população deveria prevalecer.¹⁶

¹⁵ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudo para a Filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁶ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad Adenauer- Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sulamérica.

O condenado solicitou ao tribunal de segunda instância, em *Mainz*, medida cautelar visando proibir o canal de televisão de exibir o documentário, pois neste havia citação de seu nome e publicação de sua imagem, de modo poderia ser identificado pelos telespectadores.¹⁷ No entanto essa medida foi recusada.

Interpôs a apelação contra essa decisão perante o tribunal de terceira instância, em *Koblenz*, que também não foi deferida.

Então, o condenado promoveu recurso para o Tribunal Constitucional Federal, que mediante medida cautelar proibiu a veiculação do documentário. Após, o recurso constitucional foi acolhido, sendo anulada as sentenças anteriormente prolatadas.¹⁸

No caso Lebach, o Tribunal Constitucional preservou o direito geral da personalidade porque ali havia uma lesão capaz de associar, de modo permanente, o criminoso a sua condição. Tratou-se, portanto, de uma questão de intensidade do ato que interferiu no direito ao desenvolvimento da personalidade. A intensidade da violação ao direito fundamental dos criminosos, no caso Lebach, era sensível porquanto o programa de televisão da ZDF conferira um caráter sensacionalista ao fato, com a exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. A veiculação do documentário, à época, prejudicaria e muito a ressocialização dos condenados.¹⁹

A Corte em questão entendeu que ação se mostrava legítima, uma vez que tal documentário invadiria a esfera dos direitos da personalidade do condenado, e também frustraria a reinserção do apenado à sociedade, o que traria diversas conseqüências negativas a uma tentativa de recomeçar uma vida dignamente.²⁰

1.3.2 Caso *Lebach II*

¹⁷ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad Adenauer- Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sulamérica

¹⁸ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad Adenauer- Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sulamérica

¹⁹ RODRIGUES, Junior, Otavio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

²⁰ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

Em 1996 foi produzido novo documentário sobre o caso *Lebach*, mas desta vez os produtores tomaram cuidado de não publicar os nomes e imagens dos condenados.

Foi intentada nova ação com os mesmos argumentos usados no caso *Lebach I*, no entanto a decisão tomada pelo Poder Judiciário alemão foi diversa.

Isso ocorreu porque, ao contrário do primeiro documentário, este último omitiu os nomes e imagens dos condenados, de modo a se evitar que eles fossem identificados, prevalecendo, neste caso, o direito à informação frente aos direitos da personalidade.

Quando ocorre um conflito entre os direitos fundamentais, há que se levar em consideração a proporcionalidade/ponderação na aplicação de cada um deles. No caso *Lebach II*, que teve desfecho totalmente diverso do caso *Lebach I*, é possível observar aplicação da proporcionalidade/ponderação na decisão do Tribunal Constitucional.

De fato, o catálogo protetivo da Constituição Federal, máxime os direitos que tutelam a intimidade, albergam um direito ao esquecimento, mas que, da mesma forma que outros, devem ser aplicados em vista do princípio da proporcionalidade, em permanente exercício de sopesamento dos valores que acodem os interesses concretos debatidos, não se lhe conferindo, pois, a priori, um peso maior que outros direitos que também recebem guarita constitucional.

Alias, atualmente é essa a linha do Tribunal Federal Alemão que, ao revisitar o caso *Lebach*, em 1996, em virtude da notícia de que outro programa seria veiculado sobre o crime (mas, diferentemente do primeiro, não seriam exibidas imagens e os nomes seriam modificados); embora lançados os mesmos argumentos, não reconheceu esse direito aos interessados, tendo por prevalente o direito a informação frente aos da personalidade (intimidade, privacidade, direito à ressocialização).²¹

1.3.3 Caso *Wolfgang Werlé e Manfred Lauber*

Ainda na Alemanha, outro caso merece nossa atenção.

Envolvem dois personagens *Wolfgang Werlé* e *Manfred Lauber*, condenados por homicídio de um ator na década de 90.

Em 2009, em liberdade após cumprir mais de 20 anos da condenação, *Werlé* pleiteou no Tribunal de Hamburgo o direito de suprimir todas as referências ao seu nome sítio eletrônico *Wikipédia*.

²¹ PORTELA, Airton. *Constituição Pressupõe Direito Fundamental ao Esquecimento*. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br> . Acesso em: 10 mai. 2014.

Werlé fundamentou sua ação utilizando no caso *Lebach*, no qual toda a controvérsia girou em torno do direito de privacidade daqueles que já teriam cumprido sua pena, ou seja, depois de obter o direito de ser reintegrado na sociedade.

Diante disso, o tribunal privilegiou sua tese e ordenou que o *Wikipédia* retirasse toda referência ao nome seu nome do sítio, sob pena de multa contratual.²²

1.4 Direito ao esquecimento e rede mundial de computadores

A propagação de informações via rede mundial de computadores elevou o debate sobre a aplicação do direito ao esquecimento, sobretudo por seu alto poder de disseminação de informações.

Com a facilidade de acesso das pessoas à rede mundial de computadores, *Viktor Mayer-Schonberger*, em 2007, formulou o chamado “*the right to be forgotten*” (direito ao esquecimento)

Sua maior preocupação era demonstrar que o simples ato de apagar dados indesejados não seria garantia de exclusão definitiva da informação indesejada. A partir dessa discussão é que o direito ao esquecimento passou a ter maior visibilidade.²³

A partir disso a União Européia aderiu ao movimento “*the right to be forgotten*”, e só então estudos foram criados objetivando a proteção de dados.

Em 2012, o Conselho e Parlamento europeu propuseram a normatização do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento.²⁴

Episódio recente envolvendo essa discussão é o *Caso Google Espanha*, no qual um cidadão espanhol chamado *Mario Costeja Gonzáles* pediu para ser esquecido pelo sítio eletrônico *Google*.

A *Google* inseriu em seu sítio de busca dados de *Mario Costeja Gonzáles*, referentes a um apartamento levado a hasta pública em razão de dívidas para com a

²² LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direto ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

²³ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direto ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

²⁴ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direto ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

seguridade social espanhola. Posteriormente a dívida foi quitada, mas as referencias a seu nome foram mantidas no sítio de buscas.

Então, *Mario Costeja Gonzáles* ajuizou ação para que fossem suprimidos ou alterados tais dados, de modo que não mais fossem visualizados por terceiros.²⁵

Neste caso, o Tribunal da União Européia - a *Court of Justice of the European Union* -, em 13 de maio de 2014, reconheceu o direito ao esquecimento na *web*, uma decisão inédita sobre tal prisma. No acórdão, o tribunal reconheceu que a *Google* é responsável por todos os dados o que disponibiliza em sua lista de *links*, bem como tem o controle sobre os dados pessoais de seus clientes. Diante disso, o Poder Judiciário alemão determinou a retirada das informações pessoais “sensíveis” dos resultados de buscas na *web*, e também dos que não são mais pertinentes em razão do transcurso do tempo.²⁶

A partir desta decisão, houve uma mudança de postura da jurisprudência européia na aplicação do direito ao esquecimento em casos que envolvendo a rede mundial de computadores, pois anteriormente se afirmava que os sítios de buscas não possuíam responsabilidade sobre os conteúdos exibidos em suas páginas.²⁷

Segundo o Tribunal Europeu, no entanto, há a necessidade de se distinguir entre figuras públicas e privadas, haja vista a pernicioso possibilidade de estancar a história da humanidade. Então, o tribunal entendeu que toda pessoa tem o direito de ser esquecido na *internet*, ressalvando aquelas figuras que são consideradas públicas.²⁸

1.5 Direito ao Esquecimento no Brasil

²⁵ RODRIGUES, Junior Otavio Luiz. *Direito de apagar dados e a decisão do Tribunal europeu no caso Google Espanha*. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 22 mai. 2014.

²⁶ CHEQUER, Cláudio. *Direito ao esquecimento na internet: posição contrária*. Brasília: Carta Forense, ano 23, ed. 134, jul. 2014.

²⁷ IZIDORO, Frederico Afonso. *Direito ao esquecimento na internet: posição favorável*. Brasília: Carta Forense, ed. 134, jul. de 2014.

²⁸ IZIDORO, Frederico Afonso. *Direito ao esquecimento na internet: posição favorável*. Brasília: Carta Forense, ed. 134, jul. de 2014.

No Brasil, o tema direito ao esquecimento já foi motivo de alguns debates, porém de maneira não explícita. Desde a década de 90 vem surgindo alguns artigos que tratam sobre o tema.²⁹

Mesmo não sendo um tema considerado novo, no Brasil a discussão em torno da aplicação do direito ao esquecimento surgiu em decorrência de alguns casos que envolvem conflitos entre direitos da personalidade e direito à informação.

O fundamento constitucional e legal do direito ao esquecimento no Brasil tem acento no direito à vida privada (privacidade), à intimidade e à honra, todos consagrados o art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

Também encontra fundamento na legislação infraconstitucional, ou seja, no art. 21 do Código Civil.

Neste contexto, a dignidade do ser humano, consagrada pelo art. 1º, inciso III, da Constituição da República, também é considerado como um importante fundamento do direito ao esquecimento.³⁰

O direito ao esquecimento não é recente na doutrina do direito, mas entrou na pauta jurisdicional com mais contundência desde a edição do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF). O texto, uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil- lei 10.406/2002, elenca o direito de ser esquecido entre um dos direitos da personalidade. A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos.³¹

Ocorre que os fundamentos constitucionais e legais em que se sustenta o direito ao esquecimento, aparentemente, entram em conflito com outra importante garantia constitucional, qual seja, o direito à informação, devendo-se aprofundar os estudos para aplicação harmoniosa destes fundamentais institutos, para que não haja desrespeito a nenhum deles.

Reveste-se de inequívoca atualidade e relevância o estudo da necessária e tensa convivência entre os direitos próprios e indissociáveis da personalidade e a liberdade de informação, visto sobre dois prismas a ela inerentes, ou seja, tanto sobre o viés do direito de informar, quanto sob a ótica do direito difuso de acesso à informação.³²

²⁹ RODRIGUES, Junior, Otavio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³⁰ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³¹ MINEIROS, Associação dos Magistrados. *STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez*. 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 22 jul. 2014.

³² BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

Então, doravante, analisaremos os princípios/direitos ligados à aplicação do direito ao esquecimento, quais sejam, personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada, honra, imagem, liberdade de imprensa e informação.

1.6 Direito à Personalidade

Como dito já dito, o direito ao esquecimento está diretamente ligado ao direito da personalidade.

Encontramos traços do direito da personalidade na Carta Magna inglesa de 1215, a qual estabeleceu aspectos fundamentais da personalidade, como por exemplo, a liberdade.

Mesmo implicitamente, o direito da personalidade já se fazia presente no século XVI, pois, com a Declaração dos Direitos dos Homens, em 1780, há uma maior valorização da tutela da personalidade humana e sua defesa de direitos individuais.³³

O reconhecimento dos direitos da personalidade como direito autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial, e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade da pessoa humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”. Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste e, que nem sempre a violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação.³⁴

Como podemos observar pelo contexto histórico, o direito da personalidade é um instituto que possui suas raízes desde as primeiras constituições escritas, porém foi somente após a segunda guerra mundial, com as doutrinas germânica e francesa, que a discussão em torno dela realmente prosperou. Isso se deu em decorrência dos diversos acontecimentos provocados pelo nazismo, em cujo contexto histórico foram praticados diversos ataques contra a individualidade da

³³ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil- Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista dos Tribunais, vol.18. abr. 2004.

pessoa humana e contra a humanidade, o que gerou, em 1948, a promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem.³⁵

No Brasil, mesmo sendo um tema discutido há muito tempo e previsto em constituições anteriores, os direitos da personalidade tiveram seu auge com a constituição cidadã de 1988, que dispôs em seu título II os direitos e garantias fundamentais.

