

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

BEATRIZ CARVALHO DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2017/2

BEATRIZ CARVALHO DA SILVA

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta.**

RIO DE JANEIRO

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

CS586d CARVALHO DA SILVA, BEATRIZ
O Direito ao Esquecimento e sua aplicabilidade
no ordenamento jurídico brasileiro / BEATRIZ
CARVALHO DA SILVA. -- Rio de Janeiro, 2017.
91 f.

Orientador: Fabiana Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Liberdades de expressão, informação e
imprensa. 2. Princípio da Dignidade da Pessoa
Humana. 3. Direitos ao esquecimento. 4. Colisão de
direitos fundamentais . 5. Técnica da ponderação. I.
Rodrigues Barletta, Fabiana, orient. II. Título.

BEATRIZ CARVALHO DA SILVA

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fabiana Rodrigues Barletta.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha avó Sonia, estrela mais bonita do céu.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aos meus pais por todo amor e carinho que me dispensaram ao longo da vida. Vocês são meus maiores exemplos. Sem vocês, sem seus ensinamentos, eu não seria quem sou e não chegaria até aqui.

Agradeço, também, ao meu esposo Wagner por todo amor, zelo e carinho ao longo de todo esse tempo. Você é a escolha mais certa da minha vida.

Agradeço a minha tia Claudia, por ser minha segunda mãe e uma mulher extremamente admirável, possuidora de um coração que não cabe no peito.

Agradeço, por fim, a todos os professores e colegas de classe da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por tudo que me ensinaram ao longo desses cinco anos de graduação.

RESUMO

O direito ao esquecimento encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Com base nele, busca-se discutir a possibilidade de limitação às liberdades de informação, expressão e imprensa, de modo a evitar a divulgação ampla e irrestrita de qualquer informação que já tenha sido dissipada pelo tempo. Isto porque a possibilidade de rememoração perpétua poderá ferir direitos existenciais daquele que superou os efeitos da situação lembrada. Como restará claro ao longo do presente trabalho, com o direito ao esquecimento não se pleiteia a imposição de apagar fatos ou de reescrevê-los, mas apenas a possibilidade de se regular o uso que a mídia faz de dados relativamente antigos, ou mais precisamente a finalidade e o contexto em que tais dados são rememorados. Sustenta-se a necessidade de ponderação entre liberdades constitucionais e direito ao esquecimento, a fim de definir qual direito predominará no caso concreto.

Palavras-chave: Liberdades de expressão, informação e imprensa. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Direito ao Esquecimento. Colisão entre direitos fundamentais. Técnica da ponderação.

ABSTRACT

The right to oblivion is based on the principle of the dignity of the human person. Based on this, it is sought to discuss the possibility of limiting the freedoms of information, expression and press, in order to avoid the widespread and unrestricted dissemination of any information that has already been dissipated by time. This is because the possibility of perpetual remembrance may harm existential rights of those who have overcome the effects of the situation recalled. As will be clear throughout the present work, the right to oblivion does not claim the imposition of erasing facts or rewriting them, but only the possibility of regulating the media's use of relatively old data, or more precisely the purpose and context in which such data are recalled. The need to weigh between constitutional freedoms and the right to oblivion is maintained, in order to determine which right will prevail in the specific case.

Keywords: Freedom of expression, information and press. Principle of the Dignity of the Human Person. Rights of the Personality. Right to Forgetfulness. Collision between fundamental rights. Weighting technique.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. AS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA	13
2.1. Liberdades de Expressão e de Informação	14
2.2. Liberdade de Imprensa.....	16
2.3. Limites constitucionais às Liberdades de Informação, de Expressão e de Imprensa.	19
3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	25
3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicabilidade quanto aos direitos da personalidade	25
3.1.1. Aspectos históricos.....	25
3.1.2. Conceito	30
3.1.3. O tratamento dado pelo Sistema Constitucional Brasileiro	33
4. DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA PERSONALIDADE.....	39
4.1. Aspectos históricos	39
4.2. Conceito	41
4.3. Características	42
4.4. Classificação	46
4.5. Direito à Honra	47
4.6. Direito à privacidade.....	51
4.7. Direito à Imagem	55
4.8. Direito ao Esquecimento.....	59
4.8.1. O tema em linhas gerais	60
4.8.2. Tratamento do direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira.....	67
5. COLISÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS.....	71
5.1. A colisão entre direitos fundamentais e as técnicas de solução.....	74
5.2. Aplicação da ponderação como solução para a colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, de expressão e de imprensa	79
6. CONCLUSÃO	84
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1. INTRODUÇÃO

Dos primeiros impressos até a atualidade, a imprensa tem se mostrado essencial ao desenvolvimento da humanidade. Partindo do pressuposto da indispensabilidade da imprensa, afirma-se que um Estado Democrático de Direito deve prever em seu ordenamento jurídico mecanismos para protegê-la das constantes tentativas de aviltamento, sobretudo por parte dos governantes.

No Brasil, a história das liberdades de expressão, informação e imprensa é sombria, marcada por sucessivos golpes institucionais, justaposições de legislações e pelos efeitos de duas longas ditaduras (o Estado Novo de 1937 a 1945 e o Regime Militar de 1964 a 1985). Superado o período sombrio, as liberdades de informação, expressão e imprensa foram salvaguardadas pelo Poder Constituinte Originário de 1988, mais precisamente no artigo 5º da Constituição, dedicado a disciplinar o rol de direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro.

De fato, após a superação de um período de ampla censura e limitação das liberdades de informação, expressão e imprensa, a sociedade brasileira demonstrou muito mais interesse em ver uma imprensa livre de qualquer tipo de limitação, sendo a proteção conferida pela Constituição amplamente aplaudida.

Não obstante, o mesmo diploma que concedeu às liberdades de expressão, informação e imprensa status constitucional o concedeu aos direitos extrapatrimoniais da personalidade, tais como direito à honra, à imagem, à privacidade e, como expressão deste último, o direito ao esquecimento.

As liberdades constitucionais e os direitos da personalidade são, portanto, salvaguardados pelo texto da Constituição brasileira de 1988, possuindo *status* de direitos fundamentais.

No presente trabalho busca-se trabalhar o conflito entre liberdades constitucionais e direitos da personalidade, sobretudo o direito ao esquecimento. Para análise do último, faz-se extremamente necessário discutir o papel da mídia no mundo globalizado, onde os mais diversos dados são massificados e despejados a todo segundo na internet, local onde nada se perde por completo.

Com base no direito ao esquecimento, direito da personalidade que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e é uma das expressões do direito à privacidade, busca-se questionar a possibilidade de limitação das liberdades constitucionais, sob o fundamento da inadequação da rememoração de uma notícia, seja por descontextualização do fato e/ou ausência de contemporaneidade, seja porque a lembrança, em si, seria capaz de gerar amplos transtornos ao sujeito em sua esfera de vida pessoal e/ou profissional.

A justificativa para a apresentação deste trabalho decorre da importância de se promover uma melhor compreensão do tema, que envolve o conflito de interesses constitucionalmente assegurados, para o qual a solução será sempre casuística.

Quanto à metodologia, foram utilizadas pesquisa bibliográfica e jurisprudencial brasileira e estrangeira. Já no que se refere ao tipo de pesquisa, esta pode ser classificada como pura, haja vista ter como fundamento a ampliação dos conhecimentos do pesquisador sobre a temática que se expõe, para embasar sua conduta em casos difíceis que envolvam liberdades constitucionais e o direito ao esquecimento. A abordagem é qualitativa, pois se procurou aprofundar e abranger as ações e relações humanas ligadas ao tema. Por fim, quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, posto que classifica, explica e interpreta os dados selecionados, assumindo a forma bibliográfica.

Visando desenvolver o tema, o primeiro capítulo do presente trabalho será dedicado à análise das liberdades constitucionais de expressão, informação e imprensa, bem como seus limites impostos pela própria Constituição.

O segundo capítulo deste trabalho é dedicado ao estudo da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República. Isto porque, como já dito, este princípio figura como fundamento dos direitos da personalidade e é essencial para a compreensão do tema.

O terceiro capítulo será dedicado aos direitos da personalidade de ordem moral, quais sejam: o direito à honra, à imagem, à privacidade e ao esquecimento. Por óbvio, o foco estará no direito ao esquecimento, principal objeto deste trabalho.

O quarto capítulo, por fim, será dedicado ao estudo do conflito entre direito ao esquecimento e liberdades constitucionais, com análise das técnicas que poderão proporcionar a solução das contendas.

Diante do exposto, resta claro que o presente trabalho se propõe a questionar se na atual sociedade da hiperinformação, onde parece ser evidente não haver mais espaço entre a privacidade e a esfera pública, com notória expropriação da vida privada contra a própria vontade do titular, poderiam os meios de comunicação, sob a premissa de possuírem permissão ampla e irrestrita ofertada pela Constituição, retratar fatos e eventos indefinidamente no tempo, mesmo que tal conduta venha a causar dano à dignidade das pessoas envolvidas.

Frise-se, por fim, já em adiantamento, que não se pretende com o presente trabalho defender a prevalência total e absoluta de quaisquer direitos fundamentais em detrimento de outros, o que se pretende é o reconhecimento do direito ao esquecimento enquanto tal, de modo que sua prevalência no caso concreto possa ser afirmada pelo intérprete sem qualquer receio.

2. AS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

A formação da personalidade do ser humano é decorrente de um processo de socialização, no qual intervêm fatores inatos e adquiridos¹. Aqueles são herdados geneticamente e estes provêm das relações sociais.

A construção da identidade do sujeito está estritamente ligada, portanto, ao processo de interação com outros seres humanos.² Com o intuito de se integrar, as pessoas costumam externar suas ideias, convicções e pensamentos aos diferentes grupos com os quais mantém algum tipo de vínculo. Por óbvio, para se expressar o indivíduo precisa ser livre.

A liberdade de manifestação do pensamento em suas mais diversas formas foi consagrada como direito fundamental pelo constituinte originário de 1988 (art. 5º, incisos IV, V, IX e XIV, CRFB/88³). Em tese, todo cidadão brasileiro tem direito a expor seus posicionamentos políticos, religiosos, científicos etc.

Em obra dedicada à defesa das liberdades, Sérgio Oliveira, importante historiador brasileiro, sustenta que o fundamento das liberdades constitucionais é a liberdade de expressão:

(...) Esses princípios foram consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, cujo teor não fez mais do que seguir as linhas mestras do constitucionalismo internacional que, de longa data, vem proclamando a necessidade do império das liberdades legais, cujo fundamento é a liberdade de expressão. Na ‘Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia’, em 1776, os legisladores trataram de petrificar o axioma: ‘A liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos’. Treze anos mais tarde, a ‘Assembleia Nacional da França’ afirmava no art. 11 da ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’: ‘A livre comunicação de ideias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo

¹ SAVOIA, Mariângela Gentil. *Psicologia social*. São Paulo: McGraw-Hill, 1989, p. 54.

² LANE, Silvia Maurer. *O que é psicologia social?*. 22. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 19.

