

**DIREITO AO ESQUECIMENTO: DELINEAMENTOS A PARTIR DE UM ESTUDO COMPARATIVO DE *LEADING CASES* DAS JURISPRUDÊNCIAS ALEMÃ E BRASILEIRA**

**RIGHT TO OBLIVION: DELINEATIONS FROM A COMPARATIVE STUDY OF LEADING CASES OF GERMAN AND BRAZILIAN JURISPRUDENCE**

Ivan Lira de Carvalho<sup>1</sup>  
Rafhael Levino Dantas<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo científico tem o objetivo principal de lançar luzes sobre a recém-inaugurada aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, a partir de um estudo comparativo de precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro e do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão. Para tanto, é apresentada, inicialmente, uma síntese fática e decisória dos casos que deram origem à temática no Brasil e na Alemanha, delimitando-se, em seguida, a área de proteção de cada um dos vetores constitucionais em jogo, ou seja, a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. Por último, após a enumeração de critérios gerais e específicos vocacionados à resolução de colisões entre os direitos fundamentais envolvidos na concretização do direito ao esquecimento, faz-se uma análise crítica final acerca da precursora implementação deste pelo STJ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento. *Leading cases*. Liberdade de comunicação social. Direitos fundamentais da personalidade. Colisão.

**ABSTRACT**

This research paper has the main objective to shed light on the newly opened application of the right to oblivion in Brazil, from a comparative study of precedents of the Brazilian Superior Tribunal of Justice (STJ) and the German Constitutional Federal Tribunal (CFT). Therefore, it is presented, initially, a factual and decisional synthesis of cases that gave rise to the issue in Brazil and Germany, delimiting, then, the area of protection of each constitutional vectors at stake, namely the freedom of the media and the rights to intimacy, privacy, honor and image. Finally, after the enumeration of the general and specific criteria devoted to resolving collisions between fundamental rights involved in the realization of the right to oblivion, a final critical analysis is made about the precursor implementation of this by the STJ.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006) e Mestre em Direito pela mesma instituição (1999). Atualmente, é Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Ambiental. É Juiz Federal. Foi Juiz de Direito, Promotor de Justiça (renunciou à nomeação) e Membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. Pertence à Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte e ao Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte.

<sup>2</sup> Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito Constitucional (2012) e Bacharel em Direito (2007) pela mesma instituição. Atualmente, ocupa o cargo público de provimento em comissão de Consultor, vinculado à Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo. Pertence ao Grupo de Pesquisa Direito Administrativo brasileiro na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**KEYWORDS:** Right to oblivion. Leading cases. Freedom of the media. Fundamental rights of personality. Collision.

## 1 INTRODUÇÃO

O conjunto de transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que identifica o fenômeno da globalização tem como um de seus principais distintivos o extraordinário avanço tecnológico dos meios de comunicação. Alçada a uma escala planetária e a uma velocidade nunca antes vista, a difusão da informação, nos dias de hoje, ao mesmo tempo em que encanta a todos pelas facilidades proporcionadas, traz em seu bojo novas complexidades a serem dissecadas pelos estudiosos das várias áreas do conhecimento.

Em uma realidade de sociedade ultraconectada, mídias tradicionais como a televisão alcançaram patamares de abrangência jamais experimentados, seja em razão do desenvolvimento técnico de seus próprios mecanismos de propagação (ver, a título de ilustração, o advento dos sistemas via satélite e das transmissões por meio de fibras óticas), seja em virtude da integração com a revolucionária plataforma da rede mundial de computadores (Internet).

Para o Direito em particular, não são poucas as implicações provocadas por esse tempo de grandes e desafiadores paradoxos. No campo do Direito Constitucional, por exemplo, relações normativas e vivenciais já naturalmente tensionadas (como aquela travada entre a liberdade de comunicação social e os direitos fundamentais da personalidade) se complicaram ainda mais com os influxos da mencionada massificação dos veículos de comunicação.

Nesse contexto, foi aberto o campo para o confronto das garantias e valores acima apontados, criando-se espaço para a reivindicação do direito ao esquecimento, um decorrente natural do direito à privacidade. Em um viés de amplo acesso a conteúdos informativos e de superexposição da vida, aquele direito adquire contornos de definitiva relevância.

Isso porque, numa época em que parece se cumprir o vaticínio do ícone pop norte-americano Andy Warhol,<sup>3</sup> para quem todos seriam famosos um dia nem que fosse por quinze minutos, não são poucas, atualmente, as pessoas desejosas de eliminar do imaginário coletivo circunstâncias incômodas de um passado do qual querem distância.

Com antecedentes nos Estados Unidos da América (EUA) e na França datados, respectivamente, dos anos de 1931 e 1983, esse direito de ser deixado em paz consolidou-se

---

<sup>3</sup> Fonte: [<http://educacao.uol.com.br/biografias/andy-warhol.jhtm>]. Acesso em: 08-09-2013, às 17h00min.

em 1973 na República Federal da Alemanha, por ocasião do julgamento do caso *Lebach* pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) daquele país, vindo a fincar raízes sólidas na tradição jurídica de diversos agrupamentos nacionais.

No Brasil, malgrado a existência de aportes teóricos isolados, o debate acerca do direito ao esquecimento só ganhou maior vigor no dia a dia dos operadores jurídicos recentemente, coincidindo tal realce com a aprovação, pela VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), realizada entre 11 e 12 de março de 2013, do seu Enunciado 531, segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O que já era prenúncio de um ambiente mais fértil para a discussão do tema entre nós desencadeou outro fato ainda mais alvissareiro. Pouco tempo depois de prolatado o verbete do CEJ/CFJ descrito no parágrafo anterior, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se debruçou sobre dois casos concretos nos quais o direito de ser olvidado foi invocado, tendo o órgão fracionário reconhecido esse novo direito em um deles.

Imbuído do propósito de contribuir para uma melhor compreensão desse direito ainda pouco enfrentado no Brasil, panorama explicado em grande parte pela sua incipiente aplicação jurisprudencial, o presente artigo científico discorrerá sobre os casos paradigmas que deram origem à temática tanto na Alemanha como no Brasil, abordando, em seguida, as variáveis constitucionais em jogo e, ato contínuo, alguns critérios necessários à conclusiva análise comparativa e crítica dos *leading cases* fornecidos pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Registre-se, por oportuno, que o presente texto não configura um instrumento de defesa da intervenção exacerbada do Judiciário por sobre a liberdade de comunicação social, consagrada nos Estados soberanos organizados sob a égide das garantias individuais e do respeito aos direitos fundamentais, dentre estes o de ser bem informado. Pensar o inverso seria dar azo à consagração da odiosa censura, recusada tanto no documento constitucional vigente (art. 5º, IX,<sup>4</sup> e art. 220, § 2º)<sup>5</sup> como no Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o

---

<sup>4</sup> “Art. 5º [...]”