Somente em fins do século XX se pode construir a dogmática dos direitos da personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CF/88. A importância desses direitos e a posição privilegiada que vem ocupando na Lei Maior são tão grandes que a sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado de segurança; do mandado de injunção; do *habeas corpus*; do *habeas data* etc. Com isso reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com progresso tecnológico, p.ex., conciliando a liberdade individual com o social.³⁶

O direito da personalidade abrange, dentre outros, os direitos à vida, à liberdade, à manifestação do pensamento, desdobrando-se ainda em direito à imagem e a privacidade, bem como resguarda a dignidade da pessoa humana.³⁷

O Código Civil de 2002, em seu capítulo II, trata diretamente do direito da personalidade, mais especificamente entre os artigos 11 e 21. Não obstante o avanço desse códex, a Constituição de 1988 já enumerava os direitos fundamentais postos à disposição da pessoa humana.³⁸

Entre nós, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alcançando a altitude legislativa por normas esparsas e consagradas pelo texto constitucional de 1988. Antes disso, o projeto de Código Civil elaborado pelo eterno mestre Orlando Gomes, na década de 60, em dezesseis artigos, cuidava amplamente da matéria, inclusive emprestando disciplina mais profunda do que a legislação vigente.³⁹

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista dos Tribunais, vol.18. abr. 2004.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. 31º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- Parte Geral*. 10º edição. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

³⁹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil- Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

Neste sentido:

Sabe-se que o título II da Constituição de 1988, sob o título “Dos Direitos e Garantias Individuais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com dignidade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vez, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer da vital importância do art. 5º da CF/88 para nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as *cláusulas pétreas*, que são direitos fundamentais deferidos à pessoa.⁴⁰

O Código Civil de 1916 não se preocupava com o direito da personalidade, porém trazia alguns princípios nítidos de proteção à personalidade, como o artigo 666 e 449, que faziam referências à imagem e ao direito do autor de obra, respectivamente.⁴¹

A personalidade consiste em um conjunto de características da pessoa, sendo o direito da personalidade situações jurídicas reconhecidas à pessoa, ligadas ao seu desenvolvimento como pessoa humana, podendo ser físicas, psíquicas, intelectuais, morais. Está diretamente ligada ao modo como a pessoa se enxerga diante de si e como membro de uma sociedade.⁴²

Na IV Jornada de Direito Civil, evento de 2006, foi aprovado o enunciado n. 274 do CJP/STJ, um dos mais importantes enunciados doutrinários das Jornadas de Direito Civil. A *primeira parte* da ementa do enunciado doutrinário prevê que “Os Direitos da Personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal”. Em suma, existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativos (*numerus clausus*).⁴³

O direito da personalidade está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos à intimidade, à honra e à vida privada.

1.7 Dignidade da Pessoa Humana

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- Parte Geral*. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴² ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil- Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

⁴³ TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana (...).⁴⁴

A origem do significado da palavra dignidade surge com a tradição cristã e com o estudo da filosofia kantiana.

Do cristianismo surgiu o conceito de pessoa como um ser dotado de dignidade, extraído da concepção de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, igualando-os em essência.

O filósofo Kant foi o pioneiro a moldar o conceito de dignidade humana em sua concepção moderna. Para Kant, a dignidade humana tem seu suporte filosófico fundamental, bem como sua concepção humanitária e universalista, na autonomia da vontade.⁴⁵

A dignidade da pessoa humana não surge com o direito posto, mas antes dele, sendo uma característica imanente do ser humano, congênito. O ordenamento jurídico apenas vem para proteger a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação.⁴⁶

O que se busca proteger são os atributos específicos da pessoa, ou seja, o modo de ser, físico ou moral, do indivíduo.⁴⁷

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e a sua dignidade, que encontram proteção no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.⁴⁸

⁴⁴ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

⁴⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

A proteção conferida à dignidade da pessoa é estabelecida de forma ampla, de modo a ser garantido ao homem proteção em detrimento de todas as outras coisas por ele criadas.

Neste sentido, brilhante voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão no caso conhecido por Chacina da Candelária, Resp nº 1.334.97/RJ:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.⁴⁹

A dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade estão intimamente ligados às três grandes gerações dos direitos humanos oriundos da Revolução Francesa.

Desse modo, não se pode esquecer que os direitos da personalidade são relacionados com a dignidade da pessoa humana e com as três grandes gerações ou dimensões de direitos decorrentes da Revolução Francesa, a seguir expostas:

- Direitos de primeira geração ou dimensão: princípio da liberdade.
- Direitos da segunda geração ou dimensão: princípio da “igualdade” em sentido amplo (“*lato sensu*”) ou da isonomia
- Direitos da terceira geração ou dimensão: princípio da “fraternidade” surge dos direitos relacionados com a pacificação social, os direitos do consumidor, o direito ambiental e os direitos do trabalhador.⁵⁰

Os direitos de primeira geração surgem diante de um Estado autoritário, onde a vontade do Estado em detrimento da vontade individual. Passa-se de Estado autoritário para um Estado de Direito.

Nesse cenário há reconhecimento das liberdades individuais e um absentéismo estatal, ou seja, uma prestação negativa, não fazer, em que o Estado se comprometia a não violar os direitos humanos estabelecidos.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/05/2014.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 05/05/2014.

Isso ocorreu através do reconhecimento das primeiras constituições escritas do século XVIII, como a norte-americana e a francesa.⁵¹

A primeira geração é constituída pelos direitos de liberdade, que abrange os direitos individuais e os políticos. As pessoas deixaram de ser apenas súditos e passaram a ser cidadãos com direitos resguardados pelo Estado.⁵²

Assegurados os direitos individuais, surge posteriormente a necessidade de um Estado intervencionista, surgindo então os direitos de segunda geração.

Os direitos de segunda geração estão ligados à revolução industrial europeia do século XIX.

Surge em um momento da história em que havia muitas reivindicações por melhorias das condições trabalhistas e por normas de assistência social.

O Estado passa a ser intervencionista, passando a ser um estado do bem estar social, ou seja, preocupa-se com os direitos coletivos, sociais e econômicos, dando ênfase ao direito de igualdade.⁵³

A segunda geração corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômicos e sociais que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Esses direitos nasceram em razão de lutas de uma nova classe social, os trabalhadores. Surgiram em um segundo momento, com o aprofundamento das relações entre capital e trabalho. As primeiras constituições a estabelecer a proteção de direitos sociais foram a mexicana de 1917 e a alemã de Weimar, em 1919. exemplos de direitos sociais: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas.⁵⁴

A terceira geração de direitos é marcada por mudanças profundas nas relações econômicas e sociais na comunidade internacional, como, por exemplo, o desenvolvimento tecnológico e científico.

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵² PINHO, Rebello e CÉSAR, Rodrigo. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁴ PINHO, Rebello e CÉSAR, Rodrigo. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Nela os direitos transcendem os interesses individuais, constituindo-se direitos transindividuais, conferindo maior proteção à humanidade e à universalidade.⁵⁵

A terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito. São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massa, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais.⁵⁶

Na terceira geração, o que se busca é a proteção a certos grupamentos sociais. A ótica agora é voltada para a coletividade, afastando-se do ponto de vista individual.

Segundo Lenza, existem ainda os direitos de quarta geração, ligados aos avanços na engenharia genética e à globalização política, que correspondem com a institucionalização do Estado Social. Essa geração está ligada à democracia, à informação e ao pluralismo, ou seja, a globalização dos direitos fundamentais.⁵⁷

Lenza ainda menciona a existência de uma quinta geração, que correspondem ao direito à paz, que, segundo Bonavides, é um direito autônomo, onde a paz é oxioma da democracia participativa e direito supremo da humanidade.⁵⁸

1.8 Direito à Intimidade

O direito à intimidade está disciplinado no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

"Art. 5º (...)

X - são invioláveis a *intimidade*, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).⁵⁹

⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁶ PINHO, Rebello e CÉSAR, Rodrigo. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁹ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O direito à intimidade está diretamente associado ao direito à vida privada, no entanto, é preciso ter em mente que os dois institutos são distintos, uma vez a Constituição da República fez questão de diferenciá-los.⁶⁰

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações- de privacidade e intimidade- há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito a privacidade, que seria mais amplo. O direito a privacidade teria por objeto 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. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo familiares e amigos mais próximos.⁶¹

Como podemos perceber, o direito à intimidade compreende situações que envolvem aquilo que a pessoa sente, ou seja, está diretamente ligada aos aspectos internos de cada um, situações que diz respeito aos seus sentimentos, emoções, pudores, dentre outras situações.⁶²

Nesse sentido, Maria Helena Diz:

A intimidade é zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa, constituindo um direito da personalidade, logo o autor da intrusão arbitrária à intimidade alheia deverá pagar uma indenização pecuniária, fixada pelo órgão julgante de acordo com as circunstâncias, para reparar dano moral ou patrimonial que causou. Além disso deverá o magistrado a requerimento do interessado, ordenar medidas que impeçam ou obriguem o ofensor a cessar suas ingerências na intimidade alheia; se estas ainda continuarem, e, se possível, deverá exigir o restabelecimento da situação anterior à violação, a expensas do lesante, como, por exemplo, a destruição da coisa produzida pelo atentado à intimidade.⁶³

O direito à intimidade também está relacionado à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência e ao segredo profissional.

A inviolabilidade do domicílio que está assegurada no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República, que dispõe que a casa é inviolável e que ninguém pode nele entrar sem consentimento do seu proprietário.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O sigilo de correspondência e o segredo profissional estão previstos no artigo 5º, inciso XII e XIV, da Constituição da República.⁶⁴

1.9 Direito à Vida Privada

O direito à privacidade está disciplinado no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).⁶⁵

É mais amplo que o direito à intimidade, pois consiste em todas as relações da pessoa com o meio em que vive, ou seja, relações pessoais, comerciais, profissionais.⁶⁶

O direito à vida privada consiste em poder a pessoa conduzir sua vida sem a interferência de outras pessoas ou do Estado.⁶⁷

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condição propícia para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observância alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diurna de nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e a curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectiva e traçar metas.⁶⁸

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

⁶⁵ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O direito à vida privada diz respeito a vida interior de cada pessoa, seus familiares, seus amigos, e consiste em ter a privacidade resguardada para que não sofra nenhuma interferência alheia.⁶⁹

1.10 Direito à Honra e imagem

Direito à honra e à imagem está garantido pela Constituição da República, *verbis*:

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a *honra* e a *imagem* das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).⁷⁰

Segundo Silva, a honra consiste em um conjunto de qualidades de uma pessoa, vejamos:

A honra é um conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade.⁷¹

A honra é atributo inerente à pessoa. Consistente em sua autoestima e envolve sua reputação perante a sociedade em que se está inserido.

A imagem está ligada ao seu retrato físico e social.

O retrato físico está ligado a toda espécie de divulgação de seu autorretrato, seja ela por fotografias, vídeos ou outros meios que possibilite essa divulgação.

Já o retrato social ou imagem retrato diz respeito sobre a maneira como as pessoas que estão a sua volta te percebem.⁷²

O direito à honra e à imagem está previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

⁷⁰ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

O Código Civil, sem seu Capítulo II, intitulado Dos Direitos da Personalidade, estabelecem princípios gerais voltados à proteção do nome e da imagem do indivíduo.⁷³

Honra e imagem também estão protegidas pelo direito criminal, encontrando amparo nos arts. 139, 138 e 140, do Código Penal, que esposam crimes contra a honra de calúnia, difamação e injúria. Além de processo criminal, que praticar tais condutas também pode ser condenada a pagar indenização por dano moral.⁷⁴

Após a análise direitos fundamentais que respaldam o direito ao esquecimento⁷⁵, necessário compreender os direitos fundamentais que assegura a liberdade de imprensa, ou seja, direito à informação e à verdade histórica.⁷⁶

1.11 Liberdade de Imprensa e Direito à Informação

O direito à informação é um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República, vejamos:

Art. 5º. (...)

XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII- todos tem direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(...)