³ 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; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos pela lei'.⁴

Por óbvio, a liberdade de manifestação do pensamento encontra restrições impostas, inclusive, pelo próprio texto constitucional. Tais limites serão melhor analisados no tópico 2.3. desta monografia.

Nos tópicos subsequentes, as liberdades constitucionais supramencionadas⁵ serão tratadas de forma pormenorizada, com a finalidade de encaminhar uma reflexão mais profunda sobre o direito ao esquecimento.

2.1.Liberdades de Expressão e de Informação

Em linhas gerais, a liberdade de expressão é o direito de uma pessoa externar, em particular ou em público, à viva voz ou por escrito, o que pensa⁶; já a liberdade de informação é o direito individual de comunicar livremente fatos e o direito difuso de ser deles informado.⁷

Ressalte-se que os conceitos supramencionados não são indiscutíveis. A comunicação de um fato nunca é realizada de forma neutra. Em maior ou menor grau, em toda informação veiculada está presente o componente pessoal. Da mesma forma, a expressão artística poderá ter por base acontecimentos reais. Talvez por força da dificuldade de tratamento em separado das liberdades de informação e de expressão, o direito norte-americano, o Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos do Homem tratem essas liberdades de forma conjunta.⁸

Para Luis Roberto Barroso, todavia, o tratamento em separado dessas liberdades se justifica na prática:

⁴ OLIVEIRA, Sérgio. *Discurso em defesa da liberdade de expressão*. Porto Alegre: Revisão Editora e Livraria, 1998, p. 7.

⁵ A escolha se justifica pela importância das liberdades de expressão, informação e imprensa para o debate sobre os direitos da personalidade.

⁶ OLIVEIRA, Sérgio. op. cit. p. 6.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. "Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa", in *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, p. 89.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 89.

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade - ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível - pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade.⁹

Sendo assim, apesar de portarem conteúdos distintos, as liberdades de informação e de expressão são vistas como comunicáveis e complementares, sendo a prevalência de cada uma delas destacável no caso concreto.

Ambas as liberdades são consagradas em diversos textos constitucionais, podendo ser observadas como termômetros do regime democrático. Isto porque desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, a liberdade de expressão é o sustentáculo de bloqueio à atuação restritiva do Estado sobre o direito de crítica legítima aos agentes públicos e privados, estando estritamente vinculada à liberdade de informação – direito de informar publicamente e ser informado.

Pode-se afirmar que as primeiras grandes manifestações em defesa da liberdade de expressão de pensamento e de opinião se desenvolveram na Inglaterra, Estados Unidos e França, sendo os exemplos norte-americanos – *Bill Of Rights* do Estado da Virgínia (art. 12)¹⁰ e a primeira emenda ao texto original da Constituição americana, aprovada em 15 de dezembro de 1791¹¹ – talvez os mais emblemáticos.

Outros importantes documentos internacionais também consagram as liberdades de expressão e de informação. São exemplos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas, especialmente em seu art. 19¹², a

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 89-90.

¹⁰ Art. 12. A liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.

¹¹ A primeira emenda impede de forma taxativa que o Congresso americano adote iniciativas tendentes a proibir e limitar direitos fundamentais, dentre os quais figura a liberdade de expressão.

¹² Art. 19 – Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969¹³, especialmente em seu art. 13¹⁴, e a já citada Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, especialmente em seu art. 10¹⁵.

Conforme salientado no tópico introdutório, a Constituição brasileira também apresenta dispositivos que tutelam as liberdades de expressão/comunicação (art. 5º, incs. IV e IX¹⁶) e informação (Art. 5º, inc. XIV¹⁷).

Em suma, pode-se afirmar que as liberdades de expressão e de informação são direitos subjetivos fundamentais assegurados a todos os cidadãos brasileiros, observadas as limitações legais. Por força dessas liberdades, o indivíduo detém as faculdades de manifestar suas ideias e opiniões sem censura prévia e de ter acesso a informações verdadeiras. Tratam-se, portanto, de mecanismos que asseguram a sobrevivência da democracia.

2.2.Liberdade de Imprensa

Na opinião do ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

A expressão [liberdade de imprensa] designa a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas

¹³ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) foi internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº 678/1992, com status supralegal.

¹⁴ Art. 13 – Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

¹⁵ Art. 10. Liberdade de Expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

¹⁶ Vide nota de rodapé nº 3.

¹⁷ Vide nota de rodapé nº 3.

impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.¹⁸

Tem-se, portanto, que a liberdade de imprensa é mais uma das liberdades constitucionalmente asseguradas e seu conteúdo está diretamente vinculado aos meios de comunicação em geral, sendo certo que estes possuem o direito de transmitir fatos e ideias à população.

Conforme explicitado por Barroso no trecho supramencionado, a liberdade de imprensa (ou de informação jornalística), engloba em seu campo de atuação as liberdades de expressão e de informação, anteriormente tratadas, isto porque enquanto projeção destas últimas, aquela reveste-se de conteúdo mais abrangente, compreendendo, dentre outros, o direito de buscar informações, informar, opinar e criticar. No mesmo sentido, se posicionou o Min. Celso de Mello no julgamento do AI 705.630 – AgR/ SC¹⁹.

É sabido que a imprensa é um poderoso instrumento de formação de opinião popular, abrangendo diversos meios de comunicação/informação próprios de uma sociedade globalizada. Por assim ser, a imprensa deve desempenhar função social, no sentido de expor às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, assegurando a expansão da liberdade humana.²⁰

Nessa linha, José Afonso da Silva, apoiado em doutrinadores como Foderaro, defende que a imprensa como uma espécie de quarto poder, coexistindo com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Isto porque, a seu ver:

[A imprensa] constitui uma defesa contra todo o excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de importante para a coletividade.²¹

De acordo com Dotti, a denominação da imprensa como o “quarto poder do Estado” foi utilizada primeiramente por Balzac, para traduzir de maneira fiel a importância dos veículos de informação para a sociedade moderna.²²

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 90.

¹⁹ “(...) Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. (...)” Íntegra do voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI705630voto.pdf>. Acesso em 04.09.2017.

²⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 247.

²¹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 247.

Embora a força da imprensa seja facilmente notada na sociedade, não há notícias de ordenamento jurídico que a interprete legalmente como um quarto poder. Trata-se, portanto, de uma observação da prática. Nesse mesmo sentido, afirma que:

Apesar de alguns não concordarem com a denominação da imprensa como um ‘quarto Poder do Estado’, não se pode negar que a mesma desempenha um papel de suma importância no desenvolvimento e fortalecimento de qualquer Estado de Direito que tenha a pretensão de se auto afirmar como Democrático, podendo-se até asseverar que o grau de liberdade de um povo pode ser medido pela amplitude conferida ao seu direito de manifestar o pensamento por todas as formas e por uma imprensa livre.²³

Diante da importância da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação social, o constituinte de 1988 reservou um bloco normativo intitulado “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII da CRFB/88), com artigo próprio, que estabelece que:

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

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

§ 3º Compete à lei federal:

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

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

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

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

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

²² DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 147.

²³ RAMOS FILHO, Evilásio de Almeida. *Direito ao Esquecimento versus Liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação*. 2014. 75 f. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Ceará, p. 17.

A liberdade de imprensa é tutelada pelo dispositivo constitucional supramencionado. Nota-se que a norma impõe alguns parâmetros para o gozo dessa liberdade, como não poderia deixar de ser.

Os limites para exercício das liberdades constitucionais serão tratados no tópico seguinte.

2.3.Limites constitucionais às Liberdades de Informação, de Expressão e de Imprensa.

Os princípios constitucionais das liberdades de expressão, informação e imprensa não são de aplicabilidade irrestrita. Nessa linha, expõe Sérgio Oliveira:

Evidentemente, o exercício da liberdade há de ser salvaguardado de abusos. Aquele que opina e/ou divulga opiniões não poderá incidir na tipificação da injúria, da calúnia e da difamação. Tampouco lhe será permitido emitir conceitos racistas ou preconceituosos contra qualquer etnia. Em suma, a liberdade deve encontrar seus limites.²⁴

José Afonso da Silva se posiciona na mesma linha, afirmando, ainda, que liberdade e autoridade (de quem a limita) são conceitos complementares. Em suas palavras:

É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expansão e sua personalidade. Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seria consentida por aqueles cuja liberdade restringe.²⁵

Visando a contextualização do tema, é necessário ressaltar a existência de parcela doutrinária que defende que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, justificando uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Dela [doutrina da *preferred position*] deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que

²⁴ OLIVEIRA, Sérgio. op. cit. p. 9.

²⁵ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 232.

não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.²⁶

Para esta parcela da doutrina, a regra geral é a de que não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial de que essas garantias gozam.²⁷

Independentemente da posição acima explicitada, é fato que as liberdades constitucionais analisadas encontram limitação na própria carta magna, sendo a preponderância de um ou outro princípio decidida de forma casuística. Expõe Barroso que

(...) É evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação.²⁸

Além dos limites constitucionalmente expressos, Luis Roberto Barroso afirma que a verdade e o interesse social seriam claros limites às liberdades de informação, expressão e imprensa. Por óbvio, esses limites não podem ser compreendidos como absolutos. Quanto ao primeiro, o autor afirma que a informação jornalística é marcada pela verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos. Quanto ao segundo, o autor defende a presunção de interesse público quando tratamos de liberdade de informação. Isto porque, na sua opinião, o julgamento pelo que é de interesse público ou não já importa numa espécie de seleção do conteúdo que poderá ser veiculado pelo agente em detrimento de um verdadeiro interesse da coletividade.

Além da verdade e do interesse público, Marcelo Novelino aponta, com base na doutrina espanhola, a forma adequada de transmissão como mais um dos limites às liberdades de informação, expressão e imprensa. Seriam, em sua concepção, três os limites:

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 93.

²⁷ Exemplo de prevalência da liberdade de expressão: “Direito à informação (CF, art. 220). Dano moral. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido.” (RE 208.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-6-03, DJ de 22-8-03).

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 93.

