

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Clayton Reis¹
Horácio Monteschio²

SUMÁRIO: Resumo; 1. Introdução; 2 Evolução da imprensa no Brasil; 3 Liberdade de expressão e direitos da personalidade; 4. Direito de imagem e direito ao esquecimento; 4.1 A colisão de direitos fundamentais; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

RESUMO. Em meio as necessidades de adaptação às constantes transformações pela ordem social provenientes das novas modalidades de captação e divulgação da imagem, correlacionada com a liberdade de expressão, os quais merecem uma visão mais acurada do Poder Judiciário, com o intuito da proteção dos direitos da personalidade, bem como a salvaguarda do direito de informar e ser informado. Por sua vez, com a enorme possibilidade de captação e armazenamento, a qual tornam as informações sobre determinada pessoa, ou fato que a envolva, pelos sites de pesquisa, nasce para aquele que se sentir lesado o direito ao esquecimento, ou seja, de fato que já foi alvo de prescrição não deve ser “perenizado” eternamente, evitando que determinado fato fique vinculado à pessoa. Por fim, fatos históricos os quais jamais devem ser esquecidos para que não venham a ocorrer, invariavelmente envolvem pessoas, as quais podem pleitear este direito ao esquecimento? Fato isolado envolvendo determinada pessoa, em situação que o desabone, o qual já foi atingido pela prescrição deve estar presente em sites de pesquisa ou procura? Pode esta informação ser utilizada eternamente em sites de relacionamento?

Palavras-chaves: liberdade de expressão, direito ao esquecimento, colisão de direitos fundamentais.

¹ Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor do Curso do Programa de mestrado em direito do CESUMAR. Professor Titular da UNICURITIBA e Adjunto da UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ e da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ. Membro da Academia Paranaense de letras Jurídicas.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar Maringá. Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil pelo Instituto brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Direito Tributário pela UFSC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito contemporâneo pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, núcleo de Curitiba. Integrante da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Estado do Paraná. Membro do IPRADE – Instituto Paranaense de Direito Eleitoral. Professor das Faculdades OPET, advogado militante.

FREEDOM OF EXPRESSION RIGHT TO OBLIVION AND RIGHTS OF PERSONALITY

SUMMARY: Summary; 1 introduction; 2 Evolution of the press in Brazil; 3 Freedom of expression and personality rights; 4. Image rights and right to be forgotten; 5. Conclusion 6. Bibliography.

ABSTRACT. Amid needs to adapt to constant changes by the social order from the new modes of image capture and dissemination, correlated with freedom of expression , which deserve a more accurate view of the judiciary, with the aim of protecting the rights of personality as well as safeguarding the right to inform and be informed . In turn, with the huge possibility capture and storage , which makes the information about a particular person or event that involves , by search sites , one who is born to feel aggrieved the right to oblivion, the fact that has been the subject of limitation should not be " perennial " eternally avoiding certain fact that the person being bound . Finally, historical facts which must never be forgotten lest they occur, invariably involve people, who can claim this right to be forgotten ? Isolated fact involving particular person in that situation discredit, which has been hit by prescription must be present in the search or demand sites? This information can be used indefinitely on social networking sites?

Keywords: freedom of expression, right to oblivion, collision of fundamental rights.

1.INTRODUÇÃO

A ampla liberdade de comunicação possui aspectos históricos que são norteadores de sua evolução. Destacam-se ao fato de que durante o império romano, as comunicações, restringiam-se aos assuntos de interesse do governo e por ele expedida.

Na Idade Média, por sua vez, a prerrogativa pela guarda e disseminação das informações, além de feitas de forma manual, eram de propriedade do clero e da monarquia, deixando à margem a sociedade, por consequência ignóbil.

É com Gutemberg, por volta de 1439, com sua prensa móvel, que passa a ser entendida como sendo “os primeiros passos” para o acesso e a democratização das informações, constituindo-se em instrumento de divulgação do conhecimento. Há que ressaltar o fato de que eventos como a Revolução Francesa somente chegaram ao seu termo, com a participação efetiva dos meios de comunicação.

No entanto, em determinados momentos históricos cabe ressaltar que as notícias não eram propagadas de forma tão célere como na atualidade, em razão dos precários recursos cibernéticos inexistente na época. Um fato histórico, digno de relato, se refere a notícia do assassinato do presidente norte americano Abraham Lincoln, em 15 de abril de 1865, que somente chegou ao conhecimento no continente europeu uma semana após o acontecido. E, muito tempo depois à notícia chegou ao conhecimento dos demais continentes.

Há que se destacar que a primeira legislação a disciplinar a liberdade de imprensa foi a Declaração da Virginia de 1776, segundo a qual trazia em seu art. XIV que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”.

Na mesma esteira de salvaguarda da liberdade de informação é assimilada na França. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual por sua vez destaca na cláusula XI “a livre comunicação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, respondendo pelos abusos dessa liberdade nos casos previstos em lei”.

Sobreleva enfatizar o fato constante da primeira emenda da Constituição americana a qual restringe a atividade legislativa na elaboração de leis que visem cercear a liberdade de imprensa, assegurando o direito de reparação ao dispor, assim está presente na 1ª emenda Norte Americana: “o congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas”.

Mas, a comunicação não era palco restrito aos fatos divulgados através da imprensa, sendo que a invenção do telégrafo representou enorme avanço, pelo fato da desnecessidade da presença física da pessoa informada, proporcionando a divulgação da informação de forma mais célere.

Em 1896, o italiano Guglielmo Marconi demonstrou a comunicação através de onda eletromagnéticas surgindo assim, um dos meios de informações mais importante da historia humana: o rádio. No território nacional a primeira transmissão de rádio ocorreu em 7 de setembro de 1922.

A tecnologia que serviu de base para a invenção da televisão surgiu no século XIX, tendo seu ponto inicial de efetivação com a transmissão feita pela BBC inglesa, no final da década de 20 do século passado, que consolidou os caminhos de expansão e aperfeiçoamento.

No Brasil, com Assis Chateaubriand, na década de 50, foi criada a TV Tupi, caracterizando uma verdadeira revolução nos meios de comunicação.

É de fundamental importância destacar que no presente trabalho há uma preocupação com fático e acadêmica, quanto a divulgação de matérias jornalísticas envolvendo fatos pretéritos na medida em que estes devem ser atingidos pelo esquecimento, sob pena de estarmos impondo uma “pena perpétua” ou mesmo a não possibilidade de arrependimento, ou mesmo, que o praticante possa recompor a sua vida. No mesmo viés, faz-se necessário a preservação de história, bem como sua importância para a vida social e política de nosso país servindo de sustentáculo a não repetição de práticas de menor valor.