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

§ 1º - Nenhuma lei conterá 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.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- Parte Geral*. 10º edição. São Paulo: Atlas, 2010.

⁷⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

⁷⁵ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

⁷⁶ PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.⁷⁷

Em passado recente, o Brasil foi submetido a regime ditatorial que praticamente dizimou diversas liberdades civis, sendo as restrições à liberdade de imprensa e de informação umas das mais afetadas.

Com o restabelecimento da democracia, as experiências negativas da censura imposta pelo governo ditador foram rechaçadas com o advento do art. 220 da Constituição da República de 1988, que dispôs: “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa construir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...) É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”.⁷⁸

Não obstante a importância do direito de que se está tratando, não podemos olvidar que, como todo direito fundamental, o direito à liberdade de Imprensa e à Informação não são absolutos, podendo sofrer restrições.

Para ficar ainda mais claro a natureza relativa do direito desses direitos, o § 1º do art. 220 da Constituição da República deixa bem claro que eles devem respeitar a vedação ao anonimato; o direito de resposta e indenização à imagem; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; etc.

O constituinte brasileiro, no art.220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observando o disposto

⁷⁷ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷⁸ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

no art. 5º, IV,V,X,XIII E XIV". Dessa forma admite-se a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação.⁷⁹

O direito a privacidade é assegurada tanto às pessoas comuns como também as pessoas tidas como públicas, como por exemplo, artistas, servidores públicos, políticos, esportistas, entre outros. Para as consideradas pessoas comuns, são assegurados proteção na esfera pessoal, ou seja, a vida privada, intimidade; já em relação às pessoas públicas, há que se considerar que estes abrem mão de uma parcela considerável à sua privacidade, neste caso, a proteção será infinitamente menor em relação as pessoas comuns.⁸⁰

Dessa forma, em julgado da Justiça Federal da 4º região, a Relatora do processo, Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, em julgamento onde a parte autora, policial federal, sustenta a existência de um direito ao esquecimento, decorrente do direito a intimidade garantido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, por ter seu nome denegrido, sustentando a existência de dano moral como forma de reparação. O autor narrou ser policial federal na cidade de Foz Iguaçu a muitos anos, quando em 2003, uma das réis publicou reportagem de conteúdo acusatório, humilhante e dissimulado, a partir de informações sigilosas fornecida pela segunda ré, onde narrava que o autor fora demitido anteriormente, porém tal demissão fora anulada por decisão judicial.⁸¹

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A divulgação de informações relativas à anterior demissão e readmissão do autor, para que se configurasse ilícita, era necessário que ele tivesse obtido, por qualquer meio, a decretação do sigilo dessas informações, o que não ocorreu. A divulgação das informações referidas, que expressaram a verdade dos fatos que se extraiu do processo judicial pertinente, não pode

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Civil Nº 2003.70.00.058151-6/PR. Apelante: Julio Cesar Vieira Pereira. Apelado: Empresa Folha da Manha S/A. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Curitiba 06 de maio de 2009. DJe. 26/05/2009. Disponível em: http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2837871&has h=35c5092f00bc77e97777948de194fe36 .Acesso em 03/04/2014.

ser tida como ilícita, já que não se subsume o caso a qualquer das hipóteses legais de sigilo ordinário.

2. Embora se possa cogitar em tese sobre um *direito ao esquecimento*, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal *segredo da vida progressa* relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido aos servidores públicos, ou pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o *direito ao esquecimento* radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc., claramente afastando situação de vida funcional.⁸²

Dessa forma, verificamos neste julgado, que a aplicação do instituto do direito ao esquecimento, para embasar o do direito a intimidade, não se aplicou em decorrência de ser a pessoa envolvida servidor público, considera como sendo uma pessoa tida como pública.

⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Civil N° 2003.70.00.058151-6/PR. Apelante: Julio Cesar Vieira Pereira. Apelado: Empresa Folha da Manha S/A. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Curitiba 06 de maio de 2009. DJe. 26/05/2009. Disponível em: http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2837871&has h=35c5092f00bc77e97777948de194fe36. Acesso em 03/04/2014.

2- O DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO AOS RÉUS E CONDENADOS

Antes de estudarmos a aplicação do direito ao esquecimento às pessoas condenadas a sanção de natureza penal, imperioso tecermos algumas lições sobre a pena criminal e suas teorias, sua função social e o instituto da reabilitação criminal.

2.1 A pena e sua finalidade

A pena é a sanção imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal, ou seja, quando a pessoa pratica um fato típico, ilícito e culpável. Nestes casos o Estado exerce seu *ius puniendi*.⁸³

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência de cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.⁸⁴

Neste sentido:

Pena é o castigo imposto àqueles que violam alguns dos preceitos estabelecidos em lei que são regras de conduta a serem seguidas por todos, são impostas pelo Estado, e a partir d sua violação surge para o mesmo, o poder/dever de punir, para que seja mantida a ordem social.⁸⁵

É importante considerar que o Estado utiliza o direito penal para facilitar e regulamentar a convivência entre as pessoas dentro da sociedade. O Estado se utiliza da pena para proteger bens jurídicos de lesões que possam ocorrer dentro da sociedade, visando uma sociedade organizada.⁸⁶

A nossa Constituição da República, ao proibir uma série de cominações de pena (pena de morte, perpétua, trabalhos forçado, banimento e cruéis), buscou

⁸³ CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

⁸⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*. 7º ed. São Paulo: Método, 2013.

⁸⁵ SANTOS, Raphael Alves. *O Direito ao Esquecimento dos Condenados*. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 22/07/2014.

⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito pena: Parte Geral*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

proteger a dignidade da pessoa humana.⁸⁷ Como pudemos observar, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Democrático de Direito.

Assim dispõe a Constituição da República de 1988:

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

XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da Lei, ser estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVII- não haverá penas:

- a) de morte, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalho forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;⁸⁸

Como se pode perceber do texto constitucional, a pena é personalíssima, ou seja, não passa da pessoa do condenado, podendo a lei dispor sobre seus tipos, mas elas só poderão versar sobre privação ou restrição de liberdade, perdas de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Ainda, não haverá penas de morte, salvo diante de guerra declarada, nem haverá penas de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis

Tais limitações constitucionais se encontram no rol dos direitos fundamentais, constituindo cláusulas pétreas, ou seja, não poderão ser abolidas ou suprimidas por lei ou emenda constitucional.⁸⁹

2.1.1 Teoria absoluta e finalidade retributiva

A teoria absoluta da pena está ligada ao tipo de Estado absolutista.

São as características mais marcantes do Estado absolutista o poder soberano de seu dirigente, que se confundia com o próprio Estado.

⁸⁷ CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

⁸⁸ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A religião é um traço marcante desse Estado, que também influenciava a moral, o Direito e a Justiça, considerando o seu dirigente imbuído de um poder concedido por Deus.

E é nesse contexto que a teoria absoluta se formou, ou seja, fundando-se na ideia de que a necessidade de se aplicar um castigo a quem praticasse um crime era vontade de Deus.⁹⁰

Esta teoria recebeu forte crítica em razão de seu caráter exclusivo em retribuir o mal causado pelo crime, esquecendo-se da finalidade ressocializadora da pena.

De acordo com esta teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*puniter quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal.⁹¹

Portanto, a finalidade retributiva visa somente dar uma resposta à sociedade sobre o crime que fora cometido, prestando-se apenas para mostrar que aquele que cometer uma infração penal será castigado pelo seu ato.

Não possui nenhum vínculo com os efeitos sociais que poderia advir da pena, visando tão somente a retribuição do mal causado, pois se acreditava que com isso a sociedade estaria protegida.⁹²

2.1.2 Teoria relativa

Segundo Greco, que a teoria relativa tem por fundamento a prevenção de cometimento de novas infrações.⁹³

Essa teoria se funde em dois critérios, a prevenção geral, que se subdivide em negativa e positiva, e a prevenção especial, que também se subdivide em negativa e positiva.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito pena: Parte Geral*. 15^o ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte geral*. 7^o ed. São Paulo: Método, 2013.

⁹² CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9^o ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

⁹³ CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9^o ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

A prevenção geral negativa consiste na prevenção por intimidação, ou seja, a pena aplicada ao infrator penal visa refletir junto à sociedade, evitando que outras pessoas que possam vir a cometer novos crimes.

A prevenção geral positiva visa disseminar na sociedade a necessidade de se respeitar valores e direitos. Quando as pessoas tomam consciência de que seus atos podem ser castigados, elas não tendem a não cometer infrações, o que gera a promoção da integração social.⁹⁴

A prevenção especial negativa consiste na neutralização do agente infrator por meio do cárcere, retirando ele do convívio social, impossibilitando-o de voltar a cometer novos crimes.

A prevenção especial positiva visa fazer com que o infrator não volte a cometer novos delitos, ou seja, fazer com que o agente desista de cometer novas infrações. Esse tipo de prevenção possui um caráter ressocializador junto ao autor do delito.⁹⁵

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*puniter ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigos ao condenado.

Adota-se uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. Destate, a pena não está destinada à realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis.⁹⁶

Esta última teoria é voltada para a ótica do delinquente, que deve ser ressocializado para que não venha a cometer novos crimes e possa retornar a conviver em harmonia na sociedade⁹⁷

2.1.3 Teoria mista ou unificadora

A teoria mista ou unificadora busca unificar as teorias absoluta e relativa. Busca-se castigar o condenado pelo crime praticado e evitar que novos crimes sejam cometidos, fundindo-se assim as teorias anteriores.⁹⁸

⁹⁴CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

⁹⁵ CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

⁹⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte geral*. 7º ed. São Paulo: Método, 2013.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito pena: Parte Geral*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte geral*. 7º ed. São Paulo: Método, 2013.

Podemos afirmar que nosso Código Penal, em seu artigo 59, adota esta teoria, pois conjuga a necessidade de reprovação e de prevenção do crime.⁹⁹

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.¹⁰⁰

Nesse sentido, a pena passa a assumir três aspectos: a retribuição, que consiste na punição efetivada pelo Estado àquele que cometer algum crime: a prevenção geral, que consiste em prevenir que novos crimes sejam cometidos; e a prevenção especial, que consiste em preparar o condenado para seu retorno à sociedade.¹⁰¹

2.2 Função social da pena

A função social da pena está direcionada à sociedade, possuindo a tarefa de proteger e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal.

Nesse sentido, a pena deve atender aos anseios da sociedade quando se depara com situações que demandam do Estado a tutela de bens jurídicos relevantes, ou seja, daqueles que são indispensáveis para manutenção e desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.¹⁰²

2.3 Reabilitação criminal/reintegração social

Masson leciona ser a reabilitação um instituto jurídico-penal que se destina a promover a reinserção social do condenado, assegurando a ele o sigilo de seus antecedentes criminais para que ele possa recomeçar a vida de maneira digna.

O condenado deverá requerer declaração judicial de que as penas impostas em sentença penal foram integralmente cumpridas ou extintas.

⁹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9^o ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

¹⁰⁰ VADE Mecum. *Código Penal/ Decreto- Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 11^o ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*. 7^o ed. São Paulo: Método, 2013.

¹⁰² MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*. 7^o ed. São Paulo: Método, 2013.

Com isso, busca-se reintegrar o condenado à posição jurídica que anteriormente desfrutava.¹⁰³

É o instituto por meio do qual o condenado tem assegurado o sigilo sobre os registros acerca do processo e de sua condenação, podendo, ainda, por meio dele, adquirir o exercício de direitos interditados pela sentença condenatória, com a suspensão condicional de alguns efeitos penais da condenação¹⁰⁴

Ainda nesse sentido:

Reabilitação é a declaração judicial de reinserção do sentenciado ao gozo de determinados direitos que foram atingidos pela condenação. Ou, como ensinam REALE JÚNIOR, DOTTI, ANDREUCCI e PITOMBO, " é uma medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração no exercício de direitos, interesses e deveres, sacrificados pela condenação" (penas e medidas de segurança no novo Código,p.263). Antes da Reforma Penal de 1984, era causa extintiva da punibilidade (art. 108, VI, CP de 1940); atualmente é instituto autônomo que tem por fim estimular a regeneração.¹⁰⁵

A reabilitação, em nosso ordenamento jurídico, está prevista nos artigos 93 do Código Penal, que garante aos condenados que cumpriram suas penas o sigilo sobre seus registros criminais.