I – veracidade: a velocidade de transmissão das informações os dias de hoje exige uma investigação proporcional, no sentido de que seja feito todo o esforço ‘possível’ para se averiguar a veracidade da informação (“constitucionalmente veraz”). Como os equívocos não serão raridade, o *direito de retificação*, em contrapartida, também deve ser assegurado de maneira rápida;

II – relevância pública: o que se protege é a informação necessária à formação da opinião pública, em razão da sua importância dentro do sistema político. Por isso, a informação deve ser de ‘interesse geral’ ou ‘relevante para a formação da opinião pública’, eixo em torno do qual gira este direito;

III – forma adequada de transmissão: a informação deve ser transmitida de maneira adequada para a formação da opinião pública, sem se estender a aspectos que não interessam a este ponto de vista e sem conter expressões injuriosas ou insultantes às pessoas sobre cuja conduta se informa.²⁹

A respeito deste terceiro elemento, pode-se afirmar que a jurisprudência o utiliza justamente para limitar a atuação da mídia nos casos concretos. Isto porque, por muitas vezes, a imprensa foge ao interesse público e passa a tratar de detalhes da vida privada da pessoa retratada, conforme se observa nas jurisprudências abaixo colacionadas, do TJ/RJ e do STJ, respectivamente:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM REVISTA SEMANAL PUBLICADA PELA RÉ A RESPEITO DE PESSOAS CONDENADAS POR CRIMES DE HOMICÍDIO QUE IMPACTARAM A SOCIEDADE BRASILEIRA, DANDO DESTAQUE A PRIMEIRA AUTORA, INCLUSIVE COM A PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DOS TERCEIRO, QUARTO E QUINTO AUTORES. REJEIÇÃO. REPORTAGEM QUE FAZ EXPRESSA ALUSÃO A ELAS, SENDO POSSÍVEL IDENTIFICÁ-LOS COMO FILHOS DA PRIMEIRA AUTORA. HIPÓTESE DE APARENTE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. DIREITOS À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO. DIREITOS À INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM. DIREITOS DA PERSONALIDADE. ARTS. 5.º, IV, IX, X E XIV E 220, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 12, CAPUT, 17, 20, CAPUT E 21, DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA AOS DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIGNIDADE E RESPEITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 227, CAPUT, DA CARTA MAGNA. PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE COMO INSPIRADOR À APLICAÇÃO DE MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DE DIREITO À IMAGEM E À VIDA PRIVADA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 100, V, DA LEI N.º 8.069/1990. REPORTAGEM QUE SE CONCENTRA NA VIDA COTIDIANA DA PRIMEIRA AUTORA E SEUS FAMILIARES, COM A DESCRIÇÃO DAS ROTINAS E HÁBITOS DO DIA A DIA, LOCAL ONDE RESIDEM E LUGARES POR ELAS FREQUENTADOS, APARÊNCIA FÍSICA DA PRIMEIRA E SUA REAÇÃO AO SE DEPARAR COM OS REPÓRTERES DA REVISTA, ALÉM DE RECORDAR O FATO CRIMINOSO EM QUE SE VIU ENVOLVIDA. ALUSÃO AO NOME

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 423.

COMPLETO E PROFISSÃO DO SEGUNDO AUTOR. INFORMAÇÕES SOBRE A VIDA EDUCACIONAL DOS TERCEIRO, QUARTO E QUINTO AUTORES. RELATOS DE PESSOAS QUE MANTIVERAM CONTATO COM A PRIMEIRA AUTORA E ÊNFASE A DETERMINADOS ACONTENCIMENTOS RELACIONADOS À FAMÍLIA. UTILIZAÇÃO PELA RÉ DO CRIME PRATICADO PELA PRIMEIRA AUTORA COMO SUBTERFÚGIO PARA SE IMISCUIR, DE MANEIRA ABUSIVA E SENSACIONALISTA, NA VIDA CONTEMPORÂNEA DOS AUTORES. PUBLICAÇÃO QUE NÃO SE LIMITOU A TECER CRÍTICAS PRUDENTES OU NARRAR FATOS DE INTERESSE PÚBLICO (ANIMUS CRITICANDI E NARRANDI). LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO EXERCIDA DE FORMA EXCESSIVA E TENDENCIOSA. VIOLAÇÃO ESPECÍFICA À IMAGEM DA PRIMEIRA AUTORA ATRAVÉS DA PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIAS, DESTITUÍDA DA NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VERBAS INDENIZATÓRIAS ARBITRADAS EM CONSONÂNCIA COM A GRADAÇÃO DOS AGRAVOS CAUSADOS, OS PRECEITOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE E AS QUANTIAS FIXADAS EM CASOS SIMILARES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ESPÉCIE. NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO PARA QUE A RÉ SE ABSTENHA DE REALIZAR NOVAS REPORTAGENS QUE REVIVAM O FATO CRIMINOSO. MERO REGISTRO DE UM FATO SOCIAL QUE GOZA DE RECONHECIMENTO HISTÓRICO E SOCIAL. CENSURA PRÉVIA. JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO, NA FORMA DA SÚMULA N.º 54, DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM HARMONIA COM OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DO ART. 20, § 3.º, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO RECURSO. DESPROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO.³⁰ (*Grifo nosso*).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. **MATÉRIA JORNALÍSTICA. EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR CONDENATÓRIO.** EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO NA ORIGEM. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. 1. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, **os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento, apesar de merecedores de relevante proteção constitucional, não possuem caráter absoluto, encontrando limites em outros direitos e garantias constitucionais não menos essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem.** 2. **No desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros.** 3. A desconstituição das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias - no tocante ao conteúdo ofensivo e antecipatório de injusto juízo de valor contra a honra e a imagem do autor da demanda e à responsabilidade dos réus pelo dever de indenizar os danos morais - ensejaria incursão no acervo fático-probatório da causa, o que, como consabido, não se coaduna com a via do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n.º 7/STJ. 4. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula n.º 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso. 5. Indenização fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), compreendendo a divulgação descuidada da matéria jornalística tanto no noticiário radiofônico como no televisivo, fixando-se um só valor para as ambas as condutas. 6. A atualização

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0236835-44.2013.8.19.0001. Décima Quarta Câmara Cível. Desa. Jaqueline Lima Montenegro. Julgamento em 15.03.2016.

monetária da indenização fixada e o acréscimo decorrente da incidência de juros legais de mora não servem ao propósito de demonstrar sua eventual exorbitância para fins de redução na via especial. 7. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem a partir da data do fato. Súmula nº 54/STJ. 8. Agravo interno não provido.³¹ (*Grifo nosso*).

Como se vê, os limites às liberdades de expressão, de comunicação e de imprensa deverão ser casuisticamente verificados, não se podendo falar em prevalência *prima facie* dos mesmos.

A respeito dos limites impostos pela Constituição, salienta Alexandre de Moraes que:

(...) A competência do Poder Público, em termos de comunicação social, (...) não pode ser confundida com a possibilidade de retorno à censura prévia e com a possibilidade de atitude seletiva de obrigatoriedade compulsória por parte do Estado à toda sociedade, sob pena de grave ferimento à garantia constitucional de liberdade de expressão.³²

Sendo deste modo, tem-se que a apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais. Por tal motivo, o constituinte originário conferiu à União competência para legislar sobre: (i) regulação de diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza dos mesmos, faixas etárias de recomendação, locais e horários em que as manifestações mostrem-se adequadas; (ii) estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas de TV, rádio, ou quaisquer outros que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Frise-se que os limites impostos pelo constituinte não configuram censura prévia nem seletividade por parte do Poder Público. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130, relativa à Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), entendeu pela inconstitucionalidade dos dispositivos que avultavam a possibilidade de censura prévia.³³

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1238093/RS. Agravante: Rádio Gaúcha S/A. Agravados: Lasier Costa Martins e Beno David Jovchelevich. Terceira Turma Recursal. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 22.08.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 06.09.2017.

³² MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 867.

³³ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 – Lei de Imprensa. Liminar monocraticamente concedida pelo relator. Referendum pelo Tribunal Pleno. Em que pese a ressalva do relator quanto à multifuncionalidade da ADPF e seu caráter subsidiário, há reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade do instituto. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da

Por fim, é necessário afirmar que todos os limites legalmente impostos ao exercício das liberdades constitucionais tomam por base a dignidade da pessoa humana, fundamento da República que jamais poderá ser mitigado.

República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apoia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). A Lei n. 5.250/67 não parece serviente do padrão de Democracia e de Imprensa que ressaui das pranchetas da Assembleia Constituinte de 87/88. Entretanto, a suspensão total de sua eficácia acarreta prejuízos à própria liberdade de imprensa. Necessidade, portanto, de leitura individualizada de todos os dispositivos da Lei n. 5.250/67. Procedimento, contudo, que a prudência impõe seja realizado quando do julgamento de mérito da ADPF. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão ‘a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem’); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado ‘e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa’); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei n. 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhes, contudo, as normas da legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.” (ADPF 130-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 27-2-08, Plenário, DJE de 7-11-08).

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Antes de adentrar ao conteúdo deste capítulo propriamente dito, é necessário afirmar que toda a pesquisa aqui apresentada encontra fundamento na doutrina do Direito Civil Constitucional. É com base nela que se afirma que a dignidade da pessoa humana – insculpida como fundamento da República no art. 1º, inciso III, CRFB/88 – e os direitos constitucionais da personalidade são verdadeiros limites ao exercício das liberdades de informação, expressão e imprensa.

Em outras palavras, a presente pesquisa não busca fundamento na doutrina da posição preferencial apresentada no capítulo precedente porque não se vislumbra a possibilidade de defender a prevalência *prima facie* da publicidade de dados pessoais em detrimento de direitos inerentes ao ser humano.

Isto posto, os tópicos que se segue serão dedicados à análise do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tido como fundamental para compreensão dos Direitos da Personalidade, em especial do Direito ao Esquecimento.

3.1.O princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicabilidade quanto aos direitos da personalidade

3.1.1. Aspectos históricos

Etimologicamente, o termo “dignidade” provém do latim *dignitas*, significando prestígio, mérito, nobreza. Nesse sentido, estaria vinculado ao sujeito ou a instituição socialmente importante, merecedor (a) de grande estima. De acordo com McCrudden, essa noção de dignidade remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal³⁴.

Neste primeiro momento, a dignidade estava altamente vinculada à posição social ocupada pelo sujeito ou ao prestígio da instituição. De acordo com o Ministro Barroso, “da

³⁴ MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of International Law, n. 19, 2008, p. 655-667.

dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais”.³⁵

Percebe-se que neste primeiro momento a dignidade não estava relacionada aos direitos humanos. Pelo contrário, estava vinculada à concepção hierarquizada de uma sociedade onde a separação de indivíduos por categorias era comum e característica dos arranjos institucionais.

De acordo com o Ministro Luis Roberto Barroso,

Não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade humana como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitas hominis*. Incorporada em documentos internacionais, tratados e constituições como a base para uma ordem nacional e internacional fundada sobre a liberdade e a igualdade — muitos acrescentariam a solidariedade —, não parece possível, de modo algum, associar ambas as ideias em uma relação linear de sucessão.³⁶

Sendo deste modo, tem-se que a concepção de dignidade nascida na Roma antiga não se confunde com a atual. De acordo com Ricardo Soares, esta tem origem em um contexto diferente – filosófico e religioso – que em nada se confunde com aquela, mas que talvez seja tão antiga quanto.³⁷

De acordo com Luís Roberto Barroso, a dignidade humana tal como se conhece atualmente parte do pressuposto de que cada ser humano tem um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.³⁸ Perceba-se que nesse contexto não se fala mais em sujeitos específicos, detentores de posições sociais bem delimitadas, pelo contrário, ao menos na teoria todos são colocados em igual posição e possuem os mesmos direitos. São inúmeras as religiões, teorias e concepções filosóficas que buscam explicar essa visão metafísica.