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]”

<sup>5</sup> “Art. 220. [...]”

[...]

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

[...]”

Brasil é signatário e que foi internalizado entre nós através do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

A propósito, não é despendendo atentar-se para os movimentos do Supremo Tribunal Federal (STF), espelhados nos termos do julgamento, em 30 de abril de 2009, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130/DF,<sup>6</sup> ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Na oportunidade, o Excelso Pretório teve por não recepcionada a Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, a chamada Lei de Imprensa, notadamente por ter detectado índole censória no diploma excluído.

Reitere-se, portanto: o fito deste ensaio não é outro senão deitar olhos sobre um instituto – o direito ao esquecimento – ainda pouco trabalhado nas hostes jurídicas brasileiras, alimentando a natural discussão sobre as balizas da sua aplicação, a partir dos pronunciamentos inaugurais do Judiciário.

## 2 SÍNTESE FÁTICA E DECISÓRIA DOS *LEADING CASES* DO TCF E DO STJ

De saída, é imperioso compendiar, para fins de ulterior cotejo, os três casos concretos responsáveis por encetar o polêmico direito ao esquecimento na Alemanha (um) e no Brasil (dois). O alemão assumirá o designativo a ele dado pelo próprio TCF (caso *Lebach*). Já os brasileiros, por uma questão de facilitação das subseqüentes alusões, receberão as alcunhas de caso “Chacina da Candelária” e de caso “Aída Curi”.

### 2.1 O CASO *LEBACH*<sup>7</sup>

No âmbito do TCF, o direito ao esquecimento restou consagrado inicialmente a 5 de junho de 1973, quando da apreciação pela Corte do chamado caso *Lebach*. Para uma adequada compreensão do citado *leading case*, faz-se necessário rememorar acontecimentos de 1969, momento em que a população alemã se defrontou com um dos latrocínios mais bárbaros de sua história.

Naquele ano, a oeste da República Federal da Alemanha, na comunidade conhecida como *Lebach*, dois homens (auxiliados por um terceiro) se dirigiram à noite a um armazém de

---

<sup>6</sup> Acórdão disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>]. Acesso em: 09-09-2013, às 19h47min.

<sup>7</sup> Para um exame mais aprofundado do caso *Lebach*, cf. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 486-493.

munições guardado por soldados e, lá estando, com o intuito de subtrair os artefatos bélicos depositados, assassinaram cruelmente quatro dos referidos guardas, deixando um quinto seriamente ferido.

Submetidos a julgamento em agosto de 1970, os dois protagonistas do ilícito acabaram por receber pena de prisão perpétua, tendo sido o coadjuvante condenado a seis anos de reclusão. Em razão do grande interesse despertado na opinião pública, os meios de comunicação social alemães, tanto à época do crime como por ocasião do seu desfecho na esfera judiciária, fizeram uma ampla cobertura da tragédia.

Anos mais tarde, com a aproximação do dia no qual o réu coadjuvante haveria de ser solto da prisão, o Segundo Canal Alemão<sup>8</sup> elaborou um documentário por meio do qual procurava reportar aspectos como a natureza dos laços que uniam os infratores, as circunstâncias mais marcantes da noite do crime e, por fim, a forma pela qual tinha se dado a perseguição e o encarceramento dos delinquentes pelas autoridades policiais.

Gerado para ir ao ar instantes antes da libertação do apenado coadjuvante, o dito material jornalístico mostrava, no início, as imagens e os nomes verdadeiros dos culpados, fazendo uso, daí em diante, de atores para representar os envolvidos no latrocínio. Intentando proibir a iminente veiculação da produção, o condenado em via de encerrar a sanção que lhe fora imposta recorreu ao Poder Judiciário.

Com o seu pedido de liminar negado nas duas primeiras instâncias jurisdicionais, o autor da demanda, finalmente, ajuizou Reclamação Constitucional perante o TCF, sendo esta julgada procedente sob o argumento de que, ao rejeitarem a pretensão, os tribunais inferiores haviam incorrido em grave ameaça à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade do reclamante (artigo 1, (1),<sup>9</sup> e artigo 2, (1),<sup>10</sup> da Constituição da Alemanha), haja vista, nomeadamente, os danos que a exibição do documentário poderia ocasionar ao seu processo de ressocialização.

Dito de outro modo, a Corte Constitucional alemã reconheceu expressamente que, no caso, uma intervenção na liberdade de radiodifusão do Segundo Canal Alemão estava plenamente respaldada pela *Grundgesetz*.<sup>11</sup>

## 2.2 O CASO “CHACINA DA CANDELÁRIA”<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> ZDF – *Zweites Deutsches Fernsehen*.

<sup>9</sup> “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.”

<sup>10</sup> “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

<sup>11</sup> Lei Fundamental, em tradução livre.

No Brasil, o denominado direito ao esquecimento foi arguido paradigmaticamente, em se tratando de tribunais superiores, em dois casos com tramitação no STJ, sendo o primeiro deles decorrente do evento que se convencionou designar de “Chacina da Candelária”. Para fins de contextualização, e a exemplo do que foi feito em relação ao caso *Lebach*, um esclarecimento introdutório acerca de tal fato histórico se mostra oportuno.

Em 23 de julho de 1993, mais de setenta pessoas, em sua maioria crianças e adolescentes, foram alvo de um ataque policial enquanto dormiam nas imediações da Igreja da Candelária, no centro da cidade do Rio de Janeiro, vindo a falecer, na ocasião, seis menores e dois adultos sem-tetos. Um dos indiciados como coautor/partícipe dessa barbárie, levado a júri, teve a sua absolvição por negativa de autoria referendada pela totalidade dos integrantes do Conselho de Sentença.

Pois bem. Quase exatos dezesseis anos depois do massacre, a Rede Globo de Televisão, ao decidir que exibiria, em um dos programas de sua grade (“Linha Direta – Justiça”), documentário retratando novamente o episódio (agora sob um viés de crítica à sua persecução penal), tentou entrevistar o inocentado, a fim de que a sua versão constasse da atração, tendo aquele se recusado de pronto a participar de tal gravação.

Não obstante a manifesta oposição acima mencionada, o conteúdo preparado foi finalmente transmitido para todo o território nacional, nele se destacando, todavia, com a apresentação dos nomes e imagens reais de todos os denunciados, o fato de que o indivíduo ora em discussão havia sido apontado como coautor/partícipe da carnificina e – posteriormente, ao se sentar no banco dos réus – declarado totalmente inocente quanto à acusação a ele imputada.

Mesmo com o emprego dessa ressalva final, o indiciado objeto da exposição ingressou no Poder Judiciário pleiteando indenização por danos morais, alegando que, em virtude da repercussão alcançada pelo noticiado, não fora mais possível para ele encontrar colocação no mercado de trabalho, tendo sido obrigado, outrossim, a fugir com seus familiares do local onde moravam como forma de não serem mortos por “justiceiros”.

Julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, o pedido foi então acolhido em sede de apelação. Interposto, no entanto, recurso especial pela Rede Globo de Televisão, o caso chegou ao STJ, onde passou à relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que decidiu

---

<sup>12</sup> A íntegra do voto proferido pelo relator se encontra disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>]. Acesso em: 15-08-2013, às 22h06min.

pela proteção da personalidade do autor em detrimento da liberdade constitucionalmente deferida à sua parte adversa.<sup>13</sup>

Em resumo, entendeu que a veracidade da informação divulgada não a revestia de licitude inquestionável, ponderando, ao final, que a melhor solução para o conflito teria sido a veiculação do documentário com a ocultação do nome e da fisionomia do demandante, desfecho suscetível, a um só tempo, de conservar a honra daquele e a liberdade de informar da demandada. A Quarta Turma do STJ, à unanimidade, acompanhou o voto do relator.<sup>14</sup>

### 2.3 O CASO “AÍDA CURÍ”<sup>15</sup>

O direito ao esquecimento também foi suscitado perante o STJ com relação à exploração televisiva de um assassinato perpetrado em 1958. Uma vez mais, um preliminar enquadramento histórico se impõe. Naqueles idos, uma jovem com dezoito anos de idade foi levada por três homens, contra a sua vontade, ao cume de um edifício na Avenida Atlântica, na cidade do Rio de Janeiro, onde foi molestada sexualmente e torturada até desacordar, sendo, ato contínuo, arremessada do décimo segundo andar do prédio.

Décadas após o homicídio, a Rede Globo de Televisão, mesmo ciente da discordância dos familiares da vítima, achou por bem manejar fórmula idêntica àquela utilizada na reprodução dos acontecimentos atinentes à “Chacina da Candelária”<sup>16</sup> para rememorar a vida, a morte e o *post mortem* de Aída Curi.

Sentindo-se ultrajados pelo comportamento da emissora, os quatro irmãos ainda vivos da aludida mulher formularam ação judicial por intermédio da qual requereram reparação por danos morais, materiais e à imagem, aduzindo, em suma, que a lembrança do ocorrido havia reativado um sofrimento já superado e que o uso da imagem de sua irmã se dera com a finalidade de obter lucro.

Rejeitada a pretensão nas duas primeiras instâncias, os autores interpuseram recurso especial, ficando este também sob a responsabilidade do Ministro Luis Felipe Salomão, que, diferentemente do assentado no processo do envolvido na “Chacina da Candelária”, deixou de

---

<sup>13</sup> Quanto à compatibilidade em si do direito de ser olvidado com o ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Luis Felipe Salomão frisou que o nosso sistema normativo já contém diversos institutos com efeitos assemelhados aos do vindicado direito ao esquecimento, tais como a prescrição, nos domínios do direito civil, e a reabilitação, no campo penal.

<sup>14</sup> Abonaram a tese do relator os Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

<sup>15</sup> A íntegra do voto proferido pelo relator se encontra disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf]. Acesso em: 15-08-2013, às 22h08min.

<sup>16</sup> Documentário difundido a partir do Programa “Linha Direta – Justiça”.

reconhecer o direito ao esquecimento na hipótese vertente, por compreender que seria impossível à Rede Globo de Televisão narrar o caso Aída Curi, cuja historicidade ele atestou, sem se referir ao nome de Aída Curi.<sup>17</sup>

Demais disso, o Ministro Luis Felipe Salomão anotou que o fato de o documentário sobre o crime ter ido ao ar cinquenta anos após o seu cometimento o fazia desacreditar da ocorrência de um abalo moral nos parentes da vítima, convencendo-o do não cabimento de qualquer indenização em favor destes. Por derradeiro, o relator também assinalou que a imagem da falecida não fora utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, tampouco indevidamente para fins comerciais. Por maioria, a Quarta Turma do STJ negou provimento ao recurso especial.<sup>18</sup>

### **3 LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL VERSUS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Com efeito, o conflito que figura como pano de fundo das alterações respeitantes ao direito ao esquecimento não é outro senão aquele que opõe a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. O pouco rigor técnico com o qual, por vezes, as franquias em apreço são tratadas pelos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública recomenda um esforço prévio tendente a delimitar a área de proteção de cada uma delas na Constituição do Brasil.

#### **3.1 LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**

Quanto à liberdade de comunicação social, grande parte desse quadro de interpretação e aplicação confusas se deve ao próprio fato de a Constituição de 1988 encartar vários dispositivos que a têm como objeto.<sup>19</sup> Como exemplos, podem ser citados os incisos IX

---

<sup>17</sup> Traçando um paralelo com outros casos criminais célebres, o Ministro Luis Felipe Salomão registrou que seria impossível para qualquer um reconstituir os casos Vladimir Herzog e Dorothy Stang sem alusões aos nomes de Vladimir Herzog e de Dorothy Stang, tamanha é a imbricação existente entre tais fatos delituosos e as identidades de suas vítimas.

<sup>18</sup> Enquanto os Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira ratificaram o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, os Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi se posicionaram em sentido contrário.

<sup>19</sup> Para um aprofundamento acerca do nascedouro da tradição constitucional brasileira na disciplina da liberdade de comunicação social, cf. CAVALCANTI FILHO, Theóphilo. A liberdade de imprensa na formação constitucional brasileira. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 1 v., pp. 745 e 748.



e XIV do art. 5º, a respeito dos quais serão tecidas considerações em medida estritamente necessária aos objetivos do presente artigo científico.

### **3.1.1 Art. 5º, IX, da Constituição Federal**

De acordo com o art. 5º, IX, da Constituição Federal, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Analisando-se o sobredito preceito constitucional, vê-se que a primeira indagação passível de ser apresentada é a que tenciona saber de qual espécie de comunicação o legislador constituinte originário quis tratar.

Ao se empreender uma interpretação sistemática dos mandamentos da Lei Fundamental, torna-se evidente que a comunicação sobre a qual versa o inciso IX do art. 5º é a de índole social, porquanto a de natureza privada já constitui um recorte da realidade social tutelado pelo art. 5º, XII.<sup>2021</sup> De igual sorte, observa-se que, ao estatuir o exercício desembaraçado da referida atividade de comunicação social, a Constituição Federal prescreve, necessariamente, a proteção dos interesses de ambos os lados envolvidos na interação comunicacional.