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre 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.¹⁰⁶

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), dispõe em seu artigo 1º da seguinte maneira: "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado"¹⁰⁷

Nucci leciona que a pena tem vários fins comuns e que todos eles se relacionam, não são excludentes, e que a prevenção está diretamente voltada à

¹⁰³ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.

¹⁰⁴ SANTOS, Raphael Alves. *O Direito ao Esquecimento dos Condenados*. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 22/07/2014.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁶ VADE Mecum. *Código Penal/ Decreto- lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁷ VADE Mecum. *Lei de Execução Penal. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984..* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

execução da pena, ou seja, está ligada à reeducação ou ressocialização do apenado.¹⁰⁸

Nesse contexto, uma das metas da execução penal é promover a reintegração do preso através do trabalho e do estudo, para que ele possa voltar à sociedade de maneira a se inserir no mercado de trabalho iniciar uma nova vida de forma digna.

Com tal objetivo, o artigo 202 da Lei de Execução Penal dispõe que, cumprida ou extinta a pena, não se constará na folha penal, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, nenhuma notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.¹⁰⁹

Cancelamento dos registros criminais para efeitos civis: extinta a punibilidade do condenado, pelo cumprimento da pena ou por outro motivo, não mais se fornecerá certidões, a qualquer do povo, sobre a condenação. Preserva-se o processo de reintegração do egresso à sociedade, permitindo-lhe conseguir emprego e restabelecer-se. Porém para, fins criminais e para concursos públicos, continuam a constar tais registros, o que é justo, pois o objetivo é completamente distinto. Um juiz criminal para aplicar corretamente uma pena, precisa conhecer a vida pregressa do réu, o que incluirá todos os antecedentes registrados em sua folha. Lembramos que o disposto neste artigo terminou por esvaziar a função da reabilitação (art. 93, caput, CP), pois o ex- condenado não mais precisa disso para *apagar* os registros criminais existentes em sua folha, ao menos para fins civis.¹¹⁰

Importante esclarecer que o direito contido na Lei de Execução Penal não se trata de reabilitação criminal.

Também se pode perceber que tal dispositivo é mais vantajoso que o artigo 93 do Código Penal, pois ele não exige o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, como se pode perceber da leitura de seu artigo art. 94, *verbis*:

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

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

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

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁹ VADE Mecum. *Lei de Execução Penal. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.* 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.¹¹¹

Após tais explanações, pode-se notar a grande importância da reabilitação criminal para o tema direito ao esquecimento.

Seguindo esse raciocínio podemos entender que no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, quando dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo¹¹², podemos concluir que não pode o condenado que já cumpriu sua pena junto ao Estado, ou na hipóteses daqueles que se viram em situação de réu que posteriormente fora absolvido, pagar por esse erro durante o restante de sua vida, de maneira que o Estado deve garantir que ele possa se reinserir na sociedade de maneira digna, e para que isso aconteça há a necessidade que os direitos da personalidade sejam respeitados.

Mesmo sendo a reabilitação criminal um instituto de pouco uso na utilidade, ela é de suma importância para o estudo do direito ao esquecimento, pois a sua principal característica consiste em garantir o sigilo dos registros que envolve o processo e a condenação do sentenciado, como também recuperar os direitos perdidos por conta da condenação. Esse instituto segundo alguns autores restaura a dignidade ofendida pela condenação.¹¹³

Os autores da reforma penal de 1984 buscam justificar a importância da reabilitação dizendo que vai além do preceituado no art. 202 da LEP, pois restaura a "dignidade, ofendida pela mancha da condenação, restaurando ao condenado o seu prestígio social" (Penas e medidas de segurança no novo Código, p.268).¹¹⁴

Nesse sentido a reabilitação criminal que está disposto nos artigos 93 à 95 do Código Penal, garante ao condenado, que já cumpriu sua dívida com os Estado, que ele terá assegurado o sigilo dos registros referentes a sua condenação e adquirirá o exercício de seus direitos antes perdidos. A reabilitação criminal é a

¹¹¹ VADE Mecum. *Lei de Execução Penal. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984..* 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹² VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

afirmação de que a pena cumpriu sua finalidade, porém o indivíduo deverá demonstrar que possui todos os critérios subjetivos para merecê-la, no entanto podemos perceber que esse instituto só será efetivo se houver uma verdadeira mudança de comportamento por parte daquele que requerer sua aplicação.¹¹⁵

Ainda sobre a importância do instituto da reabilitação criminal:

Ocorre que, no art. 202 da Lei de Execução Penal, consta que, "cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas pela 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". Portanto, o sigilo já é assegurado pela referida norma, logo após o cumprimento ou extinção da pena.¹¹⁶

2.4 Colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e direito à privacidade

O instituto do direito ao esquecimento envolve a aplicação de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à privacidade e a liberdade de expressão, que aparentemente se encontra em conflito na análise deste estudo.

Surge então um importante questionamento: como resolver o conflito entre esses direitos fundamentais para aplicação do direito ao esquecimento?

Diante dessa indagação, necessário aprofundar os estudos sobre a colisão destes direitos, que envolvem também o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à informação e à memória histórica, que deles decorrem.

O tema se torna importante ao considerarmos o forte poder de difusão dos meios de comunicação, que conseguem atingir um número indeterminado de pessoas.

Fica ainda mais evidente nos dias atuais, dado as inovações tecnológicas dos meios de propagação, consubstanciado na transmissão de dados em tempo real da rede mundial de computadores, que torna a comunicação assaz rápida, quase instantânea.

¹¹⁵SANTOS, Raphael Alves. *O Direito ao Esquecimento dos Condenados*. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 22/07/2014.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A velocidade com a qual as informações circulam não permite mais que pensemos tão somente em mecanismos de abstenção ou repressão, mais de meios eficazes para evitar os abusos e excluí-los, ou impedir que gerem prejuízos continuados ou mais gravosos.¹¹⁷

Nos casos em que envolvem colisão entre direitos fundamentais, não pode o operador do direito escolher arbitrariamente entre um ou outro direito, pois não existe hierarquia entre eles.

Diante do conflito entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, deve-se demonstrar com argumentos, mediante uso da ponderação e da proporcionalidade, a escolha de um em detrimento do outro para o caso concreto, de forma a se chegar a melhor solução.¹¹⁸

Neste sentido :

Quadra consignar, *ab initio*, que conforme já assentou o Augusto Supremo Tribunal Federal, a colisão entre princípios deve ser resolvida sem que se admita a simples supressão de um em relação ao outro, passando a solução, ao revés, por um juízo de razoabilidade e ponderação diante do caso concreto e dos bem envolvidos.¹¹⁹

Portanto, devemos buscar conhecer e entender o funcionamento de cada um dos direitos envolvidos para se definir a melhor aplicação de cada um deles, de modo a não ocorrer prejuízos.

O exercício da liberdade de imprensa encontra, por vezes, dificuldade de convivência com alguns direitos da personalidade, principalmente quando se manifesta pela veiculação de informações que possam tangenciar a honra, a privacidade e a imagem do titular dos direitos supostamente vergastados, reclamando, em tais hipóteses de crise, solução judicial capaz de harmonizar e permitir a coexistência de dois valores com estatura constitucional, realizando-se a ponderação exigida no caso concreto, de modo a evitar que a proteção legada a um deles possa ser entendida como anulação do outro direito em apreciação.¹²⁰

¹¹⁷ RULLI Júnior, Antonio e RULLI Neto, Antonio. *Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: Apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação*. Ano 1 de 2012, p.420. Instituto do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com./uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em 09/03/15.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em 09/08/14.

¹¹⁹ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

¹²⁰ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

No caso de uma errada análise quanto à aplicação do direito ao esquecimento, estar-se-ia preterindo injustamente o direito à liberdade de expressão, cometendo-se a odiosa censura, vedada por norma constitucional.

No Brasil, o direito à liberdade de expressão é garantido pela Constituição da República no capítulo que trata dos direitos e garantias individuais, mais especificamente no artigo 5º, inciso IV, onde reza que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; inciso IX, que dispõe "ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença"; e no inciso XIV, que diz "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado a sigilo da fonte, quando necessário a exercício profissional".¹²¹

O direito à liberdade de expressão inclui a liberdade de buscar, receber e difundir informações, independente do meio que se possa utilizar, isto é, por meio verbal, escrito ou outro meio viável.¹²²

Neste sentido, o direito à informação se refere tanto ao direito individual como ao direito coletivo, pois a sociedade como um todo possui o direito de ser informado.

O direito à informação também constitui um direito da personalidade, sendo de imensa relevância social, pois permite o exercício da democracia, que é um direito indispensável ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.¹²³

Confira sobre o tema julgado do Supremo Tribunal Federal:

A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos

¹²¹ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²² RODRIGUES Junior, Edson Beas. *Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos*. *Revistas dos Tribunais*. Ano 100. Vol. 905. Março 2011.

¹²³ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. *Revista dos Tribunais*, vol. 878, 2008.

oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - **O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.** - Mostra-se incompatível com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa." (AI 705630 AgR , Rel. Min. Celso de Melo, julgamento em 22-3-2011, segunda turma, DJE de 6-4-2011). No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Melo, julgamento em 21-6-2011, segunda turma, DJE de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Melo, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE d 23-11-2009.¹²⁴

Neste julgado da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, proferido em 22 de março de 2011, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento número 705.630, enfatiza-se a necessidade de preservar a prática da liberdade de expressão, resguardando inclusive o exercício de crítica que emana da liberdade de informação, não induzindo responsabilidade civil requerida por "pessoa pública", investida ou não de autoridade governamental.

No entanto, em julgado anterior, a mesma segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no conhecido caso Cássia Kiss, julgado em 4 de junho de 2002, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, no Recurso Extraordinário número 215.984, foi decidido, por unanimidade, que a simples utilização da imagem da pessoa, sem autorização e visando proveito econômico, seria bastante para causar desconforto, aborrecimento e constrangimento, ensejando reparação cível. No caso em questão se discutiu a condenação à reparação por dano material e moral, em virtude de violação ao direito de imagem, diante de utilização sem autorização, com

¹²⁴ BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. AI 705630 AgR. 4º ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

fins lucrativos, imagem de "pessoa pública", onde se tinha como pano de fundo o direito da personalidade em detrimento do direito à informação.¹²⁵

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X. I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. II. - R.E. conhecido e provido. RE 215984 / RJ

Decisão

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 04.06.2002. - RE 215984 / RJ.¹²⁶

Em relação a vida privada ela deve ser resguardada, pois esse espaço é primordial para que o indivíduo desenvolver sua subjetividade, sendo esse espaço um refúgio seguro contra as investidas do mundo público.¹²⁷

O artigo 215, *caput*, confirma que o Estado deverá garantir o pleno exercício dos direitos culturais e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Mais adiante no capítulo V, intitulado Da comunicação Social, no artigo 220, §2º, da Constituição Federal:

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

§ 2º é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.¹²⁸

¹²⁵ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

¹²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa RE 215.984 / RJ. Segunda Turma. Recorrente: Cássia Kis. Recorrido: EDIOURO S/A. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de junho de 2002. DJe 28/06/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28215984%2E%2E+OU+215984%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzyp9ez>. Acesso em 11/03/15.

¹²⁷ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

¹²⁸ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

A Constituição Federal ao assegurar a liberdade de expressão, tratou de definir também que esses direitos não fossem absolutos diante de um eventual ofensa aos direitos da personalidade.