O primeiro registro da utilização da expressão “dignidade do homem” no sentido supracitado é atribuído ao estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero, no seu tratado *De*

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 15.

³⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 15.

Officis, de 44 a.C., em uma passagem na qual ele distingue a natureza dos homens da dos animais, a qual se transcreve:

Mas é essencial a todas as investigações sobre o dever, que nós mantenhamos diante de nossos olhos o quão superior o homem é, por natureza, do gado e de outros animais: eles não têm pensamento, exceto para o prazer carnal, e à procura disso eles são impelidos por cada instinto, mas a mente do homem é alimentada pelo estudo e pela meditação; ele está sempre investigando ou agindo, e é cativado pelo prazer de ver e ouvir (...). Disso nós vemos que o prazer carnal não está a altura da dignidade do homem e que devemos desprezá-lo e afastá-lo de nós; mas, caso se encontre alguém que atribui algum valor para a gratificação carnal, ele deve se manter estritamente dentro dos limites da indulgência moderada. Os desejos e satisfações físicas de alguém devem, portanto, ser orientados de acordo com as exigências da saúde e da força, não obedecendo aos chamados do prazer. E se tivermos em mente a superioridade e a dignidade da nossa natureza, devemos perceber quão errado é abandonar-nos ao excesso e viver na luxúria, voluptuosamente, e quão correto é viver de forma parcimoniosa, com autonegação, simplicidade e sobriedade.³⁹

Vê-se, portanto, que as reflexões sobre a dignidade humana têm início no período clássico. De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial são marcos dessas reflexões⁴⁰. Pode-se afirmar que as marcas deixadas por esses movimentos históricos contribuíram para a construção da atual concepção de dignidade.

De acordo com Barroso, sob o ponto de vista religioso, o monoteísmo hebraico tem sido considerado o ponto de partida do conceito de dignidade humana. Para o autor, as ideias centrais da dignidade podem ser encontradas em versículos do Velho Testamento (Bíblia Judaica)⁴¹ que posteriormente foram reproduzidos no Novo Testamento cristão.⁴²

Não se pode negar a grande contribuição do cristianismo para o desenvolvimento do conceito de dignidade humana, mas também não se pode negar que a atuação da Igreja Católica enquanto instituição não foi muito compatível com as máximas irretocáveis dos textos bíblicos. De acordo com o Ministro Barroso:

³⁹ CÍCERO, Marco Tulio. *De officis*. Capítulo XXX, fls. 105-107, disponível em <http://www.constitution.org/rom/de_officiis.htm> Acesso em 17.09.2017.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 16.

⁴¹ Máximas como “Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança” (Gênesis, cap. 1, vers. 26-27) “e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo” (Levítico, cap. 19, vers. 18) são consideradas fundamentais para o desenvolvimento da noção de dignidade humana.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p.16.

Devido à sua influência decisiva sobre a civilização ocidental, muitos autores enfatizam o papel do cristianismo na formação daquilo que veio a ser conhecido como dignidade humana, encontrando nos Evangelhos elementos de individualismo, igualdade e solidariedade que foram fundamentais no desenvolvimento contemporâneo da sua abrangência. É difícil exagerar o papel que o cristianismo em geral, assim como a Igreja Católica e os reis e filósofos católicos, desempenhou na história da cultura europeia, particularmente após o século IV. Não deve ser ignorado, contudo, que a Igreja em si, como uma instituição humana, tem estado em desacordo com a dignidade humana em diversas ocasiões, incluindo sua participação na divisão da sociedade em propriedades, no apoio à escravidão e na perseguição de ‘hereges’ como até os fiéis mais devotos reconhecem. Após o Renascimento, a lenta mas constante secularização da sociedade progressivamente reduziu a influência temporal da religião.

No que diz respeito à origem filosófica, conforme dito anteriormente, o estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro a se debruçar sobre a racionalidade que, em tese, diferencia o ser humano dos outros animais e o faz ser detentor de uma dignidade intrínseca. De acordo com Hubert Cancik, estudioso do período clássico, o conceito surgiu com contornos puramente filosóficos, derivados da tradição política romana, sem qualquer conotação ou conexão religiosa. Desde essa primeira utilização, ele tem sido associado com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais.⁴³

Caminhando na história, pode-se afirmar que durante toda a Idade Média a noção religiosa e a concepção de dignidade humana estiveram intrinsecamente vinculadas. De acordo com o Ministro Barroso, foi apenas em 1486, com Giovanni Picco, Conde de Mirandola, que a *ratio philosophica* começou a se afastar de sua subordinação à *ratio theologica*.⁴⁴ Picco escreveu o famoso discurso *Oratio de Hominis Dignity* (“Oração Sobre a Dignidade do Homem”), justificando a importância da busca humana pelo conhecimento e trazendo o homem e a razão para o centro do mundo. Por força de suas ideias libertárias, foi considerado herege pela Igreja e sua obra foi proibida pela Inquisição.

Outras grandiosas contribuições literárias do período poderiam ser aqui citadas, mas a verdade é que o conceito de dignidade ganhou verdadeiro impulso com o surgimento do movimento Iluminista. De acordo com Luís Roberto Barroso:

Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a

⁴³ CANCIK, Hubert. “‘Dignity of Man’ and ‘Persona’ in stoic anthropology: some remarks on Cicero, De Officiis I 105-107”. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart. *The concept of human dignity in human rights discourse*. Londres: Kluwer Law Internacional, 2002, p. 27. Disponível em: <<https://www.tib.eu/de/suchen/id/BLCP%3ACN046480132/%60Dignity-of-Man-and-%60Persona-in-Stoic-Anthropology/>>. Acesso em 12.10.2017.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 18.

manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais.⁴⁵

O movimento iluminista foi responsável pela emancipação dos ideais cristãos que até então norteavam o atuar da sociedade. Com uma enxurrada de reflexões políticas e filosóficas, o conceito de dignidade se aproximou do de tolerância e liberdade, também essenciais ao ser humano, e desde então vem sendo aperfeiçoado por filósofos e juristas.

Por fim, não se pode olvidar a menção ao marco histórico mais impactante à noção de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. De acordo com o professor Luís Roberto Barroso:

Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra. Nessa teoria jurídica renovada, na qual a interpretação das normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos, a dignidade humana desempenha um papel proeminente.⁴⁶

A maior parcela da população mundial repudia as atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial. Como se nota nas palavras supratranscritas, após os inúmeros casos de violação de direitos humanos, o mundo tratou de se armar positivamente: surgiram inúmeras legislações, estudos e reflexões no sentido de proteger o homem, as suas diferenças, a sua dignidade.

De acordo com Anderson Schreiber, diversos países – dentre os quais figura o Brasil – promoveram releituras de suas legislações, de modo a fazer com que a dignidade humana assumisse posição central nos ordenamentos jurídicos. Trata-se de uma abordagem mais

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 19.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 19-20.

humanista e solidária das relações jurídicas, em detrimento do materialismo e liberalismo que até então prevaleciam.⁴⁷

Tento em vista o contexto supramencionado, o brilhante civilista afirma que:

(...) a visão cientificista do direito cede espaço a um viés mais principiológico e valorativo, que estimula o reenvio da solução dos casos concretos a um patamar mais elevado dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a dignidade humana tem sido diretamente aplicada a um sem-número de casos concretos. Sua invocação tem se tornado cada vez mais frequente não apenas nos debates acadêmicos, mas também nas motivações das decisões judiciais, nas peças advocatícias, nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei e assim por diante.⁴⁸

Superada a breve digressão histórica e diante da crescente aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, questiona-se: qual é o seu conteúdo? Sobre este ponto se dedicará o próximo tópico da presente monografia.

3.1.2. Conceito

Diante de todo o exposto no tópico antecedente, torna-se necessário refletir sobre o conceito de dignidade da pessoa humana. Por razões óbvias, definir o que seria a dignidade não é tarefa fácil e inúmeras foram as tentativas feitas até hoje por juristas e filósofos sem que, contudo, tenha se atingido uma noção fechada.

Considerando que a condição ontológica do ser humano é de um ser mutável, dinâmico e submetido aos influxos histórico-sociais, o conceito de dignidade da pessoa humana não será propriamente lógico-jurídico, porquanto não se pode defini-la em termos universais e absolutos. A delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser procurada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmação dos valores que integram a experiência concreta e permanentemente inconclusa dos direitos humanos fundamentais.⁴⁹

Nessa linha, afirma Ricardo Soares que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana deve ser encarado como uma cláusula geral, servindo não só de base para a

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 7.

⁴⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op. cit. p. 142.

compreensão e a tutela do conjunto dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também como elemento de conexão entre as normas rígidas e a contínua necessidade de mudança de conteúdo de determinados valores, ante um ambiente social de frequentes transformações, operando, dentre de certos limites, a adaptação do sistema jurídico às novas exigências na interpretação desses valores.⁵⁰

Por tais motivos, as tentativas de conceituar a dignidade da pessoa humana são dotadas de grande grau de abstração, como se passa a demonstrar.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca do Direito à Felicidade.⁵¹

Na mesma linha conceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁵²

Para Anderson Schreiber, a dignidade humana é “o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana”.⁵³ De acordo com o autor, “seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.”⁵⁴

⁵⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op. cit. p. 143.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 18.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 8.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 8.

Como se observa, os conceitos apresentados identificam um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todos os seres humanos pelo simples fato de serem pessoas. Frise-se que aqui não se fala em cidadania, mas sim em humanidade. A dignidade é inerente a todos os homens, por mais que alguns não sejam considerados cidadãos ou, por qualquer motivo, não estejam vinculados a quaisquer ordenamentos jurídicos.

Ademais, de acordo com os conceitos apresentados, qualquer tentativa de degradação ou coisificação do homem deve ser repugnada. Nessa linha, Ana Barcellos, estudiosa do tema, afirma que um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa humana como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio.⁵⁵

Contudo, é importante esclarecer que a amplitude do conceito de dignidade da pessoa humana pode dar margem a interpretações diversas e inadequadas do princípio, culminando a perda de sua essência. Salienta Luis Roberto Barroso que:

Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão [dignidade da pessoa humana], sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas.⁵⁶

Anderson Schreiber sustenta que o aplicador do direito deve estar atento ao conteúdo atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. Exemplificando, afirma o civilista:

‘Para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental’. A vistosa afirmação é de Jorge Rafael Videla, cruel ditador da América Latina, responsável pelo golpe que destruiu Isabelita Perón e conduziu a Argentina Pa mais sanguinolenta ditadura de sua História. A surpreendente autoria revela como a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado. Pior: seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea.⁵⁷

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 7-8.

Diante das ressalvas apresentadas pela doutrina, resta claro que o intérprete do direito deve dedicar especial atenção a aplicação casuística do princípio da dignidade da pessoa humana, visando evitar a sua banalização.

Com o intuito de trabalhar os contornos do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á ao tratamento do mesmo nos termos da Constituição da República de 1988.