É preciso ter em vista, no entanto, que o art. 5º, IX, da Constituição Federal visa a resguardar, especialmente, a posição jurídica do “indivíduo a quem a informação é, genericamente, direcionada”,<sup>22</sup> porque ele “tem o direito assegurado a receber a informação que é dirigida a todos, não podendo ter o acesso às informações bloqueado pelo Estado”.<sup>23</sup>

### **3.1.2 Art. 5º, XIV, da Constituição Federal**

Por sua vez, consoante o art. 5º, XIV, da Constituição Federal, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Enquanto o art. 5º, IX, privilegia o amparo ao direito de se informar e de ser

---

<sup>20</sup> “Art. 5º [...]”

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]”

<sup>21</sup> Cf. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, p. 256.

<sup>22</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 257.

<sup>23</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 257.

informado titularizado pelo leitor, telespectador ou ouvinte,<sup>24</sup> o dispositivo em tela é vocacionado a “salvaguardar os legítimos interesses da consecução de dados pelos órgãos de comunicação social”.<sup>25</sup>

Assim sendo, independentemente da mídia da qual se esteja cuidando (jornais, revistas, televisão, Internet, rádio etc.), deve-se sempre ter em mente que o que o comando constitucional referenciado no parágrafo anterior tutela são os procedimentos concernentes à obtenção da informação, pelos veículos de comunicação social, para a subsequente disponibilização ao público em geral.

Entretanto, para além da outorga desse direito de informação (de se informar<sup>26</sup> e de informar) a receptores e a emissores de mensagens – por meio, respectivamente, do art. 5º, IX, e do art. 5º, XIV, da Constituição Federal –, a liberdade de comunicação social enquanto gênero também engloba, dentre outras, a de imprensa e a de radiodifusão.<sup>27</sup> Por falta de pertinência temática, deixa-se de abordar a primeira delas, passando-se a discorrer sobre aspectos básicos tangentes à segunda.

### 3.1.3 Liberdade de radiodifusão

Ao contrário do que, à primeira vista, possa sugerir o vocábulo “radiodifusão”, a liberdade sob perspectiva liga-se aos trabalhos tanto de emissoras de rádio quanto de canais televisivos. Elisângela Dias de Menezes, fazendo menção à Lei dos Direitos Autorais (LDA), explica que a radiodifusão foi definida como “a transmissão sem fio, inclusive por satélites,

---

<sup>24</sup> Jorge Miranda diferencia os direitos individuais de se informar e de ser informado, sustentando, em consequência, que o primeiro encerra uma atitude ativa e pessoal, ao passo que o segundo redundaria numa atitude passiva e receptiva. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. Tomo IV: direitos fundamentais, pp. 454-455. A seu turno, Emerson Garcia pontua que ambas as prerrogativas são expressões do princípio democrático. GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 400.

<sup>25</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 257.

<sup>26</sup> Jorge Miranda declara que, para o cidadão, o direito de se informar é, primordialmente, um direito de defesa ou de resistência, oponível, portanto, contra qualquer intervenção que se encaminhe no sentido de estorvá-lo ou de punir o seu titular por querer exercê-lo ou por tê-lo exercido. MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 457. Em complemento, Leonardo Martins proclama que esse tipo de intervenção se esboçará sempre que o ente estatal embaraçar o acesso à informação através da fonte disponível à coletividade, mesmo que o detentor do direito possa alcançar o mesmo informe mediante outras fontes. MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 263.

<sup>27</sup> Cf. MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 258. Segundo André Ramos Tavares, todas as liberdades ora ventiladas (de informação, de comunicação, de imprensa e de radiodifusão) podem ser definidas como espécies do gênero maior liberdade de expressão. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 620-621. Sob outra linha de raciocínio, Jorge Miranda argumenta que a liberdade de comunicação social reúne a liberdade de expressão e a liberdade de informação. MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 456.

de sons ou ainda da conjugação entre sons e imagens, bem como a transmissão das duas representações, para fins de recepção pelo público”.<sup>28</sup>

Examinar-se-ão, aqui, todavia, apenas os contornos dessa liberdade afetos à televisão, seja porque é com a ação desta que se relacionam todos os *leading cases* do TCF e do STJ pertinentes ao direito ao esquecimento,<sup>29</sup> seja porque assim o aconselha a sua condição de protagonista em comparação com a mídia radiofônica.

Em breves linhas, pode-se asseverar que a proteção proporcionada pela liberdade de radiodifusão às empresas televisivas garante a elas “a liberdade em face do Estado de definir livremente a [sua] programação”,<sup>30</sup> bem como o direito de não se sujeitar a “controles de qualidade”<sup>31</sup> estatais nos conteúdos veiculados, observados os parâmetros estipulados no Capítulo V da Constituição Federal (intitulado “Da Comunicação Social”).

### 3.2 DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA, À HONRA E À IMAGEM

Estabelecidos os delineamentos essenciais da liberdade de comunicação social (gênero), cumpre, de agora por diante, volver-se para o estudo dos quatro direitos fundamentais insertos no art. 5º, X, da Constituição Federal, tendo em vista o inegável potencial de colisão dos bens jurídicos ali albergados com as liberdades de informação e de radiodifusão (espécies) acima explicadas, mormente quando se quer dar espaço ao direito ao esquecimento.

#### 3.2.1 Direito à intimidade

Conforme o art. 5º, X, da Constituição Federal, “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”. Não obstante parcela da literatura jurídica

---

<sup>28</sup> MENEZES, Elisângela Dias de. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

<sup>29</sup> Se a discussão sobre o direito ao esquecimento em relação à televisão já é por demais complexa, ela se torna ainda mais intrincada quando entra em cena a Internet, tendo em conta a ausência de mecanismos por meio dos quais seja possível excluir (ou deletar, para utilizar o jargão da informática) totalmente dados indesejáveis da rede mundial de computadores. No direito comparado, um dos advogados-gerais do Tribunal de Justiça da União Europeia, Niilo Jääskinen, se pronunciou recentemente (mais precisamente, em 25 de junho de 2013) no sentido de não haver, no ordenamento jurídico daquela comunidade de nações, fundamento para um direito subjetivo à eliminação de informações pessoais verdadeiras constantes de *sites* e plataformas congêneres. A íntegra do citado parecer se encontra disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-google-direito-esquecimento.pdf>]. Acesso em: 30-08-2013, às 11h10min.

<sup>30</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 261.

<sup>31</sup> MARTINS, Leonardo. **Liberdade...**, p. 262.

brasileira preferir tratar os direitos à intimidade e à privacidade sem nenhum distanciamento,<sup>32</sup> faz-se opção, no presente trabalho, para fins didáticos, por um enfrentamento de ambos em separado.