Mostra-se, nessa quadra, evidente que o texto constitucional, ao dispor e assegurar o livre exercício do direito de informar, não afastou a possibilidade de que fossem implementadas e observadas determinadas e justificáveis restrições, tendentes a permitir a convivência harmoniosa entre tal princípio (liberdade de informação) e os direitos da personalidade, tais como a honra, a privacidade e a imagem, também tutelados pelo diploma maior, trazendo a parte final do artigo 220, § 1º, da Constituição, hipótese doutrinariamente definida como *reserva legal qualificada*, que estaria a admitir o implemento de normas que possam disciplinar a liberdade de imprensa, de modo a assegurar que não se venha, sob seu manto, a malferir outros bens jurídicos igualmente protegidos.¹²⁹

Outro caso envolvendo a prevalência do direito à imagem sobre a liberdade de expressão e recente julgado ocorrido em 16 de setembro de 2014, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo número 758.478. A primeira turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da agravante para confirmar a possibilidade de responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa daqueles que abusaram da liberdade de imprensa, ressaltando que tal entendimento não configuraria impedimento da liberdade de expressão.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Direito à **imagem. Programa de televisão. Dano moral.** Pressupostos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ausência de repercussão geral do tema. **Responsabilização dos meios de comunicação. Censura. Não caracterização.** Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada (AI nº 791.292-QO-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 2. O Tribunal de origem concluiu, ante as circunstâncias fáticas peculiares do caso concreto, que a agravante, ao veicular programa de televisão, com intuito de obter audiência, o teria feito de forma abusiva, ofendendo o direito à imagem da agravada. 3. A ponderação de interesses, in casu, não prescinde do reexame contexto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 739.382/RJ-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à configuração da responsabilidade civil por danos causados à imagem ou à honra, haja vista que o deslinde da questão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tampouco prescinde do reexame de fatos e provas. **5. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130-DF, Relator o Ministro Ayres Britto, reconheceu que a Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, assentando, entretanto, a possibilidade, em vista do vigente texto constitucional, de responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa**

¹²⁹ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

daquele que, ao veicular matéria jornalística, abusar da liberdade de imprensa, sem que referidas sanções, aplicadas a posteriori, configurem impedimento à liberdade de expressão. 6. Agravo regimental não provido. ARE 758478 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 16.9.2014.¹³⁰

2.5 Tratados e convenções sobre direito à liberdade de expressão

Além dos dispositivos expressos na Constituição da República, o direito à liberdade de expressão é garantido pelos tratados e convenções que o Brasil faz parte, entre eles podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.¹³¹

O artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos aduz que o ser humano possui o direito à liberdade de expressão, que inclui poder ter opiniões sem sofrer interferência do meio. Diz ainda que o ser humano pode buscar e receber por quaisquer meios essas informações, independentemente de fronteiras. "Artigo XIX Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."¹³²

Nesta mesma linha, o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos diz:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza,

¹³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa ARE 758478 AgR / RJ. Primeira Turma. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 16 de setembro de 2014. DJe 13/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28758478%2E+OU+758478%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwaom86>. Acesso em 11/03/15.

¹³¹RODRIGUES Junior, Edson Beas. *Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos*. Revistas dos Tribunais. Ano 100. Vol. 905. Março 2011.

¹³²DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em : <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 10/03/2015.

independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.¹³³

Ainda, o Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estatui:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.¹³⁴

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a liberdade de expressão possui duas dimensões: uma individual e uma coletiva. Na esfera individual, a pessoa possui o direito/poder de manifestar publicamente suas idéias, sendo garantido inclusive o direito de utilizar todo e qualquer meio para veicular tais informações, tudo isso em prol da informação e conhecimento de todos. Na esfera coletiva, é garantido aos terceiros o direito de receber as informações.¹³⁵

2.6 Obrigação de não fazer e responsabilização por dano moral

Como podemos observar, mesmo o direito a liberdade de expressão ser um direito constitucionalmente garantido e previsto em tratados e convenções internacionais incorporados em nosso ordenamento jurídico, ele não é um direito absoluto e não pode ser utilizado indiscriminadamente.

¹³³PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 10/03/15.

¹³⁴CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos de 1969. disponível em : <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10/03/15.

¹³⁵ RODRIGUES Junior, Edson Beas. *Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos*. Revistas dos Tribunais. Ano 100. Vol. 905. Março 2011.

Neste sentido, em julgado ocorrido em 2012, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 0051483-50.2012.8.19.0000, sob a relatoria do Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, negou provimento, por unanimidade, ao recurso da agravante Yahoo do Brasil Internet LTDA, impondo a aplicação de filtros de informática em motores de sítios de busca para impedir pesquisas realizadas na internet em nome da parte vencedora.¹³⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARA QUE POSSA REPELIR A INTERFERÊNCIA DE TERCEIROS NA ESFERA DE SUA VIDA ÍNTIMA E TER CONTROLE DAS INFORMAÇÕES SOBRE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. DETERMINAÇÃO QUE OS DEMANDADOS INSTALEM “FILTROS” EM SEUS SITES DE PESQUISA EXISTENTES NA INTERNET, COM FIM DE EVITAR A ASSOCIAÇÃO DO NOME DA AGRAVADA A NOTÍCIAS QUE ENVOLVAM LESÕES A SEUS CLIENTES, DECORRENTES DA ATIVIDADE DE DEPILAÇÃO A LASER. O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA, AMPARADO NA CARTA CONSTITUCIONAL (ART. 5º, X), CONFIGURA- SE COMO TUTELA ASSEGURADA AO INDIVÍDUO ELE DIVULGADAS, DESDE QUE TAIS INFORMAÇÕES NÃO VEICULEM MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO. NA HIPÓTESE CONCRETA DO CONFLITO ENTRE A GARANTIA À INTIMIDADE E A CHAMADA “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”, DEVE PREVALECER A PRIMEIRA, COM VISTA A EVITAR QUE O EXERCÍCIO DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE FATOS NOTICIOSOS POR TEMPO IMODERADO POSSA GERAR DANOS À VIDA PRIVADA DO INDIVÍDUO. PREVALÊNCIA, NESSA FASE, DO DIREITO À IMAGEM, À PERSONALIDADE E DO DIREITO AO ESQUECIMENTO, GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO. OS ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS INDICAM A POSSIBILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL À AGRAVADA, CARACTERIZANDO- SE A PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE ENSEJAM A MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. EFICÁCIA DA DECISÃO. POSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA TANTO A IDENTIDADE DA DECISÃO ATACADA QUANTO A SIMILITUDE DOS ARGUMENTOS ORA PINCELADOS COM OS GIZADOS POR SEU CO-RÉU EM SUA MANIFESTAÇÃO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER FATO NOVO QUE ENSEJE DISTINTA APRECIÇÃO DO MÉRITO RECURSAL, PERMANECENDO ESTE RELATOR COM O MESMO ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE PROFERIDO PELO COLEGIADO, QUANDO DA APRECIÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO PELO OUTRO OCUPANTE DO PÓLO PASSIVO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.¹³⁷

¹³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa. Agravo de Instrumento Cível N° 0051483-50.2012.8.19.000. Quinta Câmara Cível. Agravante: YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: Flaviane Cristina Farias Balthar. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200236702>. Acesso em 12/03/15.

¹³⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa. Agravo de Instrumento Cível N° 0051483-50.2012.8.19.000. Quinta Câmara Cível. Agravante: YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: Flaviane Cristina Farias Balthar. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200236702>. Acesso em 12/03/15.

O voto do Desembargador Antonio Saldanha Palheiro é de imensa clareza ao dizer que o tema envolvia a ponderação do direito à intimidade, incluído o direito ao esquecimento e o direito à informação. Esclareceu que, mesmo a Constituição da República prevendo a impossibilidade de censura no país, o direito à intimidade e à vida privada assegurada ao indivíduo o resguardo de qualquer interferência por terceiro em sua vida, tendo inclusive o controle das informações divulgadas. Esclareceu ainda que os princípios devem ser ponderados, pois envolve direitos fundamentais não absolutos.¹³⁸

Como já estudado, existem dois direitos fundamentais que devem ser ponderados para que se possa tomar a melhor decisão:

Independentemente da tese a que se acaba de registrar, é evidente que tanto a liberdade de informação como a de expressão e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar os próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada a imagem (arts. 5º, e 220, § 1º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), a segurança da sociedade do Estado (art. 5º XIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)), a proteção a infância e da adolescência (art. 21, XVI, da CF/1988 (LGL\1988\3)) no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação.¹³⁹

Já dito anteriormente que o direito à honra possui duas formulações, a honra subjetiva, que envolve a auto-estima e a imagem que ele tem de si, e a honra objetiva, que se refere ao conceito que o indivíduo tem perante à sociedade.

A honra é bem jurídico e não permite violação imotivada, no entanto, pode ocorrer violação diante do direito à informação fundado no interesse público.

Ocorre que em certos casos a violação à honra pode ser caracterizada quando o teor dos fatos noticiados por de caráter privado, referindo-se exclusivamente à intimidade, sem nenhum interesse público.¹⁴⁰

¹³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa. Agravo de Instrumento Cível N° 0051483-50.2012.8.19.000. Quinta Câmara Cível. Agravante: YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: Flaviane Cristina Farias Balthar. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200236702>. Acesso em 12/03/15.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista dos Tribunais, vol.18. abr. 2004.

¹⁴⁰ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

A imagem é todo tipo de representação da pessoa, seja ela imagem retrato ou a imagem atributo. Como já explicado em tópico específico, a imagem e a honra são bens jurídicos distintos e protegidos individualmente.

O STJ entende que a obrigação de indenizar decorre do uso indevido da imagem sem autorização de seu titular, seja a imagem considerada um direito moral ou patrimonial, que, se violados, gera indenização por dano moral.¹⁴¹

Nesse sentido:

DIREITO À IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE. QUANTUM. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS. I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV – O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional.¹⁴²

Conclui-se então que é assegurado indenização por danos morais em decorrência de divulgação de imagens sem autorização de seu titular, pois viola o direito da personalidade consubstanciado no direito à imagem.

¹⁴¹ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Ementa. EREsp N° 230.268/ SP. Segunda Seção. Embargante: Maria Aparecida Santos Costa. Embargado: Avon Cosméticos LTDA. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de dezembro de 2002. DJe 04/08/2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia>>. Acesso em 13/05/2015.

3. CASOS EM DISCUSSÃO NO BRASIL

O direito ao esquecimento vem ganhando notoriedade no Brasil devido à rapidez com que as informações são repassadas, muitas vezes causando imenso estragos na vida dos envolvidos.

Atento a isso, foi aprovado, na VI Jornada de Direito Civil de 2012, o enunciado de número 531, que incluiu entre os direitos da personalidade o direito ao esquecimento. Neste sentido: " Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil"

Os dois principais casos emblemáticos em discussão atualmente são caso Chacina da Candelária e caso Aída Curi.

Cabe salientar que a discussão em tais casos envolve a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, com fundamento nos direitos da personalidade da honra e da imagem, que aparentemente se chocam com o direito de liberdade de imprensa.

Esses dois casos foram julgados no mesmo dia pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 20 de maio de 2013, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão. Em um deles prevaleceu o direito ao esquecimento, enquanto no outro o direito de liberdade de imprensa.

No caso da Chacina da Candelária, o direito ao esquecimento foi garantido por unanimidade. No caso Aída Curi, os Ministros, por maioria, negaram a aplicação do direito ao esquecimento, prevalecendo o direito de liberdade de imprensa.

Esses dois casos foram objeto de recurso ao Supremo Tribunal Federal, onde foram submetidos ao regime de Repercussão Geral, figurando como relatores o Ministro Celso de Mello (Chacina da Candelária) e o Ministro Dias Toffoli (Aída Curi).

A seguir, analisaremos esses casos para melhor entendermos porque o Superior Tribunal de Justiça entendeu cabível ou não a aplicação do instituto direito ao esquecimento..

3.1 Caso chacina da candelária - Resp 1.334.097 e ARE 789.246

Este caso é de suma importância para este trabalho em razão dos elevados argumentos colacionados pelas partes.