3.1.3. O tratamento dado pelo Sistema Constitucional Brasileiro

A dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República pela Constituição de 1988 (art.1º, inc. III, CFRB/88).⁵⁸ Para estudiosos como Evilásio Filho, ao classificar a dignidade como fundamento o legislador lhe conferiu a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, capaz de orientar a compreensão de todos os direitos e garantias presentes na Carta Magna.⁵⁹

De acordo com Gustavo Tepedino:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.⁶⁰

De acordo com Luis Roberto Barroso, embora a dignidade da pessoa humana seja tratada como fundamento da República, seu conteúdo é de princípio fundamental. Em suas palavras:

⁵⁸ Nas Constituições brasileiras anteriores a 1988 a expressão “dignidade humana” estava quase sempre relacionada ao conceito de “trabalho”, por força socialização do Estado liberal. Tem-se como exemplo o art. 157, inciso II, da Constituição de 1967, onde se encontra “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” como um dos princípios da Ordem Econômica.

⁵⁹ RAMOS FILHO, Evilásio de Almeida. op. cit. p. 27.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Sergipe, n. 3, 2002, p. 43.

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.⁶¹

Em complementação, afirma Edilson Pereira de Farias que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Destarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no título II da Constituição Federal de 1988, traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º e 11), ou dos direitos políticos (art. 14 a 17).⁶²

Considerando a alta fluidez do tema, alguns estudiosos da dignidade humana buscam tratar de suas dimensões para que, no caso concreto, se possa verificar a incidência ou não do princípio.

De acordo com Ricardo Soares, a dignidade humana possui duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva apresenta subdivisão em status negativo e positivo. O status negativo da dignidade corresponde ao direito de resistir à intervenção estatal na esfera de liberdade individual. Por sua vez, o status positivo diz respeito à liberdade individual que pressupõe a ação estatal, isto é, ao Estado se atribui a obrigação de agir e implementar uma condição mínima de subsistência aos seus cidadãos. Já a dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana está baseada na percepção de que os direitos fundamentais independem dos seus titulares, apresentando como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos de ação positiva dos Poderes Públicos.⁶³

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 319-320.

⁶² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 66.

⁶³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op. cit. p. 144.

O autor ainda analisa a capacidade de produção de efeitos jurídicos pelo princípio da dignidade da pessoa humana com base em três acepções: positiva, negativa e hermenêutica.

Para ele:

A eficácia positiva consiste em reconhecer ao beneficiado pela norma jurídica enunciativa de direito fundamental o direito subjetivo de produzir os efeitos inerentes à norma, mediante a utilização de medidas administrativas ou ações judiciais, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável a uma existência digna. De outro lado, a eficácia negativa visa a limitar a atuação do Poder Estatal e de particulares que buscam ofender a esfera de liberdade dos cidadãos, conferindo a estes a prerrogativa de questionarem a validade de todas as normas que forem de encontro com os diversos aspectos de uma existência digna, ferindo o conteúdo ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, o plano hermenêutico indica que o princípio da dignidade da pessoa humana deve orientar a interpretação e aplicação dos demais princípios e regras, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, para que o intérprete escolha, entre as diversas opções, a que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto. Em outras palavras, quando o operador do direito estiver diante de várias interpretações possíveis para a norma, deverá ele optar por aquela que melhor se atenda e se harmonize a uma vida digna.⁶⁴

Nesse contexto, pode-se afirmar que o pesquisador pretende criar parâmetros para análise do princípio da dignidade da pessoa humana e sua real incidência no caso concreto.

Pode-se afirmar, ainda, que além dos pontos suscitados por Ricardo Soares, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado, por vezes, para justificar a imposição de restrições a direitos fundamentais, tais como as liberdades de informação, expressão e imprensa, abordadas em capítulo anterior. Visando demonstrar a aplicação prática do princípio no sentido supramencionado, apresentam-se as jurisprudências abaixo, colacionadas do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. EXTRAPOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAR. OFENSA À HONRA CONFIGURADA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CONDENAÇÃO À PUBLICAÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. LEI DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO. STF. ADPF Nº 130/DF. OBRIGAÇÃO DE FAZER INSUBSISTENTE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU CONSTITUCIONAL. DIREITO CONSTITUCIONAL DE RESPOSTA. DISTINÇÃO. 1. **Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento, apesar de merecedores de relevante proteção constitucional, não possuem caráter absoluto, encontrando limites em outros direitos e garantias**

⁶⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. op. cit. p. 145-146.

constitucionais não menos essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana, tais como o direito à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem. 2. No desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros. 3. A desconstituição das conclusões a que chegou o Tribunal de origem – no tocante ao conteúdo ofensivo da matéria jornalística publicada na revista VEJA com o título ‘Sequestro Fajuto’ e à responsabilidade da editora ré pelo dever de indenizar os danos morais dessa publicação resultantes – ensejaria incursão no acervo fático-probatório da causa, o que, como consabido, não se coaduna com a via do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula nº 7/STJ. 4. A partir do julgamento definitivo da ADPF nº 130/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, restou reconhecida a não recepção da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) pela Constituição Federal de 1988 e, com isso, a inaplicabilidade do art. 75 daquele diploma legal, que estabelecia que a sentença cível (ou criminal), transitada em julgado, deveria ser publicada, a pedido do interessado e por determinação da autoridade competente, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada. 5. É assente na jurisprudência da Segunda Seção que o direito de impor ao ofensor o ônus de publicar integralmente a decisão judicial condenatória proferida em seu desfavor, que não se confunde com o direito constitucional de resposta, não encontra fundamento direto na legislação vigente e tampouco na Constituição Federal, não sendo abrangido também pelo princípio da reparação integral do dano, norteador da legislação civil brasileira. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente provido.⁶⁵ (*Grifo nosso*).

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATOS PRATICADOS POR DEPUTADO FEDERAL. OFENSAS VEICULADAS PELA IMPRENSA E POR APLICAÇÕES DE INTERNET. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ALCANCE DE LIMITAÇÕES. ATOS PRATICADOS EM FUNÇÃO DO MANDATO LEGISLATIVO. NÃO ABRANGÊNCIA DE OFENSAS PESSOAIS. VIOLÊNCIA À MULHER. INTIMIDAÇÃO E REDUÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL FEMININA DA RECORRIDA. 1. Ação ajuizada em 16/12/2014. Recurso especial interposto em 25/04/2016 e atribuído a este gabinete em 03/10/2016. 2. O propósito recursal consiste em determinar o alcance da imunidade parlamentar por ofensas veiculadas tanto no Plenário da Câmara dos Deputados quanto em entrevista divulgada na imprensa e em aplicações na internet. 3. A imunidade parlamentar é um instrumento decorrente da moderna organização do Estado, com a repartição orgânica do poder, como forma de garantir a liberdade e direitos individuais. 4. Para o cumprimento de sua missão com autonomia e independência, a Constituição outorga imunidade, de maneira irrenunciável, aos membros do Poder Legislativo, sendo verdadeira garantia institucional, e não privilégio pessoal. 5. **A imunidade parlamentar não é absoluta, pois, conforme jurisprudência do STF, ‘a inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores, por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição da Republica, é inaplicável a crimes contra a honra**

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1297426/RO. Recorrente: O Estadão de São Paulo S/A. Recorrido: Vinhos Duelo LTDA. Terceira Turma Recursal. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03.11.2015. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 10.11.2015.

cometidos em situação que não guarda liame com o exercício do mandato'. 6. Na hipótese dos autos, a ofensa perpetrada pelo recorrente, segundo a qual a recorrida não 'mereceria' ser vítima de estupro, em razão de seus dotes físicos e intelectual, não guarda nenhuma relação com o mandato legislativo do recorrente. 7. Considerando que a ofensa foi veiculada em imprensa e na Internet, a localização do recorrente, no recinto da Câmara dos Deputados, é elemento meramente accidental, que não atrai a aplicação da imunidade. 8. **Ocorrência de danos morais nas hipóteses em que há violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito extrapatrimonial, seja praticando em relação à sua dignidade qualquer 'mal evidente' ou 'perturbação'**. 9. Ao afirmar que a recorrida não 'mereceria' ser estuprada, atribuiu-se ao crime a qualidade de prêmio, de benefício à vítima, em total arrepio do que prevê o ordenamento jurídico em vigor. Ao mesmo tempo, reduz a pessoa da recorrida à mera coisa, objeto, que se submete à avaliação do ofensor se presta ou não à satisfação de sua lascívia violenta. O 'não merece ser estuprada' constitui uma expressão vil que menospreza de modo atroz a dignidade de qualquer mulher. 10. Na hipótese dos autos, a ofensa à dignidade da recorrida é patente, e traz embutida em si a clara intenção de reduzir e prejudicar a concepção que qualquer mulher tem de si própria e perante a sociedade. 11. Recurso especial não provido.⁶⁶ (*Grifo nosso*).

Como se observa nas jurisprudências supra, o princípio da dignidade da pessoa humana é base para o reconhecimento do sujeito como o elemento mais importante do ordenamento jurídico. É também por esse motivo que se sustenta, no início deste capítulo, que não pode haver a alocação dos direitos à informação, expressão e imprensa em posição preferencial, principalmente quando estes direitos são sustentados perante aqueles inerentes ao ser humano, isto é, perante os direitos da personalidade.

É com base no princípio da dignidade da pessoa humana que se afirma que os direitos da personalidade compõe conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de todos os seres humanos. De modo que negar, *prima facie*, a aplicação de um desses direitos seria o mesmo que negar a dignidade humana.

Sobre a ligação entre dignidade e direitos da personalidade, manifesta-se Ingo Sarlet: "é com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1642310/DF. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro. Recorrida: Maria do Rosário Nunes. Terceira Turma Recursal. Relatora: Nancy Andriighi. Julgamento: 15.08.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 18.08.2017.

poderá admitir, também entre nós e apesar do Constituinte neste particular, a consagração – ainda de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.”⁶⁷

Com base na reflexão supra, pode-se afirmar que a ligação entre os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana é indissolúvel e que a última é o fundamento da primeira, conforme se passa a demonstrar nos tópicos que se seguem.

⁶⁷ SARLET, Ingo. op. cit. p. 85.

4. DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA PERSONALIDADE

4.1. Aspectos históricos

De acordo com Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, os direitos da personalidade constituem construção jurídica relativamente recente, fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.⁶⁸

À luz da obra de Anderson Schreiber, afirma-se que após duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba-atômica no curto período histórico compreendido entre 1914 e 1945, a sensação generalizada de fragilidade provocou um “armamento” positivo dos ordenamentos jurídicos em torno do propósito de preservação da humanidade.⁶⁹ Ressaltam Rosenvald e Farias que “era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça.”⁷⁰

Tendo em vista o contexto supracitado, em 1948 foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem, onde no preâmbulo se afirmou expressamente que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

De acordo com Rosenvald e Farias, os Códigos Civis, como um todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (*Code de France*), o alemão (*BGB*) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência, até porque a categoria ainda não era tutelada pelos ordenamentos jurídicos. Após a Segunda Guerra Mundial, os Códigos começaram a ser paulatinamente reformados, de modo que, na atualidade, a maioria venha a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade.⁷¹

⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Parte Geral*. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 181.