Os meios de comunicação representam importante componente em nossa sociedade no desenvolvimento pessoal, na medida em que oferta a possibilidade de obter as informações e no mesmo sentido de divulgá-la, tendo a sua evolução histórica contribuindo para o aprimoramento e desenvolvimento social, cultural e intelectual do homem.

2. EVOLUÇÃO DA IMPRENSA NO BRASIL

Com a chegada da família real no Brasil colônia em 13 de maio de 1808, instalou-se a imprensa régia, encarregada de dar publicidade aos atos da Coroa, sendo que estes eram divulgados, por intermédio da incipiente imprensa nacional, que se subordinava a uma comissão que restringia os atos contrários à religião oficial, bem como à metrópole.

Proclamada a independência do Brasil e a respectiva instalação da Assembleia Nacional Constituição em maio de 1823, o texto legislativo previa, em seu art. 25 a liberdade de imprensa de forma expressa: “*Os escritos não serão sujeito à censura, nem antes, nem depois de impressos; ninguém é responsável pelo que estiver escrito ou publicado, salvo nos casos e pelo modo que a lei apontar*”.

Cabe ressaltar que o mesmo texto constitucional em seu artigo 34 impunha aos bispos a faculdade de censurar os escritos atentatórios aos dogmas e a moral da Igreja Católica. Com a dissolução da Assembleia Constituinte, pelo Imperador D. Pedro I, restou outorgada a Constituição de 1824, que em seu artigo 179, inciso IV, assim previsto no texto Constitucional: “*todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los, pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar*”.

Durantes os anos de 1833 e 1834 a imprensa no Brasil assumiu contornos de maior exaltação em face do governo, conforme aponta Helio Vianna: “dos 34 periódicos, 14

sustentavam o governo e 21 faziam guerra aberta”³. Cabe ressaltar que mesmo diante deste panorama, durante o período que compreende o período monárquico no Brasil, poucas iniciativas legislativas, relacionadas a liberdade de imprensa lograram êxito, restando a apuração de abusos e a respectiva responsabilização dos responsáveis.

Com a evolução da imprensa, bem como, com a proclamação da República, a Constituição de 1891, em seu art. 72 assegura a inviolabilidade dos direitos referentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, consagrando o seguinte:

Art. 72. (...)

§ 12 – Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

É importante ressaltar que durante a vigência da Constituição de 1891, fez parte da legislação infraconstitucional a denominada “Lei Celerada”, ou Lei Aníbal de Toledo, de 1927, segundo a qual, passava a criminalizar qualquer evento que incitasse a indignação entre a classe empregada em face dos empregadores. Ademais, consagrava, a referida legislação, a possibilidade do governo de Washington Luís a autorizar o encerramento as atividades de qualquer associação que não concordasse com os ideários da política “café com leite”. Nesse período, foram colocados na clandestinidade vários sindicatos, bem como o Partido Comunista. Como consequência desta legislação restritiva, restou cerceada a liberdade de expressão. Com a queda da Washington Luis a Lei Celerada seguiu a mesma sorte.

Entendido como a “primeira lei de imprensa no Brasil” o Decreto Legislativo nº 4.743, de 31 de outubro de 1923, segundo o qual regula, a liberdade de imprensa e da outras providências, assegurando em seu art. 16 o direito de resposta, nos seguintes termos: “*Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periódica são obrigados a inserir, dentro de tres dias, contados do recebimento a resposta de toda a pessoa natural ou juridica que fôra atingida em publicação do mesmo jornal ou periodico por offensas directas ou referencias de facto inveridico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama*”.

Por seu turno, a Constituição de 1934 é fruto do movimento revolucionário de 1930, acentuando-se a preocupação com as questões sociais. Cabe destacar que o texto consagra a liberdade de imprensa. Todavia, por igualmente destaca a possibilidade de censura em espetáculos, previsto no art. 113, o qual está presente no Capítulo II, “Dos Direitos e das

³ VIANA, Hélio. *Contribuição à história da imprensa brasileira*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1945, p. 149.

Garantias Individuais”, do Título III “Da Declaração de Direitos”, extraímos o texto constitucional:

Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e na forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Por sua vez, o Decreto 24.776, de 14 de julho de 1934, para muitos considerada a segunda lei de imprensa assegura a liberdade de pensamentos, sem dependência de censura, cabendo a responsabilidade pelo abuso a quem lhe der causa. Todavia, a exemplo das constituições anteriores e da legislação, o referido decreto, assegurava a possibilidade de censura na vigência do estado de sítio, “nos limites e pela forma que o Govêrno determinar.”

Com a outorga da Constituição de 1937, para muitos denominada de constituição “polaca” em face da influência do texto constitucional polonês, ainda predominava entre nós o medo pela implantação do comunismo no Brasil. Diante deste panorama histórico, restou consagrado no texto constitucional a possibilidade de censura prévia da imprensa e demais meios de comunicação, assim previstos:

Art. 122, inciso 15, alínea “a”

Com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematográfico, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

A Constituição de 1946 consagra a liberdade e o fortalecimento da imprensa, com a grande mudança na forma de divulgação de informações no Brasil. Com relação à liberdade de expressão ou do pensamento que prescreve no artigo 141, § 5º:

É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

A Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953, a qual regula a liberdade de imprensa, sendo entendida como a terceira lei de imprensa, aborda a matéria de forma ampla, assegurando a liberdade de expressão, reprimendo os abusos e tipificando criminalmente, algumas condutas. Mas a história na qual a citada lei tem sua vigência é marcada por

acontecimentos históricos de importância singular para o Brasil, destacadamente a instabilidade política com o suicídio do Presidente Getúlio de Vargas e a sucessão de decretos de Estado de Sítio. Consequentemente, impôs a censura no Brasil, com fundamento no Decreto 24.776/34, bem como a eleição e posse do presidente, eleito democraticamente, Juscelino Kubitschek em 1956.

Mesmo durante o mandato de Juscelino Kubitschek, deve ser mencionado os momentos de instabilidade política, com as revoltas de setores da aeronáutica, mas que não comprometem as liberdades individuais e de manifestação. Inicia-se e se conclui a construção da nova Capital Federal. Brasília nasce com reflexo dos planos de metas de seu presidente. O presidente Juscelino empossa seu sucessor Jânio Quadros em momento democrático singular, mas em razão da instabilidade emocional do presidente este acaba por renunciar acusando a influência de “forças ocultas” que o impediram de dar seguimento ao seu mandato, fato que foi amplamente divulgado pela imprensa.

Novamente o país mergulha em uma seara de instabilidade política, pelo fato do vice-presidente, no momento da renúncia do presidente Jânio Quadros estar em visita à China Comunista e, pela sua postura eminentemente populista a qual desagradava setores expressivos das forças armadas. Mas, restou empossado João Goulart, ou JANGO, que não teve amplos poderes, sendo instituído no Brasil o regime parlamentarista. Ocorre que em 6 de janeiro de 1963, em face da realização de consulta plebiscitária, restabeleceu-se o presidencialismo no Brasil.