3.1.1 Acontecimentos Históricos

A Chacina da Candelária ocorreu em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, RJ, próximo à Igreja da Candelária, onde Policiais Militares assassinaram oito jovens moradores de rua.

Mesmo após muito anos, os motivos dessa chacina ainda são desconhecidos. Uma das hipóteses apontadas pela investigação é de vingança em resposta a um suposto apedrejamento de uma viatura da polícia. Outra é a de que uma mulher de um policial foi atropelada no local por estar fugindo de um arrastão promovidos por menores que ali circulavam.¹⁴³

Passado 13 (treze) anos do acontecimento, um dos supostos envolvidos na chacina ajuizou ação em face da TV Globo LTDA pleiteando reparação por danos morais, em razão de a emissora de TV ter veiculado, no programa jornalístico Linha Direta, a seqüência de homicídios ocorrido na Igreja da Candelária.

A emissora procurou o suposto envolvido e lhe solicitou autorização para veicular o caso, no entanto, ele recusou a divulgação.

Insta salientar que ele foi absolvido no processo crime instaurado, tendo o Júri formado na época, por unanimidade, negado sua participação nos homicídios.¹⁴⁴

Mesmo tendo se recusado a participar e negado autorização para divulgação de seu nome e imagem, a emissora em questão retratou a história citando o nome e imagem do envolvido, causando-lhe grande abalo moral.

¹⁴³RELEMBRE as 10 grandes chacinas que marcam a história do Brasil. Disponível em : <<http://noticias.terra.com.br/brasil/chacinas-brasil/>>. Acesso em 14/03/15.

¹⁴⁴ BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 15/03/2015.

3.1.2 Particularidade do caso

O suposto envolvido ajuizou a ação pleiteando reparação por danos morais contra a emissora, fundamentando-a por entender que a exposição de sua imagem e nome ocorreu de forma ilícita, gerando constrangimento e abalo moral.

Em suas alegações, defende que, ao ter sua imagem e nome exposto em rede nacional, reacendeu na comunidade onde vive a desconfiança, o ódio e a imagem de "chacinador", ferindo seu direito à paz, ao anonimato e à privacidade, inclusive de seus familiares.¹⁴⁵

Todo esse acontecimento trouxe prejuízos para sua vida profissional, pois não conseguia mais emprego, tendo inclusive que se desfazer de todos seus bens e abandonar a comunidade onde vivia por medo de ser morto por "justiceiros" e traficantes.

No entanto, o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, RJ, entendeu da seguinte maneira:

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia acerca de "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório (fls130-137).¹⁴⁶

Em apelação do autor, a sentença foi reformada, por maioria, apresentando a seguinte ementa:

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

¹⁴⁵ BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 15/03/2015.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 14/05/2014.

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. 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 e 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.¹⁴⁷

Ação envolve conflito aparente entre os princípios fundamentais do direito à vida privada, à intimidade e à imagem, em detrimento do direito à informação.

É possível identificar a existência de divergência entre os operadores do direito do tribunal fluminense na aplicação de tais princípios, já que no processamento da apelação interposta o julgamento ocorreu por maioria.

Diante da sentença reformada em virtude da apelação, a emissora opôs embargos infringente para fazer prevalecer o voto vencido, pleiteando assim a prevalência do direito à informação em detrimento ao direito à vida privada, à intimidade e à imagem.

No entanto, os embargos infringente foram rejeitados sob o argumento de que a alegação da emissora (de que houve cuidado com a verdade dos fatos e inexistência de distorção deles), não guardava relação com a causa de pedir. Ainda, mencionou-se que, embora ser inegável o interesse público na discussão dos fatos históricos, seria contestável a necessidade de se revelar o nome completo e a imagem do autor da ação, que não seria pessoa pública, e não acrescentaria nenhuma novidade ao fato.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível N°. 2008.001.48862. Décima Sexta Câmara Cível. Apelante: Jurandir Gomes de França. Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2008. DJe 13/11/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F>>. Acesso em: 13/03/2015.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Relatório. RESP n° 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 14/05/2014

Segue trecho do julgamento dos embargos infringentes:

(...)

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 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 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.¹⁴⁹

Inconformada, a emissora opôs embargos de declaração contra a decisão, o qual foi rejeitado.

Em seguida, ajuizou recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou seguimento aos recursos especial e extraordinário, sendo necessário ajuizamento de agravo de instrumento para serem processados e enviados aos tribunais superiores, o que foi deferido.

3.1.3 Discussão no Superior Tribunal de Justiça- STJ

No recurso especial, a emissora de TV sustentou que não seria devida indenização por ausência de ilicitude, uma vez que o programa Linha Direta nada mais fez senão retratar os acontecimentos de maneira fidedigna, e que os fatos divulgados trata-se de caso criminal célebre, que causou grande repercussão nacional e internacional.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou os fundamentos do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de se aplicar a ponderação entre a liberdade de informação e a proteção à vida privada, prevalecendo no caso a aplicação do direito ao esquecimento, uma vez que as

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

imagens e o nome do envolvido deveria ter sido poupado, mesmo sendo reconhecida a licitude do conteúdo da matéria jornalística.¹⁵⁰

Segue ementa da decisão:

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

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

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

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

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

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em

¹⁵⁰ BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 15/03/2015.

boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

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

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

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

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia

decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica.

O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

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

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

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

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

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

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

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua

dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido.^{151 152}

Segundo o voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, a demanda envolve o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão, que se materializa na liberdade de imprensa, e os atributos individuais da pessoa humana, como intimidade, privacidade e honra (artigos 5º, incisos IV, V, IX, X, XIV, 220 e 221 da Constituição da República).

Ressalta o Ministro que, mesmo os fatos trazendo em seu conteúdo questão constitucional, também se discute matéria de âmbito infraconstitucional, no que se refere à aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas. Ressalta que, ainda que existam precedentes do próprio tribunal negando seguimento ao recurso especial interposto que envolvam conflitos como honra, privacidade e intimidade, sendo exigido a interposição de recurso extraordinário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deve ser atualizada e harmonizada, pois no julgamento do REsp nº 1.183.378/RS se entendeu que, depois da "publicização" do direito privado que vive a constitucionalização do direito civil, todos os princípios constitucionais passaram a condicionar a interpretação dos institutos do direito privado, e que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido não haver usurpação pelo Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos onde a demanda envolve causa de pedir fundada em princípios constitucionais.¹⁵³

Segundo o Ministro Salomão, apesar de o conflito transitar também na esfera constitucional, pode ser solucionado aplicando a legislação infraconstitucional, entre

¹⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

¹⁵²A Quarta Turma decidiu por unanimidade negar o provimento ao recurso especial da Emissora, tendo como Relator o senhor Ministro Luis Felipe Salomão. Os demais ministros seguiram o entendimento do Relator, sendo eles os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marcos Buzzi.

¹⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 14/05/2014.

eles os artigos 11, 12, 17, 20 e 21 do Código Civil. Deve ser analisado também sob o prisma do direito penal, que prevê o instituto da reabilitação criminal, artigo 93 do Código Penal, e artigo 202 da Lei de Execuções Penais, que enfatiza a restauração da dignidade social ao garantir o sigilo da folha de antecedente.

O presente caso representa com perfeição a aplicação do direito ao esquecimento, já que se instaura o conflito entre o legítimo direito de preservar a vida privada e o direito de informar e divulgar acontecimentos históricos.

Depois a discussão do tema, chegou-se à conclusão que o direito ao esquecimento deveria ser aplicado, pois ao utilizar a ponderação entre a liberdade de informação e a proteção à vida privada, entendeu-se que a imagem e nome do envolvido deveriam ser poupados, mesmo sendo a matéria jornalística veiculada de forma lícita.

3.1.4 Argumentos contrários à aplicação do direito ao esquecimento

Em um artigo publicado no sítio eletrônico Dizer Direito, intitulado Direito ao Esquecimento, aponta-se algumas crítica que o instituto vem recebendo devido os recentes casos em discussão.

O autor aponta alguns argumentos que foram colacionados no voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, referente ao caso em estudo.

(...)

- a) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constituiria um atentado à liberdade de expressão e de imprensa;
- b) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade;
- c) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público;
- d) é absurdo imaginar que uma informação que é lícita se torne ilícita pelo simples fato de que já passou muito tempo desde sua ocorrência;
- e) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público."¹⁵⁴

Todas essas críticas giram em torno de uma possível censura à liberdade de imprensa.

¹⁵⁴ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

Ocorre que a vedação à censura, não obstante ser assegurada por dispositivo constitucional, como todos os outros direitos, também não é absoluto.

Em nosso país que recentemente passou por um regime de ditadura e que vem se afirmando como um Estado Democrático, o simples fato de mencionar que a liberdade de imprensa deve respeitar os direitos da personalidade, que pode restringir sua aplicação, levam muitos a afirmar que estamos diante de um novo tipo de censura.¹⁵⁵

Diante dessas afirmações, o Ministro Luis Felipe Salomão asseverou:

Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos impostos. O novo cenário jurídico subjacente à atividade da imprensa apoia-se no fato de que a Constituição Federal, ao proclamar a liberdade de informação e de manifestação do pensamento, assim o faz traçando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais essa liberdade será exercida, reafirmando, assim como a doutrina sempre afirmou, que os direitos e garantias protegidos pela Constituição, em regra, não são absolutos.¹⁵⁶

A própria Constituição da República restringe a liberdade de imprensa no artigo 220, § 1º, ao estatuir que ela deverá observar os direitos da personalidade.¹⁵⁷

Quanto à crítica de que o direito ao esquecimento engessaria a verdade histórica ao se proibir a veiculação de fatos à sociedade, necessário distinguir acontecimentos de interesse público relevante ou não.

Entretanto, quando o acontecimento da vida trouxer consigo fatores que denotem interesse público relevante, o direito à informação recebe contornos especiais, capaz de fundamentar uma interferência na esfera privada, caso essa solução seja a que melhor resguarda os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da democracia. Importa saber, portanto, quando está presente o interesse público relevante. A verificação do interesse público varia conforme a presença de certos fatores objetivos e subjetivos. Por vezes, o próprio acontecimento da vida revela um interesse público, de maneira que a sua revelação não pode ser

¹⁵⁵ BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

¹⁵⁷ VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

negada á coletividade. São os casos em que o próprio objeto da informação traz consigo grande importância para a coletividade (fatores objetivo), como é o caso da prática de crime, da ocorrência de catástrofes naturais, de graves acidentes, ou da descoberta de algum fato importante para a humanidade. São aqueles fatos que afetam a vida de um considerável grupo de pessoas, e que não se resumem à vida de apenas alguns indivíduos, no seu círculo de amigos ou grupo familiar.¹⁵⁸

Então, a crítica envolvendo assuntos ligados à historicidade, como acontecimentos que envolveram crimes e criminosos marcantes, até que se pode considerar plausível, mas não se sustenta, pois nos casos que envolvem jornalismo policial há que ser tomar cuidado redobrado diante da exploração midiática do crime e da influência que isso possa causar no julgamento, mormente porque, em alguns casos, não se trata de caso de relevante interesse público em si, mas criado artificialmente justamente pela maciça exposição da mídia.¹⁵⁹

A historicidade da notícia jornalística, todavia, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela por razões bem conhecidas por todos. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem". No ponto, faz-se necessário desmistificar a postura da imprensa no noticiário criminal, a qual - muito embora seja uma instituição depositária de caríssimos valores democráticos - não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime.¹⁶⁰

Deve-se ter minucioso cuidado diante de acontecimentos que geraram grande repercussão midiática, pois neste cenário de grande exposição conduz a uma condenação antecipada, que mesmo uma absolvição criminal não conseguirá reconduzir o cidadão ao *status quo*.¹⁶¹

¹⁵⁸ PALHARES, Cinara. Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

¹⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

¹⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 14/05/14.