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 6.

⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 183.

⁷¹ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 183.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a base do tratamento legislativo dos direitos da personalidade advém do Direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ocorridos no território do país, que até hoje são marcas violentas em sua história.

Segundo Rosenvald e Farias, no Brasil, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçados à altitude legislativa por normas esparsas e consagrados pela Carta Magna de 1988. Ressaltam os autores que a matéria já havia sido objeto de análise no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, na década de 1960. Para os doutrinadores, em dezesseis artigos, o Projeto cuidava amplamente da matéria, inclusive emprestando disciplina mais profunda do que a legislação vigente.⁷²

Anderson Schreiber também manifesta descontentamento com o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 à matéria. Segundo o autor:

(...) O Código Civil incorreu em alguns equívocos sérios no tratamento dos direitos da personalidade. Há, como é natural, falhas pontuais e deslizes técnicos, que ocorrem na maior parte das leis, mas há também enganos maiores. Contaminado pelo espírito de seu tempo, o Código Civil acabou tratando dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos.⁷³

Apesar do acanhamento da legislação vigente, Rosenvald, Farias e Schreiber concordam que o reconhecimento expresso dos direitos da personalidade pelos arts. 11 a 21 do Código Civil vigente é positivo e representa um avanço do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar do tratamento dado pelo Código Civil brasileiro, salientam Rosenvald e Farias que muitos ordenamentos jurídicos, visando à efetividade da dignidade do homem, têm entendido que o melhor caminho legislativo a seguir é inscrever nos textos constitucionais os direitos da personalidade.⁷⁴ Segundo os autores, “ganha corpo, desta maneira, o movimento

⁷² ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 184.

⁷³ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 12.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 183.

de constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana, como se percebe das experiências espanhola e italiana”.⁷⁵

4.2. Conceito

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, foi dito algumas vezes que se adota uma análise do Direito Civil à luz da Constituição Federal, isto é, o Direito Civil-Constitucional. Dessa forma, a presente monografia se afasta do direito puramente patrimonial e se aproxima do direito existencial, dentro do qual se inserem os direitos da personalidade.

Visando sustentar a percepção dos direitos da personalidade sob a ótica Civil-Constitucional, bem como sua relação com a dignidade da pessoa humana, transcreve-se a manifestação de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

É preciso estampar em cores nítidas a ideia de que a matéria (direitos da personalidade) necessita ser enxergada, nos dias de hoje, sob a ótica civil-constitucional, em razão das importantes opções firmadas pela *Lex Legum*. A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira.

Em síntese estreita: os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade.⁷⁶

Assim como ocorre com o conceito de dignidade da pessoa humana, o conceito de direitos da personalidade é dotado de alto grau de fluidez e vem sofrendo modificações ao longo do tempo, de forma que qualquer conceito aqui apresentado é passível de críticas e revisões. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, tratam-se de “direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 183.

⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 184-185.

físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica”.⁷⁷

Nessa linha, acredita-se que os direitos da personalidade possibilitam a atuação na defesa da própria pessoa – seja em seu aspecto físico, psíquico, moral ou intelectual –, compondo-se de um conjunto de prerrogativas reconhecidas ao ser, atinente aos seus diferentes aspectos em si mesma, às suas projeções e seus prolongamentos.⁷⁸

Para o professor Carlos Bittar:

Os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outros plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária – e, dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.⁷⁹

Em linhas gerais, e à luz dos ensinamentos dos brilhantes professores Carlos Bittar e Orlando Gomes, afirma-se que os direitos da personalidade são aqueles essenciais à pessoa humana, a fim de resguardar a sua própria dignidade.⁸⁰

Para sedimentar a íntima relação entre direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, o CJF aprovou, na IV Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 274, com o seguinte conteúdo: “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 (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

4.3. Características

Em breve apanhado doutrinário, foram encontradas diversas características atribuídas aos direitos da personalidade. Não obstante, apenas algumas foram selecionadas para serem

⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 184.

⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. op. cit. p. 184.

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.

7.

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 156.

aqui tratadas, dada a pertinência para os tópicos subseqüente. São elas: absolutismo, generalidade, extrapatrimonialidade, indisponibilidade relativa, imprescritibilidade e vitaliciedade.

O caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua oponibilidade *erga omnes*. Em outras palavras, afirma-se que a relevância desses direitos impõe um dever geral de abstenção, de respeito. Sob esse ângulo, têm caráter geral, porque são inerentes a toda pessoa humana.

Outra característica dos direitos da personalidade é a extrapatrimonialidade, que consiste, em linhas gerais, na impossibilidade de apreciação econômica desses direitos. Em princípio, há uma ausência de conteúdo econômico patrimonial direto, aferível objetivamente, não obstante, sob alguns aspectos, os casos de violação gerem efeitos econômicos. Para fins de esclarecimento, transcreve-se da obra de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. São valores existenciais e, por conseguinte, não são susceptíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a estes valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material, surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.⁸¹

Os direitos da personalidade são relativamente indisponíveis, porque podem ser limitados voluntariamente, desde que essa limitação não ocorra de forma permanente nem geral. Esse é o entendimento que se extrai da cumulação do art. 11⁸² do Código Civil vigente com os Enunciados nos. 4^{o83}, 139⁸⁴ e 532⁸⁵, do Conselho da Justiça Federal.

Sobre o tema, esclarecem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

⁸¹ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 190-191.

⁸² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁸³ Enunciado 4º, I Jornada de Direito Civil – “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

⁸⁴ Enunciado 139, III Jornada de Direito Civil – “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”

⁸⁵ Enunciado 532, VI Jornada de Direito Civil – “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.”

(...) muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a possibilidade do titular de um direito da personalidade dele dispor, desde que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade.

(...) É dizer: em casos específicos (não são todos!), limitados pela afirmação da própria *dignidade humana* e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de *alguns* dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.⁸⁶

Em regra, a cessão de direitos da personalidade deve ser feita pelo próprio titular do direito, se tratando, portanto, de ato personalíssimo. Com a finalidade de demonstrar a aplicação jurisprudencial da indisponibilidade relativa dos direitos da personalidade, colaciona-se a seguinte ementa de Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTA CONJUNTA. CHEQUES FRAUDULENTOS. DESCONTO IRREGULAR. INSCRIÇÃO DO NOME DO CORRENTISTA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXECUÇÃO. PENHORA DE BENS. ESTORNO DOS VALORES PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUITAÇÃO DADA POR UM DOS CORRENTISTAS. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PLEITEADA PELO OUTRO. POSSIBILIDADE. **DIREITOS DA PERSONALIDADE. INDISPONIBILIDADE POR ATO DE OUTREM.** DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. 1. A conta conjunta é modalidade de conta de depósito à vista, com a peculiaridade de ter mais de um titular. Nela, como é próprio desse tipo de conta, o dinheiro dos depositantes fica à disposição deles para ser sacado a qualquer momento. Nesse passo, os titulares da conta são credores solidários da instituição financeira em relação aos valores depositados. Trata-se, assim, de solidariedade ativa no que respeita à movimentação dos valores em conta. 2. Retirados irregularmente valores da conta-corrente mantida pelos cônjuges, ambos são credores solidários da instituição financeira em relação à quantia subtraída, podendo qualquer deles dar quitação relativa ao ressarcimento dos valores, nos moldes do art. 900 do Código Civil de 1916. 3. No caso em análise, o banco se cingiu a estornar as quantias dos correntistas. Nesse contexto, a quitação dada ao banco por um dos correntistas a só esse fato se refere, ao dano material, buscando o co-correntista agora apenas a reparação por danos morais, nada requerendo quanto aos valores descontados irregularmente e restituídos pelo banco. 4. A alegação de que o documento firmado pela esposa do recorrido isenta o recorrente de responsabilidade quanto aos danos morais ocorridos, não encontra respaldo sequer na ordem cronológica dos fatos. 5. O dano moral é resultado de lesão aos direitos da personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integridade física, ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros. Trata-se de direitos indisponíveis, isto é, intransmissíveis e inalienáveis. **6. É certo que essa intransmissibilidade é**

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 188.

relativa, pois o impedimento é de que o titular abra mão de seu direito em caráter permanente ou total. Porém, pode ceder seu exercício (não sua titularidade) em caráter parcial e transitório. Entretanto, ainda nessa situação, é o próprio titular que, por ato próprio, pode fazer a cessão. 7. Assim, não poderia a esposa do recorrido, por ato próprio, renunciar ao direito de o marido exigir reparação pelos danos à honra por ele experimentados. 8. Não há similitude fática entre os arestos confrontados a amparar a interposição do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. 9. Recurso especial conhecido em parte e não provido.⁸⁷ (*Grifo nosso*).

Inexiste um prazo extintivo para o exercício dos direitos da personalidade, daí porque são caracterizados como imprescritíveis. A imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade.

Ressalte-se que a imprescritibilidade dos direitos da personalidade diz respeito aos efeitos do tempo para aquisição ou extinção desses direitos, não se devendo confundir com a prescritebilidade da pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade. No caso de violação a um direito da personalidade, nasce para o titular do direito a pretensão de obter indenização pelos danos sofridos, que prescreverá, genericamente, no prazo de 03 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, inc. V⁸⁸, do Código Civil vigente.

Por fim, afirma-se que os direitos da personalidade são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa humana até a sua morte. Daí porque a característica vitaliciedade.

Nada obstante, deve-se ressaltar a previsão do art. 12, parágrafo único, do Código Civil vigente, segundo a qual, em se tratando de morto, o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau terá legitimidade para requerer que cesse ameaça ou lesão a direito da personalidade, bem como para reclamar perdas e danos. Estes são chamados pela doutrina de lesados indiretos, posto que:

[Os lesados indiretos] estão legitimados para reclamar, em nome próprio, a proteção aos seus direitos da personalidade, consubstanciados na defesa da personalidade do

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 669914/DF. Recorrente: Banco ABN AMRO REAL LTDA. Recorrido: Sérgio Augusto Santos de Moraes. Quarta Turma Recursal. Relator: Raul Araújo. Julgamento: 25.03.2014. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 04.04.2014.

⁸⁸ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V - a pretensão de reparação civil.

cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes (mortos), em linha reta ou colateral até o quarto grau. Nesse caso, o dano ocorre depois da morte da pessoa, atingindo, diretamente, ao morto (que não mais tem personalidade), e, por igual, indiretamente aos seus parentes e cônjuge ou companheiro vivos. Por isso, são designados *lesados indiretos*.⁸⁹

4.4. Classificação

Com amparo na doutrina de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias⁹⁰, pode-se indicar a existência de três grupos de direitos da personalidade, quais sejam:

- (i) Aqueles que envolvem a integridade física do sujeito, tais como o direito à vida, ao corpo, à saúde ou inteireza corporal, direito ao cadáver, dentre outros;
- (ii) Aqueles que envolvem a integridade intelectual do sujeito, tais como o direito à autoria científica ou literária, à liberdade religiosa e de expressão, dentre outras manifestações;
- (iii) Aqueles que envolvem a integridade moral ou psicológica do sujeito, tais como o direito à honra, à privacidade, à imagem, ao esquecimento, dentre outros.