Com seu retorno, o presidencialismo, surge enorme reação social em repúdio a posição pró-comunismo assumida por Goulart, culminando com a marcha da família com Deus pela Liberdade, ocorrida em março de 1964 a qual serviu de sustentáculo ao Golpe Militar de 31 de março de 1964, que culminou com a queda de JANGO.

Com a posse do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, uma nova ordem jurídica estabeleceu-se no Brasil, sendo que a adoção de Atos Institucionais passaram a compor o cenário legal, concebidos como superiores inclusive ao texto Constitucional. Dentre os AIs, destaca-se o AI-2 fez referência expressa às questões referentes à imprensa, extraindo a prerrogativa contida no § 5º do art. 141 da Constituição de 1946⁴.

⁴Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º - E livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Em 1967 o Congresso Nacional é convocado extraordinariamente para discutir e votar a proposta de constituição apresentada pelo presidente Castelo Branco que, em seu Art. 150, § 8º prescrevia:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Há que se salientar que a esmagadora maioria dos meios de comunicação no Brasil apoiaram o Golpe de 1964, sendo que recentemente a maior emissora de televisão do Brasil e uma das maiores organizações de comunicação do mundo, a Rede Globo, veio a público pedir desculpas pela posição de apoio ao Golpe de Estado naquele conturbado período político do Brasil.

No mesmo ano de 1967 é sancionada a Lei 5.250, de 9 de Fevereiro de 1967, que passou a regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, a qual além de rápido trâmite pelo congresso, fato que confirmou e fortaleceu as liberdades de expressão e pensamento.

Em 13 de Março de 1967, acaba por ser editado o Decreto-Lei nº 314, sob a denominação de Lei de Segurança Nacional, o qual foi substituído pelo Decreto-Lei nº 898, de 29 de Setembro de 1969, o qual entre as disposições consagrava a possibilidade de condenação à prisão perpétua e pena de morte.

O conjunto destes Decretos e Leis tem por escopo nuclear o cerceamento das liberdades individuais, de imprensa, colocando à margem a possibilidade de reuniões de cunho político contrários ao regime que estava no Poder. Mas o pior ainda estava por vir, com relação as restrições aos direitos e garantias individuais, em razão do presidente Arthur Costa e Silva, no auge da censura institui o Ato Institucional nº 5, em 1968.

Emenda Constitucional nº 1º alterou o § 8º do art. 150 da Constituição de 1967⁵

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos

⁵Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Consoante ao que passou a vigor no texto constitucional, houve efetivamente uma ampliação à restrição quando contrárias a moral e aos bons costumes, conceitos amplos e de fluidez excessiva, passando a compor a moldura constitucional de conceitos abertos e de difícil determinação e, por conseguinte, passível de repressão em razão desta indeterminação do que venha a efetivamente ser ofensivo a moral, ordem pública e aos bons costumes.

Em 13 de outubro de 1978, no governo do Presidente Ernesto Geisel, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 11, cujo artigo 3º revogava todos os atos institucionais e complementares que Ernesto Geisel revoga AI-5. “apesar de ter sido revogado (...) os meios de comunicação continuaram a sofrer vários tipos de pressões, sempre visando o controle do conteúdo das informações veiculadas”⁶.

No caminho do restabelecimento gradual e progressivo da democracia no Brasil, em 28 de agosto de 1979 acaba por ser editada a lei da anistia, Lei 6.683/79, a qual concede anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público.

O clima vivido no país era de pleno desejo de retorno ao pleno exercício da democracia, culminando com a vitória de partidos de oposição nas eleições de 1982, tornando notório o desejo de eleições diretas para Presidente de República, a qual acabou rejeitada pelo Congresso Nacional a denominada “Lei Dante de Oliveira” que abria a possibilidade de eleição direta para Presidente.

Todavia, com a impossibilidade de eleição direta, o colégio eleitoral acabou por eleger para o cargo de Presidente da República Tancredo Neves, ex-governador de Minas Gerais, representando o Movimento Democrático Brasileiro, partido de oposição ao Regime Militar.

Após vinte anos de ditadura, a história acaba por “pregar uma peça” nas instituições e na democracia, tendo em vista o quadro doentio acometido pelo presidente eleito que, no dia da posse não pôde fazê-lo, sendo substituído por seu vice-presidente, José Sarney, que até poucos meses antes era presidente da ARENA partido de sustentação do Regime Militar.

⁶ MATTOS, Sérgio. *Os controles dos meios de comunicação*. Salvador : EDUFA, 1996, p. 43.

Novamente, deflagra-se controvérsia sobre a possibilidade de dar posse a um vice-presidente onde o titular não foi empossado. Novos fantasmas de incertezas políticas e jurídicas passam a rondar a praça dos três poderes em Brasília. Mas o bom senso preponderou e foi empossado o Vice-Presidente, com respaldo do Poder Legislativo e do Supremo Tribunal Federal.

Após a agonia do Presidente eleito Tancredo Neves, com a sua morte em 21 de abril de 1985, a interinidade no cargo passo a titularidade para José Sarney, que além das diversas dificuldades de um governo de transição da ditadura para a um regime democrático, aliado a instabilidade econômica e financeira do país, restou por convocar, em 1º de fevereiro de 1987 a Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de elaborar uma nova Constituição Nacional.

Em 5 de outubro de 1988, restou promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual entre os seus artigos, parágrafo, incisos e alíneas, consagrou a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, destacando em seu artigo 5º os Direitos e Garantias Fundamentais.

Para o caso em análise o texto constitucional destaca os seguintes dispositivos art. 5º inciso IV⁷ e X⁸ e art. 220⁹, §§ 1º¹⁰, § 2º¹¹ e §6º¹², ou seja, o texto constitucional ampliou as possibilidades informações, não havendo condição para censura nos meios de comunicação.

O progresso prosseguiu em sua marcha inexorável na direção da conquista definitiva do direito à livre manifestação do pensamento. Assim, como a prensa móvel de Gutemberg representou extraordinário avanço para a comunicação e informação; nos últimos anos observamos um expressivo avanço científico e tecnológico que possibilitou a ampliação em grande escala da informação e do entretenimento. O tradicional jornal impresso perde espaço a cada dia para as forma eletrônicas. As comunicações via e-mail já se tornaram meios corriqueiros para a sociedade mundial. Facebook, twitter são instrumentos de comunicação que passaram a fazer parte da vida cotidiana entre todos os segmentos sociais.

⁷ 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 à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁸ 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;

⁹ 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.

¹⁰ § 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.