¹⁶¹ RULLI Júnior, Antonio e RULLI Neto, Antonio. *Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: Apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação*. Ano 1 de 2012, p.420. Instituto do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em 09/03/15.

O argumento de que os fatos se perderiam com a aplicação do direito ao esquecimento também não se sustenta, pois o interesse público é satisfeito quando o processo penal cumpre seu papel, dando a resposta para a sociedade, seja ela condenatória ou absolutória. E dado a resposta ao fato criminoso, o interesse público tende a desaparecer, perfazendo-se a vida útil da informação.¹⁶²

Cabe ressaltar que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou o recurso especial interposto pela emissora ré, condenando-a ao pagamento de indenização por danos morais, sustentado que o direito ao esquecimento deve ser aplicado ao caso, pois a emissora poderia ter tomado as devidas providências para que não fossem divulgadas a imagem e o nome do interessado.¹⁶³

Por fim, frisa-se o assunto ainda não foi encerrado, pois ainda está pendente a análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo no Recurso Extraordinário -ARE nº 789.246, Relator Ministro Celso de Mello.

3.2 Caso Aída Curi- REsp 1.335.153/ RJ- ARE nº 833.248

Neste segundo caso, o direito ao esquecimento fora alegado pelos familiares de Aída Curi, vítima do crime praticado, que ajuizaram ação de indenização em face da emissora TV Globo LTDA, por ter veiculado no programa Linha Direta a imagem e o nome de sua irmã, que foi abusada sexualmente e morta em 1958, na cidade do Rio de Janeiro, RJ.

No entanto, em julgamento que ocorreu no mesmo dia do caso Chacina da Candelária, tendo também como Relator o Ministro Luiz Felipe Salomão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não aplicabilidade do instituto do direito ao esquecimento.

¹⁶²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014

¹⁶³ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

3.2.1 Acontecimentos Históricos

Aída Curi era uma jovem de dezoito anos, recém saída de um colégio de freiras. Em 1958, na cidade do Rio de Janeiro, RJ, foi sexualmente abusada e depois jogada da cobertura de um prédio em Copacabana, vindo a falecer.

O episódio trouxe grande repercussão em toda a mídia nacional, sendo uma das histórias criminais mais famosas do noticiário brasileiro.¹⁶⁴

A história desse crime chocou a população da época relembra, após algumas décadas, pelo programa Linha Direta da emissora TV Globo LTDA.

Os irmãos de Aída Curi ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da emissora por entenderem que o crime já tinha sido esquecido, porém, com a divulgação do programa sem autorização da família, viram-se obrigados a reviver os fatos, abrindo-se feridas mal cicatrizadas.¹⁶⁵

3.2.2 Particularidade do caso

Os irmãos de Aída Curi alegaram que a emissora fora notificada para não divulgar o programa, o que não foi atendido pela a emissora transmitiu a reportagem citando o nome e publicando fotografias de Aída.

Os familiares da vítima também alegaram que houve enriquecimento ilícito da emissora, pois ela auferiu lucro com a exposição da tragédia vivida com a família.¹⁶⁶

O Juiz de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca do Rio do Janeiro julgou improcedente os pedidos dos autores. Em grau de apelação, a sentença foi mantida, por maioria.

¹⁶⁴ DIREITO, *ao Esquecimento*. 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Relatório. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

¹⁶⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Relatório. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

Segue ementa:

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 retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é 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 alertadas 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 do 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.¹⁶⁷

Ficou consignado na decisão que a livre expressão da atividade de comunicação prevaleceu em detrimento ao direito da personalidade, aqui retratado no direito a imagem.

A emissora, segundo a ementa, cumpriu com sua função social de informar, dever que se sobrepõe ao interesse individual dos que desejam esquecer o passado.

Quanto à alegação de enriquecimento ilícito, segundo se percebe da decisão, não houve provas do alegado.

Diante do não provimento da apelação, os autores opuseram dois embargos de declaração, que foram rejeitados.

Então, interpuseram recurso especial e recurso extraordinário.

¹⁶⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº.0123305-77.2004.8.19.0001 . Décima Quinta Câmara Cível. Apelante: Nelson Curi e Outros. Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro ,17 de agosto de 2010. DJe 18/08/2010. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11> . Acesso em: 15/03/2015.

Foi negado seguimento ao recurso especial no tribunal de origem, dando causa ao agravo ARESp nº 15.007/RJ, que foi acolhido e os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça.

O recurso extraordinário também teve seu seguimento obstado na origem, sendo interposto o agravo ARE nº de 833.248, que ainda aguarda julgamento.

3.2.3 Discussão no Superior Tribunal de Justiça - STJ

No recurso especial, em preliminar, os recorrentes alegaram a nulidade dos acórdãos e da sentença por má fundamentação e apreciação das provas necessárias para dirimir a controvérsia.

Quanto ao mérito, alegaram a aplicação do direito ao esquecimento com fundamento nos direitos da personalidade previstos no Código Civil.¹⁶⁸

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento ao recurso, tendo como voto condutor o do Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, que compartilhou do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido da não possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento ao caso concreto, pois ficou reconhecida a historicidade do fato, sendo impossível a desvinculação do nome da vítima para a veiculação da matéria.¹⁶⁹

Neste sentido, segue ementa do recurso especial:

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 CURÍ". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO

¹⁶⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Relatório. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 05/05/2014.

¹⁶⁹ Votaram com o relator os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira, ficando vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marcos Buzzi.

NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

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

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

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

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

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

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade 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, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, 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.¹⁷⁰

Segundo o voto do relator Ministro Luis Felipe Salomão, a demanda envolve o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão, que se materializa na liberdade de imprensa, e os atributos individuais da pessoa humana, como intimidade, privacidade e honra (artigos 5º, incisos IV, V, IX, X, XIV, 220 e 221 da Constituição da República).

Os autos também tratam da ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que ocorreu há mais de 50 anos.

Aduzem os familiares de Aída que, diante da divulgação do programa, foram abertas feridas antigas ao reviverem a os fatos brutais envolvendo sua irmã.¹⁷¹

Ressalta o Eminentíssimo Ministro Luiz Felipe Salomão que o caso assenta na adequação ou inadequação da aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto. Acrescenta ainda que o caso em particular se subdivide em duas partes: a primeira gira em torno do direito ao esquecimento e da indenização pela lembrança das dores passadas; e a segunda se relaciona com a utilização comercial da imagem da vítima.

Ainda conforme o relator, não há dúvidas sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento para os condenados que já cumpriram suas penas e aos indivíduos que foram absolvidos de crimes, assim como esclarecido nos autos do processo REsp nº 1.334.097/RJ, que retratava exatamente o ocorrido. Neste sentido:

(...)

11.1. Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em

¹⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/Ementa. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

¹⁷¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Ementa. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

processo-crime, 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.

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.¹⁷²

No entanto, esclarece que nos casos de repercussão nacional a vítima se torna, frequentemente, elemento indissociável do delito, sendo muitas vezes inviável a narrativa do crime sem que se faça referência a figura do ofendido.

Diante dessa afirmativa, ressalva que o caso concreto não alcança o direito ao esquecimento, pois os acontecimentos revividos no passado décadas já teriam entrado no domínio público, e seria impraticável a atividade da imprensa se não pudesse retratar o caso sem citar o nome da vítima.

Ressalta ainda que, a depender do caso, é possível a discussão sobre como o crime se tornou histórico, se pela sua natureza hedionda ou somente pela exposição abusiva da mídia, porém no caso em análise os autos não refletem tal abuso.¹⁷³

Em relação à utilização da imagem da vítima, o eminente ministro entendeu que ela não seria o cerne da publicação, e que as instancias ordinárias reconheceram que não houve utilização degradante ou desrespeitosas dela, afastando assim a afirmação do dever de indenizar, pois o programa enfatizava o crime em si, não a vítima ou sua imagem.

Não obstante o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, o caso ainda não foi definitivamente resolvido, já que ainda em curso recurso extraordinário sobre a matéria, que segue o tramite para casos de repercussão geral.

¹⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

¹⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

3.2.4 Votos divergentes

Foram vencidos no julgamento os Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi.

Ministra Maria Isabel Gallotti entendeu que a controvérsia não girou em torno de censura, pois não foi inibida a apresentação do episódio, mas apenas se pede a proteção ao direito a imagem.

Outro ponto divergente é a afirmação de que a exibição do programa era necessária para a administração da justiça, manutenção da ordem pública, ou no interesse público envolvido na divulgação de crimes que ainda estão em fase de persecução criminal. Para ela, é sobre o uso comercial das imagens.

Para o Eminentíssimo Ministro Marco Buzzi, os fatos divulgados não traduzem dados de relevante interesse público ao ponto de se mitigar o direito à vida privada, para fazer prevalecer o direito à informação.

Nessas circunstâncias, eternizar uma informação desprovida de interesse público ou histórico, viola o direito ao esquecimento. A família da vítima do crime deveria estar no esquecimento, na perspectiva do fato delituoso, podendo desfrutar da liberdade de não mais revolver memórias tristes.¹⁷⁴

O programa não retratou documentário da vida de personagem da história do país, como atores, políticos ou outras figuras conhecidas, mas de uma jovem comum que fora vítima de um crime, que em decorrência da fatalidade acabou por estampar as manchetes de jornais. "Na realidade, o programa consubstanciou um verdadeiro filme adaptado para a televisão, um teleteatro, segundo o voto-vencido do recurso de apelação, sem nenhuma natureza jornalística, sem nenhuma relevância social."¹⁷⁵

¹⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Ministro Marco Buzzi. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30521742&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=2&formato=PDF> .Acesso em 05/05/2014.

¹⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Ministro Marco Buzzi. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30521742&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=2&formato=PDF> .Acesso em 05/05/2014.

Ao final, acrescentam os Ministros que a foto e a invocação do nome da vítima e de seus familiares trouxeram novamente a dor do acontecimento que ocorreu em passado distante.

Acrescentaram, ainda, que, na verdade, a divulgação do programa tem finalidades exclusivamente comerciais, ficando excluída qualquer finalidade histórica ou investigativa, razão pela qual deveria ser aplicada a súmula 403 do STJ.¹⁷⁶ "Súmula 403- Indepe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."¹⁷⁷

¹⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29142509&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=52&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

¹⁷⁷ VADE Mecum. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*: Súmula 403. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONCLUSÃO

Como se pode notar pelo que foi exposto neste trabalho, a aplicação do direito ao esquecimento em casos veiculação em programas ou reportagens jornalísticas envolvendo eventos criminais de grande repercussão nacional, contendo imagens e nomes dos envolvidos sem autorização, vem ganhando visibilidade em decorrência das recentes discussões travadas nos tribunais pátrios, especialmente no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A partir do estudo dos fundamentos aplicáveis ao direito ao esquecimento e tomando como base os dois principais casos julgados no país (caso Chacina da Candelária e caso Aída Curi), podemos definir alguns dos principais pontos sobre a matéria.

Em primeiro lugar, temos que o a aplicação do direito ao esquecimento a casos concretos é tema de difícil solução, pois necessário contornar o aparente conflito entre a liberdade de expressão/informação e os atributos individuais da pessoa, materializados no direito à intimidade, à privacidade e à honra.

Na discussão envolvendo os fatos conhecidos como a “Chacina da Candelária”, o Superior Tribunal de Justiça resolveu a questão aplicando o direito ao esquecimento, que prevaleceu sobre o direito à liberdade de expressão.

Para referido tribunal, mesmo tendo relevância história, constituindo assunto de relevante interesse público, a veiculação de nome de envolvido absolvido, bem como a publicação de sua fotografia, eram desnecessárias, de forma que a emissora de televisão poderia narrar toda a história sem a necessidade de expor o envolvido.

Importante salientar que, se a pessoa condenada tem assegurado que seus antecedentes criminais sejam mantidos em sigilo após o cumprimento da pena (reabilitação criminal, artigo 94 do Código Penal e artigo 202 da Lei de Execução), melhor sorte socorre o réu absolvido, que tem a legítima pretensão de seguir sua vida no anonimato, evitando-se reviver os momentos de angustias que o processo criminal lhe proporcionou, enfim, desejando que o fato seja esquecido.