Filigranas doutrinárias à parte, certo é que a área de proteção do direito à intimidade atrai para si as experiências vivenciadas pelo ser humano naquele domínio circunscrito a ele ou, no máximo, a seus parentes e amigos.<sup>33</sup> Em outras palavras, “significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros”.<sup>34</sup>

### 3.2.2 Direito à vida privada

Preterido o conceito de um direito à privacidade *lato sensu*,<sup>35</sup> no bojo do qual se inseriria o direito à intimidade, impende sublinhar que a vida privada concebida em sentido estrito compreende os atos levados a efeito pelo indivíduo, por exemplo, em interações sociais como as de cunho profissional, cuja ciência ele mantém longe do público em geral.<sup>36</sup>

Evidencia-se, com isso, que a vida privada em sentido restrito congloba aspectos pessoais cujo acesso é mais amplo do que aquele verificado em relação à intimidade, o que não significa, obviamente, uma abertura tal que fuja do controle do seu respectivo titular, pois aí já se estaria diante de acontecimentos devidos à satisfação pública.

### 3.2.3 Direito à honra

---

<sup>32</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 391-392. Para os autores em pauta, o fato de a intimidade consubstanciar um mero círculo menor dentro do círculo maior da privacidade já desestimularia uma tentativa de encará-las de modo apartado, militando a favor desse entendimento também a ausência de fronteiras nítidas entre uma e outra esfera. Na mesma direção segue André Ramos Tavares, para quem a circunstância de o legislador constituinte originário ter feito uma escolha clara por cuidar da intimidade e da privacidade de maneira autônoma não inviabiliza a menção, na seara doutrinária e pedagógica, a um direito à vida privada em sentido amplo, dentro do qual estaria incluída a intimidade. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 669.

<sup>33</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 469. Numa visão ainda mais restritiva, Sidney Cesar Silva Guerra se posiciona no sentido de que a intimidade engloba a extensão na qual somente o indivíduo, e mais ninguém, entra. GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47.

<sup>34</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 670.

<sup>35</sup> Para um maior aprofundamento acerca dessa conceituação, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, pp. 393-394; e TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 669.

<sup>36</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 469. No mesmo sentido, cf. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 670. Novamente sob um prisma mais limitativo, Sidney Cesar Silva Guerra ensina que a vida privada pode ser representada por aquele espaço franqueado apenas às pessoas próximas, como é o caso dos familiares. GUERRA, Sidney Cesar Silva. *op. cit.*, p. 47.

Quanto ao direito enfocado neste item, convém frisar a existência de uma dupla dimensão a caracterizá-lo. Fala-se da necessidade de preservação tanto da honra objetiva quanto da honra subjetiva do correspondente beneficiário, sendo ambas as variantes ligadas diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup> No tocante à primeira, o direito em questão busca salvaguardar a estima, o valor ou consideração dispensados ao ser humano pelos outros membros da comunidade dentro da qual convive.<sup>38</sup>

Por outro lado, no que tange à face subjetiva da honra, o que se almeja defender por meio do art. 5º, X, da Constituição Federal é a representação que a pessoa faz acerca da inteireza do seu caráter e da retidão de suas próprias atitudes.<sup>39</sup> Indubitavelmente, cuida-se de facetas (a objetiva e a subjetiva) que, embora não se confundam, apresentam-se comumente entrelaçadas nos casos concretos postos à consideração jurisdicional.

### **3.2.4 Direito à imagem**

Encerrando a investigação das prerrogativas elencadas no art. 5º, X, da Constituição Federal, importa assinalar que o direito à imagem ali disposto diz respeito não à imagem-atributo, mas sim à imagem-retrato. A primeira adstringe-se à visão nutrida pela coletividade em relação ao indivíduo, incorporando-se no raio de atuação do direito à honra objetiva ou extrínseca relatado no item precedente. Já a imagem-retrato consiste simplesmente na imagem física de determinado sujeito de direitos.<sup>40</sup>

Destarte, para que se configure uma pretensão de resistência por parte do detentor do direito em apreço, basta tão somente que haja uma apropriação indevida de sua imagem física, não se fazendo necessário que disso decorra um prejuízo à forma pela qual aquele indivíduo é enxergado dentro do seu meio social ou uma violação de sua esfera íntima.<sup>41</sup> A franquia comporta, de resto, “tanto [...] o direito de não ser fotografado ou de ter o seu retrato exposto

---

<sup>37</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 421.

<sup>38</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 422. Perfilhando o mesmo entendimento, mas fazendo uso da expressão honra extrínseca, cf. GARCIA, Emerson. *op. cit.*, pp. 393-394.

<sup>39</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 422. Expressando-se na mesma toada, mas substituindo a palavra subjetiva pelo termo intrínseca, cf. GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 393.

<sup>40</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 426.

<sup>41</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 426.

em público sem o devido consentimento, quanto o direito de não ver a imagem pessoal representada e difundida em forma gráfica ou montagem ofensiva ou mesmo distorcida”.<sup>42</sup>

#### **4 PAUTAS GERAL E ESPECÍFICA PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO LATENTE NO DEBATE ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Esmiuçados os pontos cardeais das principais normas constitucionais passíveis de serem arguidas na aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, insta elucidar de que forma o conflito entre elas pode ser resolvido.

##### **4.1 PAUTA GERAL**

Nesse contexto, um primeiro parâmetro de grande valia é o da unidade da Constituição, a exigir do intérprete uma leitura do texto magno inclinada a evitar oposição entre os seus respectivos enunciados.<sup>43</sup>

Por consectário, impõe-se ao operador do Direito vislumbrar a Constituição como um todo, rechaçando-se, com isso, eventuais percepções de suas cláusulas como elementos esparsos e não componentes de um só conjunto normativo.<sup>44</sup> Como decorrência desses ditames, surge para o aplicador jurídico o dever de pôr em ação um outro princípio de hermenêutica constitucional, a saber, o da harmonização ou da concordância prática.

De acordo com tal cânone, presente uma colisão entre bens igualmente acobertados por normas de estatura constitucional,<sup>45</sup> caberá ao julgador solvê-la mediante calibrações mútuas nas forças em confronto, ajustes estes que deverão ter por fio condutor a necessidade de se garantir a sobrevivência e a consequente atuação de ambas as potências em choque,<sup>46</sup> “otimizando-as até o limite do equilíbrio”.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 426.

<sup>43</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223.

<sup>44</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, pp. 1223-1224.

<sup>45</sup> Nesse ponto, há na doutrina quem procure estabelecer uma apriorística hierarquização abstrata entre os bens jurídico-constitucionais em tensão, com base, por exemplo, na maior ou menor proximidade de cada um deles com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, pp. 425-426.

<sup>46</sup> Cf. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, pp. 209-210; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, pp. 174-175.

<sup>47</sup> GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 79.