¹¹ § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

¹² § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Cabe destacar que o progresso tecnológico, o avanço e acesso de todas as classes sociais a estes instrumentos de comunicação de massa requerem, ainda, por parte dos órgãos estatais de controle e, do Poder Judiciário, as devidas cautelas inerentes aos fatos novos sociais.

A comunicação de massa, ou mesmo os micro-organismos inseridos nas comunidades virtuais carecem de cuidados especiais na defesa dos direitos fundamentais da pessoa, não sendo assim estar-se-á estabelecendo uma arena sem regras onde haverá de prevalecer à força do mais astuto, do inescrupuloso que se camufla nos meandros dos ambientes virtuais para macular a imagem e a honra de outrem.

Cabe destacar, ainda, pelo apego histórico a informação, ainda que de forma perfunctória a declaração de não recepção, pela Constituição de 1988 da Lei 5.250/67 (lei de imprensa), elaborada no período do regime militar, na ADPF nº 130, deste julgado extrai-se o seguinte:

Estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social, que no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada Rede Mundial de Computados – INTERNET. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentro elas a interação em tempo real dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação internetizada a dispor da possibilidade de inverter as suas posições todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao telepresencial (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o taco refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicações que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”.¹³

Mas a lei de imprensa, e seus consectários históricos e legislativos, cuja produção remonta a período em que imperava o desapego aos ditames democráticos, ultrapassou incólume por mais de 20 anos após a promulgação da constituição Federal de 1988, sendo que a decisão que não recepcionou o referido diploma legal somente se concretizou no ano de 2009.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

A liberdade de expressão é uma das facetas do direito da personalidade, em razão de que a manutenção e desenvolvimento do homem tem por escopo a possibilidade de se socializar, de expressar seus desejos, seus pensamentos e suas opiniões.

¹³ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009. DJe-208, Divulgado em 5 de novembro de 2009. Publicado em 6 de novembro de 2009.

Este direito inato do homem possui as suas mais variadas formas, inclusive a de não expressar uma opinião sobre determinado momento, situação, restado o direito de permanecer calado, de refletir, de meditar ou ainda, o direito de manter-se isolado, *to be alone* segundo o Direito Norte Americano.

Quando o texto constitucional consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, neste caso, assume os mais variados contornos na defesa da personalidade do homem.

De outro lado, além deste direito inafastável, inalienável, fora do comércio a dignidade da pessoa possui além da extensão variada, é representado ainda em face da profundidade ao estabelecer que seus direitos correlatos não são absolutos.

Assim, na aplicação dos princípios ou conceitos de otimização passamos a experimentar novos procedimentos. Nesse caso, seria um bálsamo que passa a permear os ambientes carentes ou então, por uma efetiva e adequada aplicação do direito ao caso em concreto.

Segundo observado, o presente texto traz em seu âmago a necessidade de disseminar as decisões relacionadas ao direito ao esquecimento, consagrado nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como fixar que não há qualquer menosprezo pelo o direito a informação, a liberdade de expressão, ou mesmo que venha a privilegiar a censura no âmbito das decisões judiciais.

O presente estudo, busca fixar suas razões na preservação da dignidade da pessoa humana, no direito do ser humano de ser deixado só, de ser esquecido, sob pena de estarmos impondo a determinados casos a “pena perpétua”, no qual a pessoa indicada estará vinculada ao fato até a morte, ou mesmo, seus familiares após o desenlace da pessoa informada.

Quando se afirma a possibilidade de imposição de uma “pena perpétua” a determinada pessoa, há que se frisar o fato de que todos nós podemos nos tornar “imortais” em pequenos ou grandes momentos, sendo alguns de repercussão restrita a um número contável de pessoas, ao passo que em outras circunstâncias a prática de determinado ato podem impor a pessoa que o praticou contornos de grande magnitude e relevância social.

Tudo na existência possui um prazo de duração. Nem tudo é para sempre! A vida é repleta de acontecimentos passageiros, dos quais devem prevalecer aqueles que enaltecem e dignificam a pessoa humana na sua condição de ser racional.

A exposição pessoal, consentida ou não, a necessidade cada vez maior de tornar-se conhecido, ter o mais número de “amigos”, “seguidores” acaba por impor uma vulgarização,

uma promiscuidade nas relações via internet, expondo contornos pessoais que nem sempre refletem a realidade, na medida em que invadem a intimidade da pessoa informada.

Até a criação do processo fotográfico, não havia outro meio de reprodução da pessoa que não fosse a pintura do representado. Indo um pouco além, com o advento de meios de reprodução digital e seus desenvolvimentos, aliado a enorme facilidade de divulgação da imagem humana, o homem passou a ficar cada vez mais refém de sua criação, bem como, exposto ao outrem sem o seu expresso consentimento.

O que era inexoravelmente fadado ao esquecimento, com a internet passou a ser eterno. A memória pessoal foi transferida para a memória digital ou virtual, com um agravante esta não possui lapsos de memória nem tão pouco é facilmente apagada.

O simples fato de digitar o nome de determinada pessoa no Google, por si só já traz uma gama de informações que ficam armazenadas indefinidamente neste arquivo digital. Mas a indagação que se faz está fundada no fato de que é possível que o prejudicado fique eternamente vinculado a notícia? Se o agente já quitou seu débito perante o poder judiciário e a sociedade, mesmo assim deverá arcar com o ônus de “eternamente” ser lembrado pelo ato praticado?

Cabe destacar que determinados atos praticados, pela sua repercussão e importância histórica, a sua permanência na eterna lembrança e devem ser sempre lembrados pelos meios de comunicação, destacadamente os relacionados ao holocausto, a intolerâncias do regime de segregação do apartheid da África do Sul, dentre outros.

O desenvolvimento pessoal e social está vinculado a liberdade de pensamento e de expressão, sendo a liberdade de informação jornalística fruto deste direito de liberdade de pensamento “pois na raiz da liberdade de imprensa (...) está a liberdade de pensamento”¹⁴.

O texto constitucional, consagrado no art. 5º, inciso IV, a liberdade de informação, segundo o qual: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, na lição de René Ariel Dotti representa, “a liberdade de informação se caracteriza, no plano individual, como expressão das chamadas liberdades espirituais”¹⁵. Destarte, a máxima cunhada por René Descartes “penso logo existo” representa esta liberdade de pensamento a qual é ilimitada em face das características inerentes ao ser humano.

Dentro da seara do direito a informação é curial salientar que este direito apresenta de forma bilateral na medida em que assegura o direito de informar, descrever os fatos, bem

¹⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 65.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 156.

como a liberdade de obter a informação. Cabe destacar que nos anos de vigência do Regime Militar vários livros, peças teatrais, filmes e músicas sofreram restrição de divulgação em face da censura, portanto, cerceando o direito de informação e de livre expressão do pensamento.