Neste sentido, Carnelutti já dizia:

Quando a absolvição se torna coisa julgada, o processo continua com a condenação. Sob um certo aspecto pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério onde o condenado é um sepultado vivo. Quando o processo termina, ou seja, quando o

condenado é absolvido, mas a pena continua, ou seja, o sofrimento e o castigo. Para a sociedade, ele é sempre encarcerado, às vezes ex-encarcerado. A crueldade está em pensar que se ele foi, continua a ser.¹⁷⁸

De outro lado, o caso Aída Curi foi julgado de maneira diversa pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça.

Entendeu o tribunal que, neste caso em particular, em que se pleiteava preservar a imagem da vítima, era impossível dissociar o crime do nome da ofendida, pois não se poderia retratar os fatos sem informar seu nome. Reconheceu também historicidade do fato, que entrou para o domínio público, sendo de relevante interesse público.¹⁷⁹

A linha de raciocínio do STJ para solucionar esses dois casos foi no sentido de que ausente o interesse público na divulgação de um crime com passar do tempo, tanto o autor quanto a vítima têm direito ao esquecimento. Porém, se a divulgação dos fatos envolver um interesse público, os nomes do autor ou da vítima podem ser divulgados quando indissociável do fato delituoso.¹⁸⁰

Também se extrai dos referidos julgados que é de suma importância identificar o que seria fatos históricos de relevante interesse público e ausência de contemporaneidade da notícia.¹⁸¹

Quanto à historicidade da notícia jornalística, é preciso considerar que há crimes e criminosos históricos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram históricos em razão da exploração abusiva da mídia, que muitas vezes não se preocupa exclusivamente em cumprir seu dever social de informar, mas é movida por interesses comerciais ou de autopromoção.

¹⁷⁸ MOURA, Danieli Veleda apud CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002. *Resenha de As Misérias do Processo Penal*. Disponível em : http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6367&revista_cader no=23. Acesso em: 16/03/2015.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: Ac<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>.esso em 05/05/2014.

¹⁸⁰ SANTOS, Paulo Márcio e SANTOS, Roberta de Souza. *Direito ao esquecimento*. Informativo semanal. COAD. Expedição: 25/08/2013, Ano 2013.

¹⁸¹ PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito `a privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

Por outro lado, é inegável a importância que a história possui na formação da identidade de um povo. Nessa linha, segue trecho do voto do Ministro Salomão do Superior Tribunal de Justiça:

Assim, um crime, como qualquer fato social, pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. É que a notícia de um delito, o registro de um acontecimento político, de costumes sociais ou até mesmo de fatos cotidianos (sobre trages de banho, por exemplo), quando unidos, constituem um recorte, um retrato de determinado momento e revelam as características de um povo na época retratada. Nessa linha de raciocínio, a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade - e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.¹⁸²

Precisamos indagar se é realmente necessário, para resguardar nossa história, a mitigação de direitos humanos adquiridos a duras penas.

Assim, verifica-se que, diante do conflito entre a liberdade de expressão/informação e os direitos da personalidade, deve haver uma acurada análise na ponderação de tais direitos para se chegar a uma solução justa, com equidade.

Em relação à liberdade de expressão/informação, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 130 (ADPF 130), que discutiu sobre a recepção ou não da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pelo nosso ordenamento constitucional, expôs em vários trechos ser possível visualizar que a liberdade de imprensa constitui bem da personalidade, podendo ser considerados sobredireitos, que deve prevalecer sobre os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

No entanto, ainda na ADPF 130, apesar de se enfatizar que a liberdade de imprensa deve ser plena, sem censura, ressaltou-se a existência do direito de resposta e a responsabilização penal, civil e administrativa pelo seu uso abusivo.

Neste sentido, segue trecho do mencionado julgado:

¹⁸²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

(...) O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. (...) A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal).¹⁸³

Ainda sobre a ADPF 130:

Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, inftem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.¹⁸⁴

Mesmo considerando os argumentos lançados na ADPF 130, que considerou a liberdade de imprensa um sobredireito, que deve prevalecer sobre o direito à vida privada, temos que o direito ao esquecimento ainda pode ser reconhecido nos casos estudados (Chacina da Candelária e Aída Curi), pois o reconhecimento deste direito não violaria a liberdade de imprensa, haja vista que não se estaria impondo uma espécie de censura, mas apenas procurando reparar lesões sofridas causadas pela nova veiculação dos fatos, que aliás é prevista no artigo 220, § 1º, da Constituição da República.

No julgamento da Reclamação nº 9.428/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 10 de dezembro de 2009, o plenário do tribunal assim julgou:

¹⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ementa. ADPF 130/DF. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista- PDT. Intimados: Congresso Nacional, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais- FENAJ, Associação Brasileira de Imprensa- ABI e Artigo 10 Brasil. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de novembro de 2009. DJe 06/11/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh>>. Acesso em 19/03/2015.

¹⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ementa. ADPF 130/DF. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista- PDT. Intimados: Congresso Nacional, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais- FENAJ, Associação Brasileira de Imprensa- ABI e Artigo 10 Brasil. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de novembro de 2009. DJe 06/11/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh>>. Acesso em 19/03/2015.

EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. **Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça.**¹⁸⁵

Portanto, chegamos à conclusão de que a liberdade de imprensa/informação, malgrado ser entendido como um supradireito, ela não é absoluta, podendo o ente jornalístico ser responsabilizado penal, civil e administrativamente diante de uma violação a direitos de terceiros.

Assim, concluindo este trabalho, frisamos que, para a aplicação do direito ao esquecimento, será necessário solucionar o conflito entre o direito de liberdade de imprensa/informação e os direitos da personalidade, que somente será dissolvido por um perfunctório juízo de ponderação e/ou aplicação do princípio da proporcionalidade, a ser realizado diante de cada caso concreto.

¹⁸⁵ BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. RCL 9.428/ DF. 4º ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudo para a Filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em 09/08/14.

BEZERRA, Junior, Luiz Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Brasília: Revista de Doutrina de Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. ed. 87, maio/ago.2008

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. RCL 9.428/ DF. 4º ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. AI 705630 AgR. 4º ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa ARE 758478 AgR / RJ. Primeira Turma. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 16 de setembro de 2014. DJe 13/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28758478%2EENUME%2E+OU+758478%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kwaom86>>. Acesso em 11/03/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa RE 215.984 / RJ. Segunda Turma. Recorrente: Cássia Kis. Recorrido: EDIOURO S/A. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de junho de 2002. DJe 28/06/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28215984%2EENUME%2E+OU+215984%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzyp9ez>>. Acesso em 11/03/15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Ementa ARE 833.248 RG/ RJ. Tribunal. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 11 de dezembro de 2014. DJe 20/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28833248%2EENUME%2E+OU+833248%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ppvxc27>>. Acesso em 17/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 130/ DF. Recorrente: Partido Democrático Trabalhista- PDT. Intimados: Congresso Nacional, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais- FENAJ, Associação Brasileira de Imprensa- ABI e Artigo 10 Brasil. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de novembro de 2009. DJe 06/11/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh>>. Acesso em 19/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.334.097-RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa. RESP nº 1.334.097- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF> .Acesso em 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153-RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153-RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=29142509&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=52&formato=PDF> .Acesso em 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Voto. RESP nº 1.335.153-RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Ministro Marco Buzzi. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=30521742&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=2&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. EREsp N° 230.268/ SP. Segunda Seção. Embargante: Maria

Aparecida Santos Costa. Embargado: Avon Cosméticos LTDA. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de dezembro de 2002. DJe 04/08/2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia>>. Acesso em 13/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Ementa. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 05/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº.0123305-77.2004.8.19.0001 . Décima Quinta Câmara Cível. Apelante: Nelson Curi e Outros. Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro ,17 de agosto de 2010. DJe 18/08/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D8BBC1BD31CB5CA33BB5D7E0C8B8726979C4024C1E11> . Acesso em: 15/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Inteiro Teor de Acórdão/ Relatorio. RESP nº 1.335.153- RJ, Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. DJe 10/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF> . Acesso em 05/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº. 2008.001.48862. Décima Sexta Câmara Cível. Apelante: Jurandir Gomes de França. Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Rio de Janeiro ,11 de novembro de 2008. DJe 13/11/2008. Disponível em:<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EED189BD70D943FB4DF9D32CC4F954CF62C40213455F>>. Acesso em: 13/03/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa Agravo de Instrumento Cível Nº 0051483-50.2012.8.19.000. Quinta Camara Cível. Agravante: YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: Flaviane Cristina Farias Balthar. Relator: Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Rio de Janeiro , 23 de outubro de 2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200236702>>. Acesso em 12/03/15.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Civil Nº 2003.70.00.058151-6/PR. Apelante: Julio Cesar Vieira Pereira. Apelado: Empresa Folha da Manha S/A. Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler. Curitiba 06 de maio de 2009. DJe. 26/05/2009. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2837871&hash=35c5092f00bc77e97777948de194fe36> .Acesso em 03/04/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito pena: Parte Geral.* 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento.* Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em 15/03/2015.

CHEQUER, Cláudio. *Direito ao esquecimento na internet: posição contrária.* Brasília: Carta Forense, ano 23, ed.134, jul. 2014.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos de 1969. disponível em : <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10/03/15.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em : <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 10/03/2015.

DIREITO, *ao Esquecimento.* 2013. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil.* 31º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral.*16º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

IZIDORO, Frederico Afonso. *Direito ao esquecimento na internet: posição favorável.* Brasília: Carta Forense, ed. 134, jul. de 2014

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil.* Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013.

LIMA, José Wilson Ferreira. *A Jurisdição Constitucional e a Proteção à Dignidade da Pessoa Humana.* Brasília: Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. nº 7, 2013.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad Adenauer- Stiftung- Programa Estado de Derecho para Sulamérica.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte geral*. 7º ed. São Paulo: Método, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINEIROS, Associação dos Magistrados. *STJ aplica direito ao esquecimento pela primeira vez*. 2013. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 22 jul. 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACTO Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 10/03/15

PALHARES, Cinara. *Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade?*. Revista dos Tribunais, vol. 878, 2008.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação*. 2014. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 05 mai. 2014.

PINHO, Rebello e CÉSAR, Rodrigo. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTELA, Airton. *Constituição Pressupõe Direito Fundamental ao Esquecimento*. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br> . Acesso em: 18 jun. 2014.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil- Teoria Geral*. 8º ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

RELEMBRE as 10 grandes chacinas que marcam a história do Brasil. Disponível em : <<http://noticias.terra.com.br/brasil/chacinas-brasil/>>. Acesso em 14/03/15.

RODRIGUES. Junior, Otavio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

RODRIGUES Junior, Edson Beas. *Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos*. Revistas dos Tribunais. Ano 100. Vol. 905. Março 2011.

RULLI Júnior, Antonio e RULLI Neto, Antonio. *Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: Apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação*. Ano 1 de 2012, p.420. Instituto do Direito Brasileiro.

Disponível em: <http://www.idb-fdul.com./uploaded/files/RIDB_001_0419_0434.pdf>. Acesso em 09/03/15.

SANTOS, Paulo Márcio e SANTOS, Roberta de Souza. *Direito ao esquecimento*. Informativo semanal. COAD. Expedição: 25/08/2013, Ano 2013.

SANTOS, Raphael Alves. *O Direito ao Esquecimento dos Condenados*. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 22/07/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual do direito civil*. volume único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. Serie concursos. São Paulo: Método, 2005.

VADE Mecum. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE Mecum. *Código Penal/ Decreto- lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE Mecum. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE Mecum. *Lei de Execução Penal. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE Mecum. *Código Civil- Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE Mecum. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça: Súmula 403*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- Parte Geral*. 10º edição. São Paulo: Atlas, 2010.