Essa noção é instrumentalizada pela técnica decisória da ponderação, por meio da qual o intérprete, orientado pelas nuances do caso concreto, busca refrear cada um dos bens em litígio na medida rigorosamente imprescindível ao asseguramento do(s) outro(s),<sup>48</sup> obedecendo-se ao critério material da proporcionalidade<sup>49</sup> e ao instituto do núcleo essencial dos direitos colidentes.<sup>50</sup>

Como é intuitivo, a pauta ora desenvolvida serve, genericamente, a todas as hipóteses de colisão entre normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, quer-se dizer, ela se presta à generalidade dos casos em que a fruição de um direito fundamental por seu titular não permite ou, ao menos, obstaculiza o gozo de outro direito fundamental pelo seu correlato detentor.<sup>51</sup> A reiteração do embate entre os direitos afeitos à comunicação social e à personalidade, no âmbito dos tribunais pátrios e estrangeiros, deu ensejo, contudo, a um roteiro decisório específico sobre o qual o presente trabalho passa a se debruçar.

## 4.2 PAUTA ESPECÍFICA

Entre os critérios manejados jurisprudencialmente para o deslinde dos conflitos casuísticos entre a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, identifica-se, prefacialmente, o da natureza do fato objeto de divulgação, se de interesse público ou privado.<sup>52</sup> Em sendo de interesse privado, o segundo desafio posto

---

<sup>48</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 56 e 66.

<sup>49</sup> A proporcionalidade tem sido colocada em linhas conceituais as mais diversas pela doutrina nacional, tratada que é, entre outras variantes, como princípio, critério ou, ainda, como norma de segundo grau (ou postulado normativo aplicativo). Nesse sentido, cf., respectivamente, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 269-270; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 179-180; e GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 183-184. Ademais, divisa-se na literatura jurídica um dissenso quanto à relação da proporcionalidade com a razoabilidade. Enquanto parte dos autores se manifesta no sentido de equipará-las, a outra fração filia-se à corrente segundo a qual as duas noções se afastam quando se tem em mira suas respectivas estruturas e formas de aplicação. Nesse sentido, cf., respectivamente, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 372-373; e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 159-160. Por uma questão de maior rigor dogmático, faz-se opção, aqui, pelas posições tendentes a enxergar a proporcionalidade como um critério (e não como um princípio ou uma metanorma) não equivalente à exigência da razoabilidade. Quanto ao teor propriamente dito do critério da proporcionalidade, é oportuno trazer a lume que ele enfeixa quatro elementos ou subcritérios: (i) licitude do propósito perseguido; (ii) licitude do meio utilizado; (iii) adequação do meio utilizado; e, por fim, (iv) necessidade do meio utilizado. Nesse sentido, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.*, pp. 188-189, 191, 194 e 202-203.

<sup>50</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>51</sup> Cf. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.*, pp. 232 e 234.

<sup>52</sup> Cf. GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 405.

ao aplicador corresponderá à descoberta da esfera da personalidade dentro da qual o fato se inclui (privacidade ou intimidade).<sup>53</sup>

Nessa moldura, é razoável afirmar-se que a proteção dos direitos da personalidade tende a aumentar, gradativamente, da primeira até a terceira hipóteses. Em relação ao fato de interesse público, o peso da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem deverá ser menor do que o atribuído à liberdade de comunicação social. No caso de o fato ser de interesse privado, a salvaguarda dos direitos da personalidade poderá ser mais intensa, variando conforme se trate de acontecimento pertinente à vida privada (menor proteção) ou à intimidade (maior proteção) do indivíduo. Porém, qualquer que seja o caminho que venha a adotar a jurisprudência, não é desejável que passe ela pelos sítios da arbitrária censura, desdourando o que está consagrado no art. 5º, IX, e no art. 220, § 2º, da Carta Política de 1988.<sup>54</sup>

Além desses tópicos, a ponderação aqui versada deverá valorar, outrossim, itens como o objetivo da divulgação, a potencial quantidade de pessoas que ouvem, leem ou assistem o veículo, a qualidade da investigação empreendida por este quanto à verossimilhança dos dados propagados e o tipo de pessoa (pública ou anônima) atingida pela exibição da informação.<sup>55</sup> Analisemos, pois, cada uma dessas determinantes.<sup>56</sup>

No tocante à finalidade almejada com a publicação, pode-se perscrutar, por exemplo, se ela tem por objetivo difundir meros juízos de fato ou, ao revés, se intenta disseminar juízos de valor. Enquanto na primeira hipótese o informante pretende tão somente retratar algo da realidade com o qual teve contato, na segunda hipótese o agente toma partido na situação e busca influenciar seus semelhantes, de molde a carrear mais adeptos às convicções que acredita serem as verdadeiras.<sup>57</sup> Neste particular aspecto, os direitos da personalidade,

---

<sup>53</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 80; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 328.

<sup>54</sup> Afinal de contas, como bem lembra Rogério de Meneses Fialho Moreira, o objetivo precípua do sopesamento entre a irradiação da informação que o público quer saber e a defesa do núcleo da personalidade é o afastamento de eventuais descomedimentos e não a castração da expressão da opinião, ou seja, segundo o magistério do autor, se bem medido e aplicado, o direito ao esquecimento não ofende a livre manifestação do pensamento. MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. Direito ao esquecimento na sociedade de informação. **Brasília em dia**, ano 16, n. 845, p. 6. Brasília Dom Quixote, jun. 2013.

<sup>55</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 85; GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 405; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.*, p. 328.

<sup>56</sup> Acresça-se aos pontos enumerados aquele voltado a dilucidar se o núcleo essencial da franquia perdedora, por assim dizer, corre ou não o risco de ser infringido e ter-se-á, segundo a lição de Fernando Herrero-Tejedor (*apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, pp. 145-146), a pauta objetiva completa que o Tribunal Constitucional espanhol tenta exaurir para solver as colisões concretas – que lhes são apresentadas – entre a liberdade de comunicação social e os direitos de personalidade.

<sup>57</sup> Cf. GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 401.



confrontados com a liberdade de comunicação social, receberão uma tutela mais reforçada no segundo caso do que no primeiro.

No que atine ao parâmetro do quantitativo de ouvintes, leitores ou telespectadores do veículo utilizado, não há dúvida de que a defesa dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem deverá se tornar mais robusta na medida em que a audiência do meio de comunicação for mais significativa e, conseqüentemente, o seu potencial de dano à personalidade do sujeito envolvido na divulgação for mais avassalador. Logo, os direitos de personalidade merecerão maior deferência quando contrapostos com a liberdade de comunicação social das mídias possuidoras de maior capilaridade.<sup>58</sup>

Quanto ao grau de zelo empregado pelo emissor na averiguação da procedência da mensagem a ser publicizada, parece razoável sustentar – não obstante se diga, de um modo geral, que só as notícias verdadeiras gozam do amparo constitucional –<sup>59</sup> que haja uma certa tolerância em relação à informação errônea (aquela fundamentada “em fatos que, aos olhos do agente, assumiam uma aparência de veracidade”),<sup>60</sup> excluindo-se totalmente da proteção da Lei Fundamental apenas a informação falsa (aquela “sabidamente lastreada em fatos inexistentes”),<sup>61</sup> sob pena de inviabilização da própria atividade jornalística. Como se percebe facilmente, a garantia dos direitos da personalidade, aqui, será gradualmente fortalecida na medida em que se trate, sequencialmente, de informação verdadeira, errônea ou falsa.