Por seu turno, o texto constitucional de 5 de outubro de 1988, no art. 220, assegura a liberdade de manifestação do pensamento, por intermédio da imprensa, sendo a criação, a expressão e a informação, assistindo a tal mister a vedação que texto legal venha a constituir em embaraço a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, em consonância com os incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º, da Constituição Federal.

O conceito de informação, pela via da imprensa tem recebido enorme ampliação com a dinâmica evolutiva de seus meios. Nesse caso, resta citar Nuno e Souza para quem “imprimir palavras, desenhos fotografias em que se expressa o que se pensa e se fornece informações ao público acerca de factos e atividades próprias ou alheias”¹⁶. Ainda, dentro da ressalva feita cabe destacar a doutrina de Darcy de Arruda Miranda, quando pontifica:

Se é certo que, nos primórdios de sua vulgarização, apalavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente, em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, formando cada qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos tempos. Urge, portanto, emancipá-la dos anexos, dando-se-lhe a conceituação moderna de jornalismo, desvinculando-a do conceito genérico de impressos.¹⁷

Nessa linha de congruência, cumpre destacar a ligação ao fato da amplitude da liberdade de informação e manifestação, bem como, a forma como esta vem sendo disseminada, trazendo benefícios na sua divulgação e a democratização da liberdade de expressão.

Na seara infraconstitucional, o Código Civil de 2002 pontua, ao lado dos comandos contidos na Constituição Federal assegura os vínculos hierárquicos entre os dispositivos nos art. 20¹⁸ e 21¹⁹ do Código Civil a exceção e a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, assegurando, em caso de falecimento

¹⁶ SOUZA, Nuno J. Vasconcelos de Albuquerque e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra : Almedina, 1984, p. 42.

¹⁷ MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

¹⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

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

¹⁹ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

do ofendido o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes, pleitear a proteção, bem como a proteção a vida privada.

Nestes termos de proteção a intimidade e privacidade cabe destacar a diferenciação feita por Luciane da Silva Onça e Leda Maria Messias da Silva, segundo o qual:

Ainda que os conceitos de intimidade e vida privada estejam interligados, os mesmo podem ser diferenciados pelo menor grau de amplitude do primeiro. No âmbito da vida privada, estão os fatos pessoais que devem permanecer ocultos ao público, mas que são compartilhados com aqueles com os quais se mantém relações pessoais. Em contra partida, no âmbito da intimidade, estão os fatos pessoais que não são compartilhados nem mesmo com os mais próximos.²⁰

Ao cotejar a própria redação dos dispositivos constitucionais, os quais asseguram a plena liberdade de expressão e liberdade de imprensa, ao mesmo tempo asseguram o direito a honra, a intimidade e a privacidade. Por seu turno, o Código Civil salvaguarda os direitos de personalidade, como assinalado por Elimar Szaniawski, quando destaca que embora a presença dos atributos inerentes ao Direito de Personalidade não são estabelecidos em grau absoluto.

O legislador, infelizmente, não arrolou em lei todas as características da categoria, como o de tratar-se de direito nato, absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável. Estas características, embora marcantes, não podem ser consideradas em grau absoluto, uma vez que existem exceções, surgindo o direito à disponibilidade relativa pelo seu titular, ou quando o direito da personalidade deverá ceder frente a outro direito fundamental, ou se estiver diante de um interesse público ou social preponderante.²¹

Assim sendo, como já destacado anteriormente, não há direito absoluto em nosso sistema jurídico, devendo em caso de colisão entre estes princípios, deverá ser analisado o caso concreto para nortear a sua solução mais justa e adequada ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando dessa forma a plena higidez do princípio.

Neste sentido cabe destacar os enunciados 139²² e 274²³ aprovados, respectivamente, na III e IV Jornada de Direito Civil, os quais, nos moldes aqui descritos não são ilimitados, nem tão pouco apresenta contornos exaustivos em seu disciplinamento. Com isso, mais uma

²⁰ ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias da. *Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego*. In: Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 10, n.1, 2010.

²¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.p. 180.

²² Enunciado CFJ/STJ 139. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito do seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes.

²³ Enunciado 274 do CJF/STJ. 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.

vez, há que se concluir que a questão envolvendo os direitos e garantias individuais comporta, quando diante da ocorrência de colisão entre eles, que venha a ser solucionada servindo-se da técnica da ponderação, ou seja, para o caso concreto, um dos princípios cede sua relevância em face do outro, sem que com isso ocorra a revogação do princípio preterido.

É digno de registro o fato de que a ofensa aos direitos da personalidade, notadamente aqueles violadores do direito da imagem merecem a devida reparação, destacadamente passíveis de cumulação, por força da Súmula 37²⁴ do Superior Tribunal de Justiça, de danos materiais e morais.

Para Clayton Reis, a exploração indevida da imagem, mesmo que não ocorra violação a direito material enseja a reparação de dano, nos seguintes termos:

Essas lesões tem sido definidas pelos Tribunais como *dannum in reipsa*, ou seja, decorrentes do próprio fato. Basta a demonstração do fato lesivo para se configurar a ofensa aos referidos bens extrapatrimoniais. Assim a mera exposição fática de alguém que foi objeto de forma indevida da sua imagem, em face do abuso do direito de terceiro, é causa suficiente para demonstrar os sentimentos de insatisfação gerados na intimidade da vítima. Estando diante de um dano moral – uma ofensa que não produziu repercussões no patrimônio material da pessoa.²⁵

Veja-se que a tutela deferida a proteção dos direitos da personalidade abarca a utilização indevida da imagem, com o claro objetivo de consagra a defesa da esfera pessoal, o que só vem a corroborar a defesa intransigente dos direitos da personalidade em face da sua relevância jurídica.

4. DIREITO DE IMAGEM E DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ao formular uma análise sobre o direito de imagem, inicialmente, faz-se necessário conceituá-la, para tanto servimos da doutrina de Hermano Duval, para quem representa “a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitude, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou mora (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”²⁶.

Cabe destacar que o direito de imagem, sua representação, a sua projeção, a forma como o indivíduo é visto, a conjugação como é vista, representa uma expressão pessoal a qual possui seus reflexos e desdobramentos. Além destes elementos, tidos como atributos, cabe

²⁴ Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²⁵ REIS, Clayton. *A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro*. In: Revista Jurídica Cesumar. Maringá, v.1, n.1, 2001.