A classificação acima não é taxativa, até mesmo porque os direitos da personalidade compõe categoria elástica, em constante evolução, o que torna a separação em grupos fechados muito difícil e indesejada. Não obstante, a separação em categorias é útil para delinear os contornos do presente trabalho, que envolve a integridade moral/psicológica da pessoa humana, sobretudo o direito ao esquecimento.

O direito à integridade moral consiste na proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, tutelando, desta feita, a higidez psíquica da pessoa sempre à luz da necessária dignidade humana. Impõe-se, assim, à coletividade como um todo e também ao Poder Público o respeito à integridade psicológica de toda e qualquer pessoa (dever geral de abstenção).⁹¹

Os três tópicos subsequentes são dedicados ao tratamento dos direitos à honra, à vida privada e à intimidade e à imagem, posto que são fundamentais para a correta compreensão do direito ao esquecimento, principal objeto deste trabalho. Antes, porém, de adentrar ao

⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 192.

⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 212.

⁹¹ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 214.

assunto, deve-se salientar que além da previsão desses direitos no Código Civil vigente (arts. 11 a 21), há a previsão feita pelo texto constitucional, especialmente em seu art. 5º, incs. V e X. São, portanto, direitos fundamentais inquestionáveis, gozando de dupla proteção (Civil e Constitucional).

4.5. Direito à Honra

A imensa maioria das pessoas reserva elevado valor à reputação de que desfruta no meio social. A honra constitui, de fato, um importante aspecto da vida relacional do ser humano e a ordem jurídica reconhece a necessidade de protegê-la.

De acordo com Edilson Pereira de Farias, a honra enquanto sentimento possui duas características essenciais, quais sejam: (i) o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo certo que a honra é atributo inerente a todo indivíduo, independentemente de sua etnia, sexo, religião ou classe social; (ii) a necessária percepção de suas duas dimensões, isto é, a honra objetiva e a honra subjetiva. Esta diz respeito ao juízo de valor que o indivíduo faz de si mesmo, aquela diz respeito ao julgamento alheio sobre a personalidade do indivíduo.⁹²

A Constituição Federal consagra a honra como direito fundamental em seu art. 5º, inc. X, abaixo transcrito:

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:

(...)

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.

⁹² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 109.

José Afonso da Silva, ao tratar da previsão constitucional de inviolabilidade da honra, a conceitua como “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bem nome, a reputação.”⁹³ Para o ilustre professor, resguardar a honra – nos aspectos objetivo e subjetivo – é direito fundamental da pessoa humana.

O Código Civil vigente, por sua vez, aborda o direito à honra em diversos dispositivos, embora não o trate de forma individualizada em nem um deles. De fato, ao longo do Capítulo II do Título I do Primeiro Livro da codificação, o direito à honra é trabalhado de forma mesclada com outros direitos da personalidade, como se observa abaixo:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações *que a exponham ao desprezo público*, ainda quando não haja intenção difamatória.

(...)

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.* (Grifo nosso).

De acordo com o ilustre professor Anderson Schreiber, o art. 17 da codificação civil não tutela o uso do nome em si, mas a honra daquele cujo nome é empregado sem autorização. Seguindo, o art. 20 do mesmo diploma gera a falsa impressão de que a violação da honra estará sempre associada ao uso de escritos, palavras ou imagens, o que não é verdade, sobretudo por se tratarem de direitos autônomos passíveis de reconhecimento e proteção de forma isolada.⁹⁴

Tendo em vista que o direito à honra é direito da personalidade cujo conteúdo sofreu inúmeras mutações ao longo do tempo – da noção de honra familiar até a autodeterminação da exposição pública de fatos verdadeiros ou falsos –,⁹⁵ é fácil compreender por que o professor Anderson Schreiber defende que o tema merecia tratamento especial pela Codificação Civil:

⁹³ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 209.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 74.

⁹⁵ Sobre a evolução da noção de direito à honra e a problemática da definição de seu conteúdo ver: REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Reis-J%C3%BAnior-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em 18.10.2017.

O Código Civil deveria ter separado melhor as fronteiras entre o direito à honra e os outros direitos da personalidade. A confusão não se deve, contudo, a um desprestígio do direito à honra. Muito ao contrário: só a forte influência histórica da tutela da honra explica, por exemplo, a menção à honra no tratamento do direito de imagem, direito ao qual a maior parte da doutrina e da jurisprudência não reconhecia autonomia na década de 1970, época da elaboração do projeto que deu ensejo ao Código Civil. A miscelânea não advém, portanto, de uma negação do direito à honra, mas da insistência em enxergá-la como fundamento de outros direitos cuja independência só anos mais tarde viria a ser reconhecida.⁹⁶

Embora o tratamento dado pelo Código Civil não seja observado como adequado pela maior parcela da doutrina civilista, a jurisprudência vem caminhando no sentido de proteger o direito à honra de forma isolada:

DANO MORAL. PUBLICAÇÃO. REVISTA. Trata-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada por ex-presidente da República, recorrente, contra grupo editorial, recorrido, em razão de matéria publicada em revista de propriedade da última. Segundo o recorrente, a reportagem agrediu-o com uma série de calúnias, injúrias e difamações. O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido. O tribunal de origem reformou a sentença, fixando a indenização em R\$ 60 mil. O recorrente interpôs recurso especial alegando, em síntese, que o valor da indenização foi arbitrado com excessiva parcimônia, violando o art. 944 do CC, não tendo sido levada em consideração a qualificação das partes envolvidas, a repercussão do dano causado e o lucro auferido pela recorrida com a publicação da reportagem injuriosa. A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso por entender que a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do valor do dano moral. Ademais, essa Corte tem-se pronunciado no sentido de que o valor de reparação do dano deve ser fixado em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. No caso, o desestímulo ao tipo de ofensa, juridicamente catalogada como injúria, deve ser enfatizado. **Não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e à dignidade. A linguagem oferece larga margem de variantes para externar a crítica sem o uso de palavras e expressões ofensivas. O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do *punitive damage* do direito anglo-americano, revivendo lembranças de suas consequências para a generalidade da comunicação de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos.** Por outro lado, não se pode deixar de atentar aos fundamentos da qualidade da ofensa pessoal considerados pela douta maioria no julgamento, salientando que o recorrente, absolvido, mesmo que por motivos formais, da acusação da prática do crime de corrupção e ainda que sancionado com o julgamento político do *impeachment*, veio a cumprir o período legal de exclusão da atividade política e, posteriormente, eleito senador da República, chancelado pelo respeitável fato da vontade popular. Diante dessa e de outras considerações, definiu-se o valor de R\$ 500 mil, fixado à dosagem equitativa em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, ligadas ao fato e suas consequências,

⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 74-75.

bem como à capacidade econômica dos ofensores e à pessoa do ofendido. Vencidos em parte o Min. Relator e o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que proviam em menor extensão ao fixar a indenização em R\$ 150 mil.⁹⁷

Quanto ao julgado supratranscrito, é importante esclarecer que doutrina e jurisprudência admitem a ocorrência de violação tanto da honra objetiva quanto da subjetiva, havendo a lesão quando ocorrer, em virtude de fatos errôneos, a modificação do conceito que o indivíduo possui perante os demais, comportando, em ambas as hipóteses, reparação por dano moral.

A respeito dos tipos penais que versam especificamente sobre a violação do direito à honra – crimes de calúnia, injúria e difamação, previstos, respectivamente, nos arts. 138⁹⁸, 139⁹⁹ e 140¹⁰⁰ do Código Penal –, também citados na jurisprudência supra, mostra-se relevante salientar que mesmo diante da previsão da exceção da verdade pelo § 3º do art. 138, CP e pelo parágrafo único do art. 139, CP, a doutrina admite que se impeça a divulgação de fatos verdadeiros que detratem a honra individual. É o que Luis Roberto Barroso chama de “segredo da desonra”¹⁰¹. Os fatos que comportam essa exceção envolvem, de forma geral, circunstâncias de caráter puramente privado, sem repercussão sobre o meio social, de tal modo que de forma muito evidente não exista qualquer interesse público na sua divulgação.

Em defesa da possibilidade de vedação da divulgação de fatos ofensivos à honra, ainda que verdadeiros, afirma José Afonso da Silva que “a pessoa tem o direito de preservar a

⁹⁷ STJ – Informativo nº 492 - REsp 1.120.971-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28/2/2012.

⁹⁸ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

⁹⁹ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

¹⁰⁰ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. “Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa”, in *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, p. 89.

própria dignidade, mesmo que fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria”.¹⁰²

4.6. Direito à privacidade

O direito à privacidade é direito da personalidade de evolução recente. Sua origem remonta ao fim do século XIX, tendo como marco inicial o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, revista jurídica da Universidade de Harvard. De acordo com Anderson Schreiber, o artigo foi escrito em coautoria pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis e encontrava fundamento no destaque exagerado, embora não difamatório, que os jornais de Boston davam à esposa do primeiro.¹⁰³ No texto, o direito à privacidade assumiu um conteúdo essencialmente individualista, sendo apresentado como o direito de ser deixado só (*right to be let alone*).¹⁰⁴

De acordo com Schreiber, em sua formulação inicial, o direito à privacidade identificava-se com o direito à preservação da vida íntima, familiar e pessoal de cada ser humano.¹⁰⁵ Nesse primeiro momento, estabeleceu-se forte relação entre direitos à privacidade e à propriedade, posto que a doutrina majoritária entendia pela possibilidade de afastamento da interferência alheia sobre a vida íntima do sujeito, assim como o direito à propriedade permite, até a atualidade, a defesa direta da posse (art. 1.210, §1º, CC/2002).¹⁰⁶ Sobre o assunto, manifesta-se Schreiber:

¹⁰² SILVA, José Afonso da. op. cit. 2005, p. 209.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. op. cit. 134-135.

¹⁰⁴ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. Vol. IV. December 15, 1890. No. 5. Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em 19.10.2017.

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 135.

¹⁰⁶ De acordo com Warren e Brandeis, “(...) The protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. It is like the right not be assaulted or beaten, the right not be imprisoned, the right not to be maliciously prosecuted, the right not to be defamed. In each of these rights, as indeed in all other rights recognized by the law, there inheres the quality of being owned or possessed – and (as that is the distinguishing attribute of property) there may some propriety in speaking of those rights as property. But, obviously, they bear little resemblance to what is ordinarily comprehended under that term. The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality.”

Note-se que, nessa concepção inicial, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer). As semelhanças não param por aí: tal qual a propriedade, a privacidade era vista como uma aspiração excluída do horizonte das classes operárias e dos marginalizados. Albert Bendich chegaria a afirmar que ‘pobreza e privacidade são simplesmente contraditórias’. E a privacidade acabaria identificada como um direito da ‘era de ouro da burguesia’, limitado às pessoas ricas e famosas, preocupadas em manter sua vida íntima de cada um.¹⁰⁷

A privacidade era, portanto, direito “da elite”, completamente desvinculado das noções de igualdade e dignidade humana que a essa época já eram amplamente conhecidas e debatidas pela doutrina, conforme visto no tópico 3.1.1. do presente trabalho.