Por último, no que concerne ao critério da espécie de *persona* tocada pela divulgação dos juízos de fato ou de valor, sabe-se que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem deverão ser mais reverenciados – em detrimento da liberdade de comunicação social – quando se esteja diante de uma pessoa sem maior expressão midiática ou destaque na coletividade, não se classificando como tal o agente público (um governador de Estado, por exemplo), a pessoa pública (*v.g.*, um astro do cinema)<sup>62</sup> e, ainda, o personagem que, mesmo sem renome, “está no centro de um acontecimento socialmente relevante”.<sup>63</sup>

## 5 ANÁLISE DOS *LEADING CASES* ORIUNDOS DO TCF E DO STJ

---

<sup>58</sup> Luís Roberto Barroso alerta para um detalhe que, em tese, também poderia militar a favor dessa conclusão: o fato de a audiência dos meios de comunicação de massa (da televisão, sobretudo) ser, até pela acentuação do caráter passivo com que a informação é recepcionada, composta por pessoas mais suscetíveis de serem manipuladas. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I, p. 347.

<sup>59</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 640.

<sup>60</sup> GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 402.

<sup>61</sup> GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 402.

<sup>62</sup> Cf. GARCIA, Emerson. *op. cit.*, p. 405.

<sup>63</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, p. 363.

Com os olhos fixos no instrumental teórico explicitado no tópico anterior, cumpre, agora, submeter aos seus ditames os *leading cases* egressos do TCF e do STJ, cujo ponto de contato principal radica no fato de resultarem todos eles da veiculação não consentida dos nomes e imagens reais dos demandantes em documentários televisivos destinados a revelar circunstâncias passadas desagradáveis.

Não obstante esse fator de aproximação, é interessante sublinhar que os três casos foram aforados por tipos diferentes de requerentes (condenado, inocentado e familiares de vítima), o que tem o condão de trazer para a discussão de um deles (*Lebach*) um elemento incabível nos outros dois (“Chacina da Candelária” e “Aída Curi”), qual seja, o da ressocialização.

### 5.1 O CASO *LEBACH*

No caso *Lebach*, muito embora se estivesse tratando de informações incontrovertidamente verdadeiras e de interesse público (até mesmo pela morte violenta de agentes do Estado), a respeito de uma pessoa que outrora se envolvera em acontecimento de grande relevância social, é razoável concluir que a demandada, especialmente por ser uma emissora televisiva,<sup>64</sup> deveria ter avaliado melhor o risco de lesão do conteúdo jornalístico na personalidade do criminoso.

O fato de a transmissão ter sido programada para ocorrer instantes antes da soltura do demandante é um indicativo relativamente seguro de que o objetivo da exibição era de cunho eminentemente sensacionalista e, portanto, deliberadamente prejudicial ao processo de reinserção do indivíduo na sociedade, justificando-se, em vista da patente irreparabilidade dos danos, a atuação preventiva<sup>65</sup> do TCF no sentido de homenagear a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

### 5.2 O CASO “CHACINA DA CANDELÁRIA”

---

<sup>64</sup> O que pressupõe, em tese, índices de audiência superiores aos das demais mídias, sobretudo quando se tem em mente a realidade da República Federal da Alemanha na década de 60.

<sup>65</sup> A doutrina constitucional é fortemente inclinada no sentido de que, em uma situação de embate entre a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, a intervenção do Poder Judiciário na atividade jornalística deve ser sempre repressivo-punitiva, sendo plausível uma providência de índole preventiva apenas em hipóteses extraordinárias. Nesse sentido, cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. **Temas...**, p. 365.

No caso “Chacina da Candelária”, de igual maneira, intentava-se lembrar, mediante uma narrativa fidedigna, um episódio de inconteste interesse público (até pela participação ativa de policiais no crime), cujos atores, justo em razão da significativa repercussão do ilícito, deixaram de ostentar a condição de anônimos. Apesar dessas nuances tendentes a flexibilizar a proteção da personalidade do demandante, há um aspecto específico com o qual, claramente, a empresa de televisão deveria ter se preocupado com mais acuidade.

O documentário objeto do Programa “Linha Direta – Justiça” tinha como meta primordial mostrar uma leitura crítica da resposta estatal aos protagonistas e coadjuvantes da “Chacina da Candelária”. Essa peculiaridade da atração, de apontar as falhas ocorridas principalmente na fase do inquérito policial, fez com que a informação segundo a qual o demandante havia sido absolvido à unanimidade pelo Tribunal do Júri tivesse um efeito inverso do pretendido nos telespectadores.

Ao invés de incutir na audiência a ideia de que o demandante era, de fato, inocente, a produção acabou por se prestar ao papel de sugerir que ele, na verdade, fora beneficiado pelos erros em série da persecução penal. Evidentemente, entre a exibição do juízo de valor da emissora com o nome e a imagem real do inocentado e a não veiculação pura e simples do documentário, havia uma solução intermediária e mais vantajosa para ambas as partes.

O recorte na matéria do nome e da imagem real do coautor/partícipe absolvido,<sup>66</sup> por parte da Rede Globo de Televisão, contribuiria decisivamente para que restassem preservados a sua liberdade de radiodifusão e os direitos fundamentais daquele, num desfecho apto a respeitar, ainda, o critério material da proporcionalidade e o núcleo essencial dos bens jurídico-constitucionais em colisão. Bem formulado, portanto, o *decisum* da Quarta Turma do STJ.

### 5.3 O CASO “AÍDA CURÍ”

Por fim, quanto ao caso “Aída Curi”, é de se ver que, apesar de os dados divulgados se revestirem de verossimilhança e serem atinentes a alguém que figurou em acontecimento socialmente relevante, o interesse público no seu conhecimento era incomparavelmente menor do que aquele presente nas duas lides anteriores. Sem a participação, por exemplo, de agentes

---

<sup>66</sup> Ana Paula de Barcellos, especulando sobre um caso similar ao enfocado, também indica como solução harmonizadora das normas constitucionais em conflito a narrativa do fato com o nome real do indivíduo, mas sem ilustração com a sua correspondente imagem física. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 275.

estatais, seja como sujeitos ativos, seja como vítimas, o crime em comento se apresentava muito mais como uma chocante tragédia da classe social dos envolvidos do que qualquer outra coisa.