²⁶ DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 38.

destacar a doutrina de Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa, segundo a qual consagra o retrato da pessoa:

Assim, se compreende como imagem não apenas o semblante, mas partes distintas do corpo. Da mesma forma, se compreendem como imagens não só as formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, holografia), mas também as dinâmicas (cinema, vídeo).²⁷

É curial destacar que as roupas usadas, os livros lidos, a manifestação de pensamento, o comportamento, as pessoas que são associadas à pessoa retratada, a profissão escolhida, a família, a esposa, o comportamento dos filhos, entre outras representam um pouco da expressão pessoal a qual é feita a leitura e releitura por outras pessoas a todo instante e a cada momento, formando, por conseguinte a imagem da pessoa.

Neste sentido Walter Moraes, formula doutrina segundo a qual corrobora que os atributos associados a pessoa, os quais compõem o conjunto que vem a forma o direito de imagem, leciona com a seguinte doutrina:

Não se pode excluir a figura original da pessoa humana. Seja sua própria forma ou aparência física exterior. Em termos de direito da personalidade estrito, as diferentes forma de representação interessam apenas enquanto reprodução de uma figura original, que é a mesma forma humana. Todavia a tutela jurídica incide muitas vezes diretamente sobre a figura original, para que seja cabível a disposição posterior das representações.²⁸

Por sua vez, a autonomia do direito a imagem encontra-se consagrada nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal. No mesmo sentido, a tese consagrada nos dois incisos consagra a possibilidade de distinção na medida em que decompõe os institutos relacionados a à imagem originalmente concebida para alçá-la a conceitos mais amplos, assim descrita por Regina Sahm:

No Brasil, a consagração do direito à imagem foi introduzida pelo inciso V do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Ao consignar o dano à imagem, distinto do direito à imagem do inciso X do art. 5º, cria a tese de que atutela não mais resingue à imagem original, que tem o corpo como seu suporte, e à imagem retrato (que é física, e permite a reprodução). Extrapolam-se os limites do corpo em sua totalidade ou em parte, órgãos, membros, voz, efígie, forma plástica, para abranger a imagem essencialmente de caráter moral. Também a caracteriza como tutela essencialmente contra atentados perpetrado pelos excessos de liberdade de imprensa e da informação. Por outro lado, a nova dogmática, hermenêutica que caminha no sentido da aceitação para prevalência de sistemas abertos, permite que, sob a égide dos princípios gerais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, os fundamentos da justiça sejam méis bem atendidos, pois se possibilita ao julgado verdadeira criação e não mera subsunção.²⁹

²⁷ BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 25.

²⁸ MORAES, Walter. *Direito à própria Imagem*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação Rubens Limongi de França. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 340.

²⁹ SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil brasileiro contemporâneo* : de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. São Paulo : Atlas, 2002, p. 35.

Além da sua autonomia, ao direito de imagem deve ser imposta a distinção clássica que deve ser exposta, na medida em que a imagem retrato nada mais representa “aquela pertencente exclusivamente ao indivíduo e não depende do papel social por ele desempenhado. Diz respeito aos aspectos: a) físico-mecânicos; b) fisionômicos e c) estéticos. Compõe toda forma de exteriorização dos traços físicos e estéticos da pessoa”³⁰.

Por seu turno, a imagem atributo, representa o conjunto social da pessoa, assim conceituada por Luiz Alberto David Araujo:

A imagem atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional o mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas fazem (ou não fazem) questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característica não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo.³¹

O assunto pertinente ao direito ao esquecimento vem recebendo, por parte do Poder Judiciário brasileiro, tratamento lapidar no sentido de sopesar no caso concreto as posições das partes envolvidas e decidir o conflito de maneira a salvaguardar, no caso decidido, o princípio da dignidade da pessoa.

A exploração de casos reais, por parte da imprensa, revolvendo e relembrando acontecimentos pretéritos, os quais em nada contribuem para uma informação isenta de *animus* por parte de quem informa, mas única e tão somente reavivar momentos, os quais no desejo do envolvido devem permanecer guardados no passado. Mas, há entre o conceito popular o desejo de rever situações de dor, angústia ou até mesmo o desejo mórbido de sadismo envolvendo outras pessoas, causando uma “anestesia” moral ocasionando os seus interessados uma tolerância a fatos funestos e perversos.

Diante desta tolerância social, leciona Paulo José da Costa Júnior, descrevendo a presença de sinais sociais de tolerância em face da violação de direitos individuais, assim lecionando:

Aceita-se hoje com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem

³⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 39-40.

³¹ ARAUJO. Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. São Paulo : Verbatim, 2013. p. 27.

sendo posta em xeque, numa escala de assédio, crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas³².

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.335.153, de 05/06/2013, proferiu decisão a salvaguardar o direito dos familiares no caso “Aida Curi” pleiteando o direito em ser esquecida, levando-se em consideração que os fatos ocorridos na década de 50, quando da veiculação de matéria jornalística no Programa Linha Direta Justiça. Caso concreto, a dramatização levada a cabo acabou por retratar o crime ocorrido na década de 50 segundo o qual a jovem Aida Curi foi assediada e posteriormente assassinada por três jovens no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. Desta decisão restou condenada a emissora Rede Globo de Televisão ao pagamento da importância de 50 mil reais, em face da ofensa ao direito dos parentes da vítima.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.334.097, de 10/09/2013, proferiu decisão a salvaguardar o direito do autor em ser esquecido, ainda mais quando no caso em concreto a sua absolvição foi decretada. O caso *sub examinis* consiste no conflito envolvendo Jurandir Gomes de França, apontado como um dos autores da “Chacina da Candelária” no Rio de Janeiro, ocorrida na noite de 23 de julho de 1993, próximo à Igreja da Candelária. Neste crime, oito jovens (seis menores e dois maiores de idade) sem-teto foram assassinados por policiais militares.

É importante salientar que programas desta modalidade jornalística, possuem o condão de ampliar a audiência da emissora responsável pela sua divulgação, tornado a matéria veiculada de alto grau de retorno financeiro a empresa jornalística. Assim, o *right of publicity*, do direito norte americana sempre esteve vinculado a proteção da pessoa contra o aproveitamento econômico. Neste sentido, colaciona-se a doutrina de David de Oliveira Festas:

Ainda que através do right of publicity se protejam todos os valores patrimoniais da personalidade, numa época dominada pelos meios visuais, com particular destaque para a televisão central do right of publicity³³.

Desta decisão, entre outros predicados, sobressai a seguinte afirmação: “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 a sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado”. Neste sentido, forçoso é concluir que houve

³² COSTA JUNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-17.

³³ FESTAS, David de Oliveira Festas. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem* : contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Coimbra : Coimbra Editora. 2009, p .197.

a ocorrência de duplo prejuízo ao autor, o primeiro pela divulgação da reportagem que reacende lembranças indesejadas e a segunda a qual não retrata que o mesmo fora absolvido da acusação, mas destaca a sua figura como indiciado.

No caso de direito ao esquecimento, René Ariel Dotti, estabelece o amplo respeito à vida privada do indivíduo, compondo o patrimônio pessoal o qual deve ser preservado contra ataques indevidos e ilegais, assim lecionando:

As recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de que se narra a vida.

O direito ao esquecimento, como uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito de morrer em paz.”³⁴

Ademais do acima referido, cabe destacar o contido no Enunciado CFJ/STJ 531³⁵, segundo o qual não há qualquer possibilidade de interpretação dúbia em face da sua clareza textual, ou seja, a dignidade da pessoa humana esta a consagrar o direito ao esquecimento, que, para tanto, apresenta a justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Veja-se que o mesmo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 221³⁶, amplia o espectro de responsabilização pela divulgação, pela imprensa, de matéria jornalística, sendo que a indenização independe de comprovação de prejuízo quando feita sem a devida autorização do retratado com fins comerciais, conforme se encontra contido na Súmula 403³⁷ do mesmo tribunal.

Deve ser feito, ainda que de forma breve, um relator sobre o direito ao esquecimento, destacadamente no que se refere a perenidade das informações, principalmente, nas redes sociais. Como destacamos acima, nos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, há a predominância de uma defesa ao direito ao esquecimento, feita na modalidade de matéria de

³⁴ DOTTI, René Ariel, op. cit. p. 92.

³⁵ ENUNCIADO CFJ/STJ 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

³⁶ Súmula STJ 221: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

³⁷ Súmula 403 do STJ. Independe de prova de prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

televisiva, o que por si só demonstra uma certa facilidade de defesa quando comparada com as contidas nas redes sociais ou mesmo no site de pesquisa Google.

O direito ao esquecimento, por igual, deve ser aplicado ao campo de pesquisas do principal site de pesquisa Google, Wikipédia, ou mesmo qualquer outro site do gênero, em razão de que o direito ao esquecimento deve incluir esta fonte de pesquisa. Ademais disto, a matéria jornalística, ou mesmo a televisiva se comparada com a perenidade dos sites de pesquisa perde em muito a sua grande de informação, pois naqueles a matéria tende a ser esquecida pela grande população, ao passo que esta fica eternizada pela forma como é disponibilizada e acessível a todos.

Por sua vez, o direito ao esquecimento deve ser amplo o suficiente ao ponto de salvaguardar os interesses pessoais do pretendente, sob pena de, guardadas as devidas proporções, ou mesmo a seara jurídica envolvida, estar-se-á impondo ao pretendente ao esquecimento a pena “perpétua”, pois sempre que alguém solicitar nos sites de pesquisa informações sobre esta pessoa sempre encontrará aquele fato.

Fatos e acontecimentos históricos devem ser preservados, a história deve ser preservada, corroborando a lição de Zulmar Antonio Fachin: “A História precisa ser o espelho fiel do tempo. Em nome desta verdade, os fatos e a imagem de certas pessoas podem e precisam ser divulgados, independentemente ou não de autorização”³⁸.

Reitere-se que existem fatos nocivos que não devem ser esquecidos, mas no caso concreto, com a colisão de direitos fundamentais de informação e do esquecimento o julgados deverá sopesar a importância de cada qual e aplicar a manutenção ou retirada das informações dos sites de pesquisa.

A responsabilidade do julgador, no caso concreto, deve analisar as atitudes das partes o intuito de salvaguardar o direito pleiteado, neste sentido leciona Enéas Costa Garcia.

Sempre é preciso estar atento para gravidade do fato, a fim de não prestigiar a cobiça e o capricho. Todavia, se o magistrado no caso concreto observa que a descrição inexata foi potencialmente lesiva, apta a desencadear a lesão que o dano moral visa recompor, não motivo para negar a indenização.³⁹

Portanto, sobressai à importância da análise do caso concreto para se extrair da suas entranhas o real interesse das partes, pois não seria concebível a concessão de uma tutela ao direito de esquecimento quando este viesse acompanhado com o pleito egoístico, ou mesmo,

³⁸ FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo : Celso Bastos Editor : instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 112.

³⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil nos meios de comunicação*. São Paulo Juarez de Oliveira, 2002, p. 113.

no lado contrário que a sua divulgação estivesse envolta pelo manto do ganho econômico ou mesmo de atingir a honra e a imagem da pessoa.

Por derradeiro, o direito ao esquecimento deve ser lembrado, ainda, no campo da política quando do término de mandato presidencial o então presidente João Baptista Figueiredo, disse que o seu maior desejo após encerrar seu mandato como Presidente da República Federativa do Brasil era o de ser “esquecido”.

É indispensável destacar que em decisão proferida no mês de maio de 2014, na qual o Tribunal de Justiça da União Européia determinou que a empresa Google removesse, de seu banco de dados, as informações pessoais referentes ao anúncio em que o advogado espanhol MARIO COSTEJA GONZALEZ em 1998, referente a leilão de um dos seus imóveis, tomado pelo Governo espanhol para sanar dívidas, que fora publicado no jornal LA SALVAGUARDA⁴⁰, a qual passado determinado período de tempo estava causando-lhe prejuízos. Por sua vez, ainda, a citada decisão determina que a empresa Google disponibilize, aos interessados, nos 32 países que compõem a União Européia, a possibilidade de requerer o direito de serem “esquecidos”. A decisão do Tribunal Europeu foi objeto de inúmeros comentários pela imprensa mundial, em razão dos seus efeitos⁴¹

4.1 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que de forma sintética, faz-se necessário uma abordagem sobre o tema da colisão de direitos fundamentais, os quais na lição de Gilmar Ferreira Mendes assumem os seguintes contornos:

Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrente, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. Assinale-se que a idéia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção.⁴²

⁴⁰ Revista VEJA, EDIÇÃO, 2382, ano 47, número 29, de 16 de julho de 2014, p.85.

⁴¹ Segundo a Revista VEJA, op. cit., p. 85, “Renomados veículos de comunicação europeus, como a BBC e o The Guardian, foram alertados pelo Google de que algumas matérias não apareceriam mais em sua busca (veja acima). Jornalistas e acadêmicos manifestaram-se contra a medida. Disse Fred Cate, professor de direito da Universidade de Indiana, nos Estados Unidos: “o direito de ser esquecido é para quem quer reeditar o passado, e isso empobrecerá nossa história”.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* : estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.84.