Passados cinquenta anos do assassinato, com todas as circunstâncias do caso já definitivamente estabilizadas, é bastante crível imaginar que a emissora de televisão (a de maior audiência no país, não é demais lembrar) buscasse tão somente satisfazer a curiosidade mórbida dos seus telespectadores.

Não parece plausível o argumento de que o caso “Aída Curi”, por ser histórico, poderia ser divulgado sem as reservas próprias da preservação dos interesses morais e sentimentais dos familiares remanescentes que buscaram a tutela jurídica, seja porque essa mesma fundamentação não foi suficiente para afastar a proteção da personalidade do demandante no similarmente histórico caso “Chacina da Candelária”, seja porque, mesmo possuindo aquela qualidade – a historicidade –, o caso “Aída Curi” só poderia ter sido explorado ilimitadamente e sem a anuência dos seus afetados enquanto suscitasse interesse na coletividade, não sendo factível pensar que esse interesse permanece vivo *sine die*,<sup>67</sup> muito menos que ele se encontrava aceso na população brasileira cinquenta anos após o fato delituoso em apreço.<sup>68</sup>

Na impossibilidade de a narrativa ser desfiada sem menção ao nome da vítima, haja vista a clara imbricação existente entre os dois, seria de bom tom, pelo menos, que a Quarta Turma do STJ, a exemplo do que já fizera no caso “Chacina da Candelária”, tivesse se posicionado no sentido de que a Rede Globo de Televisão deveria ter abolido do documentário a imagem real da vítima.

Para finalizar, afigura-se contraditório que a Quarta Turma do STJ tenha achado que, cinquenta anos após a infração penal, o interesse público no conhecimento do caso ainda estivesse vivo, razão pela qual entendeu como totalmente lícita a sua divulgação, mas não tenha considerado que o sentimento de dor dos familiares ainda estivesse latente, motivo pelo qual indeferiu a reparação por danos morais. É dizer, de acordo com o voto condutor, cinquenta anos não foram suficientes para apagar a curiosidade da sociedade, mas foram bastantes para esmaecer quase que por completo o sofrimento dos irmãos da vítima.

---

<sup>67</sup> Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 86.

<sup>68</sup> Não é possível obscurecer que o tristemente célebre caso “Aída Curi” ainda é tema de preocupação dos estudiosos da história do Direito Penal e da Criminologia, a exemplo do que pode ser lido no tópico, escrito por René Ariel Dotti, intitulado “Antiguidades do Direito Criminal”. DOTTI, René Ariel. O processo de Aída Curi (1.ª parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, nº 14, pp. 375-386. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996. Mas, a toda evidência, o caso já não desperta aquele entusiasmo da curiosidade popular como ocorrido nos anos que se seguiram ao fato, tanto é que tratado como “antiguidade”.

Equivocado, portanto, o acórdão da Quarta Turma do STJ ao negar aos interessados a pretendida reparação material.

## 6 CONCLUSÃO

Mercê dos julgamentos aqui comentados, se tem por instalada no Brasil a reflexão sobre o direito ao esquecimento. Devidamente revisitado o seu antecedente mais consistente no direito comparado, o caso *Lebach* (1973), vê-se que a aplicação pioneira desse direito de ser olvidado no Brasil, por parte do STJ (2013), dista exatos quarenta anos daquela concretização lavrada pelo TCF alemão.

Por outro lado, constata-se que, pela curiosidade científica que a matéria desperta, o direito ao esquecimento trilha para ocupar, num curto espaço de tempo, lugar de destaque nas discussões acadêmicas e forenses pátrias, mirando a sua temperada aplicação, notadamente em concordância com as pilastras constitucionais do direito-dever de informar e de informar-se, bem assim da vedação da censura.

As polêmicas de há muito tempo associadas ao conflito entre a liberdade de comunicação social e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, colisão que está na base da consecução do direito ao esquecimento, caminham na direção de uma máxima complexidade no modelo social atual, caracterizado pelo alastramento incontrolável da notícia e – pior – da não notícia.

Nessa realidade em que mesmo os estudiosos se veem absortos sem saber como lidar com ela, é compreensível que as instituições, inclusive o Poder Judiciário, ainda estejam a tatear tentando construir novas ferramentas que possam fazer frente aos anseios dos meios de comunicação por liberdade, mas também às expectativas de uma cada vez mais exposta e fragilizada individualidade humana.

Ao se tomar como referencial os três casos julgados pelo TCF e pelo STJ, nota-se que a dificuldade principal para a concessão do direito ao esquecimento reside no fato desse exigir uma atitude que perigosamente se aproxima da censura quanto à disseminação de informações verdadeiras, de interesse público e relativas a personagens que, se não públicos, pelo menos exerceram algum tipo de papel em acontecimentos socialmente relevantes.

Conclui-se, dessa forma, que os critérios decisivos a serem ponderados pelas instâncias jurisdicionais são aqueles concernentes ao potencial de alcance do veículo e, principalmente, ao objetivo real da veiculação do conteúdo, parâmetros que são reconhecidos como de delicado manejo para que o Judiciário não avoque para si a abjeta função de

arbitrário censor. Daí é que se extrairá o substrato para a sentença de procedência ou improcedência do pedido deduzido por aquele desejoso de ser deixado em paz ou, quando esse sossego tenha sido maculado, de obter reparação compatível com a ferida moral.

É preocupante, sob esse prisma, que o STJ, representado por sua Quarta Turma, ao apreciar dois casos com a mesma empresa de televisão nos polos passivos, tenha deferido o direito ao esquecimento em desfavor de um documentário que objetivava reconstituir criticamente uma persecução penal, mas tenha afastado o mesmíssimo direito em benefício de outro documentário com propósito sobejamente sensacionalista.

Essa instabilidade de posicionamento, decerto, pode ser parcialmente atribuída à modernidade do instituto em comento – o direito ao esquecimento –, quadro que tende a ser alterado em decorrência do influxo de outros elementos de color jurídico e garantista para a arena das discussões sobre a implementação das medidas desafiadas.

É sem dúvida benfazeja a inauguração do debate sobre a incidência do direito ao esquecimento no Brasil, descortinada, nomeadamente, pelos precedentes do STJ. O desafio agora posto diz com a necessidade de se buscar com afinco o amadurecimento teórico e prático desse novo direito, tarefa com a qual o presente artigo científico espera ter contribuído minimamente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI FILHO, Theóphilo. A liberdade de imprensa na formação constitucional brasileira. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 v.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOTTI, René Ariel. O processo de Aída Cury (1ª. parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 4, nº 14, pp. 375-386. São Paulo: RT, abr./jun. 1996.

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

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

\_\_\_\_\_. **Liberdade e estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEZES, Elisângela Dias de. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. Tomo IV: direitos fundamentais.

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. Direito ao esquecimento na sociedade de informação. **Brasília em dia**, ano 16, nº 845, p. 6. Brasília Dom Quixote, jun. 2013.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.