Cabe destacar que somente é verificável a ocorrência de conflito entre direitos individuais de forma concreta, não sendo possível a sua verificação abstratamente. Neste sentido leciona Joana de Moraes Souza Machado Carvalho:

O conflito entre direitos fundamentais que será examinado é *in concreto*, pois sabemos que as situações de conflito só se apresentam nesse sentido, não sendo possível se cogitar o conflito *in abstracto*. Os direitos fundamentais possuem um conteúdo aberto, móvel e, por isso, por vezes se encontram em situação de colisão. As situações de conflito apresentam-se das seguintes formas, quais sejam: a concorrência entre dois ou mais direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.⁴³

Para melhor compreendermos a questão da colisão entre direitos fundamentais faz-se necessário estabelecer a diferença entre princípios e regras. Nesse particular aspecto, é fundamental citar a doutrina de Paulo Ricardo Schier sobre o tema,

Se através do aspecto formal inexistente qualquer distinção entre regras e princípios, sob o aspecto funcional a questão se apresenta diversamente. Deveras, em se por um lado as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida, apontado funtores deonticos bastante claros (impõem, permitem, autorizam ou proibem uma conduta), os princípios são normas impositivas de uma otimização do sistema compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. Por consequência, as regras são aplicáveis de maneira disjuntiva: se os fatos que estipula uma norma estão dados, então, ou bem a norma é válida, hipótese em que a resposta que dá deve ser aceita, ou bem não o é, hipótese em que não se aplica à decisão.

Portanto, as regras submetem-se a padrões de validade e vigência, submetendo-se à lógica do 'tudo ou nada', eis que não deixam espaço para qualquer outra solução; se a regra vale, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições nem mais nem menos.

(...)

Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou Standards que, em primeira linha devem ser realizados.⁴⁴

Diante dos ensinamentos por Paulo Ricardo Schier, pode-se concluir inicialmente que em caso de conflito entre regras deve avaliar a sua aplicabilidade dentro do plano da validade. Ao passo que, quando estamos diante do conflito entre princípios há necessidade de ponderar, harmonizar os divergentes para o caso concreto e aplicá-lo à situação particular.

⁴³CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2009, p. 85.

⁴⁴SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional : construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1999, p. 124-125.

Todavia, sobre o assunto relacionado a ponderação, como método para a solução entre colisões entre direitos fundamentais, José Sérgio da Silva Cristóvam leciona com a seguinte argumentação:

Pode-se dizer que para uma aplicação salutar e coerente da máxima da ponderação mostra-se imprescindível delinear firmemente uma teoria da justificação jurídica, como forma de evitar que as decisões judiciais pela precedência de um ou outro princípio fiquem sujeitas ao arbitrário sopesamento do juiz. Até porque, como assegura Grau, 'não há no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre ele estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada.⁴⁵

Sempre respeitando o espaço deste trabalho, bem como, as demais teses a respeito do assunto, pode-se afirmar que a solução para o conflito deve ser formulada diante da análise do caso *in concreto*.

Como já referido na introdução do presente trabalho, os princípios constitucionais presentes no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, são possuidores de dupla proteção, quais seja a prevista na órbita Constitucional dos direitos fundamentais, bem como nos direitos da personalidade previstos no Código Civil de 2002.

Necessário se faz apresentar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, a qual diz respeito a colisão destes direitos fundamentais:

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou em que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. Formulada de maneira explícita: quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem (CF, art. 5º, X)? ou seria legítima a recusa de um pai em autorizar que se faça transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa?

(...)

Embora não se possa negar a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos em uma determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.⁴⁶

Diante dos fatos expostos, verifica-se que diante do caso concreto é que se verá como o conflito será solucionado. Merece destaque ainda o fato de que não há princípio ou regra específica para a solução do conflito. Este assunto restou devidamente solucionado pela doutrina de Gilmar Ferreira Mendes na medida em que a adoção de qualquer critério

⁴⁵CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba : Juruá, 2011, p. 237.

⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. op. cit. p. 87.

hierárquico além, de não produzir a melhor decisão acabaria por impor, ao texto Constitucional, redução em sua importância valorativa.

5. CONCLUSÃO

Em razão do amplo e diversificado cabedal de instrumentos colocados à disposição dos meios de comunicação e da população em geral, para a captação e disseminação da imagem, aliada a amplitude concedida pelo texto Constitucional, o qual coloca a salvaguarda de qualquer possibilidade de censura, formam o palco apropriado para a discussão sobre o tema nuclear do presente trabalho.

É possível que alguém queira que fato envolvendo a sua vida seja esquecido? Deve o Poder Judiciário se imiscuir nesta seara com o objetivo de conceder tutela jurisdicional sobre o assunto? Fatos históricos devem ser esquecidos?

A não concessão de tutela neste caso estar-se-á impondo uma pena “perpétua” ao atingido, por sua vez violando o seu direito ao esquecimento deste fato específico.

Assim sendo, além do objetivo de destacar os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo diante da sua escassa fundamentação sobre a proteção da pessoa, o presente trabalho tem, ainda, o interesse de fomentar o debate acadêmico tornando tema mais elaborado e recebendo as correções e acréscimos necessários.

Por derradeiro, há que ser sopesado o interesse das partes, no caso concreto, tendo sempre em mente que mesmo diante de um episódio que o envolvido queira que fique no passado, ou seja, que caia no esquecimento, de outro lado temos o direito a informação, a história devem ser contada de forma como realmente aconteceu, sob pena de prevalecer as seguintes máximas: “que a história é contada pelo vencedor”, ou ainda, que a “primeira vítima da guerra é a verdade”.

De qualquer forma, a decisão do Tribunal Europeu e a recente Lei 12.965/2014 sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da INTERNET no Brasil, estão sendo objeto de inúmeras e divergentes considerações. Afinal, deve-se considerar o princípio Universal e Constitucional da ampla liberdade de expressão prevista em todos os países Democráticos, que é o apanágio do homem livre e da dignidade do ser humano – princípios maiores que regem a conduta das pessoas no século XXI.

6. BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. São Paulo : Verbatim, 2013.

BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo : Saraiva, 1989.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo : Saraiva, 1997.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribuna Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais*. Curitiba : Juruá, 2011.

COSTA JUNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

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

DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo : Saraiva, 1988.

FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo : Celso Bastos Editor : instituto brasileiro de Direito Constitucional, 199.

FESTAS, David de Oliveira Festas. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem : contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra : Coimbra Editora. 2009.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil nos meios de comunicação*. São Paulo Juarez de Oliveira, 2002.

MATTOS, Sérgio. *Os controles dos meios de comunicação*. Salvador : EDUFA, 1996, p. 43.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

MORAES, Walter. *Direito à própria Imagem*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação Rubens Limongi de França. São Paulo : Saraiva, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo : Saraiva, 2007.

ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias da. *Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego*. In: Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 10, n.1, 2010.

REIS, Clayton. *A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro*. In: Revista Jurídica Cesumar. Maringá, v.1, n.1, 2001.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil brasileiro contemporâneo : de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. São Paulo : Atlas, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional : construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1999.

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

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

VIANA, Hélio. *Contribuição a história da imprensa brasileira*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1945.