Anderson Schreiber afirma que a noção de direito à privacidade adquire novos contornos a partir da década de 1960, época em que o desenvolvimento tecnológico e as novas técnicas para processar informações começam a estimular um rápido aumento do fluxo de dados na sociedade contemporânea, criando a “sociedade da informação”.¹⁰⁸ De acordo com Guilherme Magalhães Martins,

Nos últimos anos, o conceito de sociedade da informação adquiriu importância em escala mundial, fundamentado na crença de que a sua consolidação favorece a integração global nos diferentes aspectos da vida humana: na economia, no conhecimento, na cultura, no comportamento humano e nos valores.

(...)

A sociedade da informação (...) muda e dita comportamentos, regendo as formas de comunicação, os relacionamentos interpessoais, o consumo e a própria vida em sociedade.¹⁰⁹

É fato que na atualidade o acesso às informações alheias é muito mais facilitado do que foi outrora. Logo, o conceito de direito à privacidade sofreu necessária revisão de sentido, sobretudo nas duas últimas décadas. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 135.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 135.

¹⁰⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. “O Direito ao Esquecimento na Internet”, in *Direito Privado e Internet*. MARTINS, Guilherme Magalhães (coordenador). São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4.

Farias, “É que o direito à vida privada transcende o direito de *estar só*. Não que este aspecto lhe seja estranho, mas porque é mais do que isto.”¹¹⁰

De acordo com Stefano Rodotà:

“(…) Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas.”¹¹¹

Em outras palavras, o direito à privacidade tal qual se conhece hoje abrange não só aspectos da vida íntima do sujeito, mas também a proteção de seus dados pessoais onde quer que estejam. A privacidade, há muito tempo, transcendeu a esfera doméstica e atingiu o ciberespaço.

Com base na obra de Stefano Rodotà, manifestam-se contundentemente Chiara de Teffé e Fabiana Barletta:

Nesta perspectiva, haveria um direito geral à autodeterminação informativa, que teria como postulado a faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais, o que acabaria por impedir uma utilização destes para fins discriminatórios. Segundo o autor [Stefano Rodotà], quando se controla a coleta, o armazenamento e o uso de dados e informações de determinada pessoa não se resguarda apenas o indivíduo cujos dados estão relacionados, mas também o grupo social no qual ele se encontra inserido, principalmente nas hipóteses em que tais dados se revelarem capazes de proporcionar informações relativas aos aspectos sensíveis de sua personalidade. Rodotà ressalta que, caso não haja uma forte tutela das informações que dizem respeito à pessoa, ela ficará à mercê de ser discriminada por suas opiniões, crenças religiosas e condições de saúde, o que pode prejudicar o tratamento igualitário entre os cidadãos. Compreende-se que na ausência de uma forte tutela do corpo eletrônico, do conjunto das informações colhidas a respeito da pessoa, a liberdade pessoal ficará em perigo, uma vez que a proteção da privacidade se apresenta como instrumento necessário para defender a sociedade da liberdade e impedir a construção de uma sociedade da vigilância, da classificação e da seleção social.¹¹²

A legislação brasileira é muito criticada pela doutrina por não promover, de forma clara, o direito à autodeterminação informativa. Isto porque embora a Constituição da

¹¹⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 263.

¹¹¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

¹¹² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 253-280.

República tenha expressamente elevado o direito à intimidade e a vida privada ao patamar de direito fundamental, garantindo a reparação civil por sua violação (art. 5º, inc. X, CRFB/88), o legislador ordinário, ao qual caberia esmiuçar o conteúdo do direito à privacidade, quedou-se praticamente inerte. O art. 21 do Código Civil brasileiro é superficial ao prever que “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”.

Por sorte, as Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal têm se mostrado muito comprometidas com a interpretação dos direitos da personalidade. Nesse contexto, vale transcrever o teor dos enunciados 404 e 405 da V Jornada, que versam justamente sobre o art. 21 do Código Civil vigente:

Enunciado 404 – A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Enunciado 405 – As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.

É de se notar o esforço doutrinário para que o conteúdo do direito à privacidade receba tratamento condizente com a sua importância.

Ainda sobre o tema, é importante comentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal à respeito das biografias não autorizadas. Em decisão publicada em 26.06.2015, o STF, por unanimidade, julgou procedente a ADIN nº 4.815 para, em seu entendimento, dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais e a liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente às obras bibliográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, no caso de pessoas falecidas).

A decisão não agradou boa parcela da doutrina, pelo contrário: provocou acalorado debate acerca da ocorrência ou não da mitigação do direito à privacidade, principalmente no que tange aos dados sensíveis. Ao que tudo indica, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entendem pela legitimidade do interesse jornalístico sobre a vida de pessoas famosas.

Do mesmo modo que ocorre com o direito à imagem, que será tratado no tópico seguinte, a autodeterminação de dados pessoais por parte de pessoas famosas acaba sofrendo mitigações por conta do “interesse público”. De acordo com Adriano de Cupis:

As pessoas de certa notoriedade, como não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação de acontecimentos de sua vida. O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira a conhecer o curso e os passos da sua vida, as suas ações e as suas conquistas; e, de fato, só através de tal conhecimento pode formar-se um juízo sobre seu valor. Mesmo nesses casos, por outro lado, as exigências do público detêm-se perante a esfera íntima da vida privada, e, além disso, as mesmas exigências são satisfeitas pelo modo menos prejudicial ao interesse individual.¹¹³

Como se observa, apenas no caso concreto se poderá determinar o que deve prevalecer: o direito à personalidade ou as liberdades constitucionais. O quarto capítulo deste trabalho será dedicado ao estudo das regras de ponderação.

4.7. Direito à Imagem

Os percursores dos direitos da personalidade não tratavam da imagem como um direito autônomo, mas como mero instrumento de violação a outros direitos da personalidade, como a honra ou a privacidade.¹¹⁴ Embora esta vinculação tenha sido superada pela doutrina contemporânea, o Código Civil de 2002 a apresenta em seu art. 20:

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.** (*Grifo nosso*).

Como dito, ao contrário do que sugere o dispositivo supramencionado¹¹⁵, a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. De acordo com o professor Anderson Schreiber:

¹¹³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 145.

¹¹⁴ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 105.

¹¹⁵ Desenvolvido com amparo no art. 5º, incs. V e X da CRFB/88.

O direito à imagem independe do direito à honra. Enquanto o último diz respeito à reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que cada pessoa humana detém sobre ‘qualquer representação audiovisual ou tátil’ da sua individualidade, alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura de qualquer tipo, inclusive artesanato.¹¹⁶

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias também se manifestam no mesmo sentido:

Sublinhe-se, outrossim, que o direito à imagem é, sempre, autônomo, merecendo proteção constitucional, independentemente de afronta à honra, como reconhecem os incisos V e X do art. 5º do Texto Magno.¹¹⁷

A imagem do indivíduo corresponde à exteriorização da sua personalidade, englobando, a um só tempo, a sua reprodução fisionômica e as características comportamentais que o tornam particular, destacado, nas relações sociais. Com base nisto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias sustentam um conceito elástico de imagem capaz de abarcar a imagem-retrato, a imagem-atributo e a imagem-voz.

Na concepção dos autores, a imagem-retrato refere-se às características fisionômicas do indivíduo, isto é, o aspecto visual da pessoa, seu porte físico, sua fotografia, abrangendo tanto a forma estática – uma pintura – quanto à forma dinâmica – um filme. A imagem-atributo, por sua vez, corresponde ao conjunto de características particulares da apresentação e da identificação social de uma pessoa, ou seja, a exteriorização da personalidade do indivíduo, a forma como ele é visto perante a sociedade, o seu retrato moral. Já a imagem-voz consiste na possibilidade de identificação de uma pessoa através de seu timbre de voz, elemento que por vezes é tão marcante quanto às características fisionômicas da mesma.¹¹⁸

Ressalte-se que a subdivisão proposta por Rosenvald e Farias não tem pretensão de criar três direitos da personalidade distintos. Pelo contrário, os autores asseveram em sua obra que o direito a imagem é um só, mas se projeta em diferentes aspectos. Para eles, trata-se de “um único direito, protegido constitucionalmente em sua tridimensionalidade.”¹¹⁹

Conforme elucidado anteriormente, os direitos da personalidade são, em regra, indisponíveis, permitindo-se a relativização desde que a autorização de uso não seja geral nem

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 106.

¹¹⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 249.

¹¹⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 248-249.

¹¹⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. op. cit. p. 249.

permanente. Em outras palavras, o direito à imagem não poderá ser cedido de forma ampla e irrestrita, tampouco por tempo indeterminado, sob pena de configuração de violação de direito extrapatrimonial.

O direito à imagem é autônomo assim como todos os demais direitos da personalidade e a sua violação enseja reparação civil, conforme súmula 403 do STJ, *in verbis*: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Em regra, em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito da personalidade alheio (dano moral *in re ipsa*), não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano.

Quanto à exposição indevida da imagem (retrato, atributo e/ou voz) de pessoas famosas, é importante ressaltar o teor do Enunciado 279 da III Jornada de Direito Civil do CJF, que relativiza o direito à imagem de pessoas públicas:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se as medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Os parâmetros para concessão de utilização de imagens de pessoas públicas assinalados pelo enunciado são complementados por Anderson Schreiber em obra dedicada ao tema:

(...) Podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para

informar o fato; (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida.¹²⁰

O autor expõe, ainda, parâmetros para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem:

(i) O grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.¹²¹

Considerando todos os parâmetros expostos, a violação ao direito de imagem de pessoa pública só poderá ser verificada no caso concreto, por intermédio de critérios de ponderação dos interesses em conflito.

Saliente-se, por oportuno, que o indivíduo não perde o seu direito à imagem por se tornar uma pessoa pública, apenas poderá sofrer com a mitigação de seu interesse em prol do interesse público razoável. Para demonstrar o que se afirma, colaciona-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça onde se entende pela prevalência do direito à imagem de pessoa famosa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE IMAGEM DE ATRIZ FAMOSA EM REVISTA E SÍTIO ELETRÔNICO DE GRANDE CIRCULAÇÃO. FOTOGRAFIA NA QUAL OS SEIOS, INVOLUNTARIAMENTE, FICARAM À MOSTRA, QUANDO DA GRAVAÇÃO DE CENA RETRATADA EM LOCAL PÚBLICO. ABUSO DO DIREITO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. 1. A imagem é forma de exteriorização da personalidade inserida na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF e En. 274 das Jornadas de Direito Civil), com raiz na Constituição Federal e em diversos outros normativos federais, sendo intransmissível e irrenunciável (CC, art. 11), não podendo sofrer limitação voluntária, permitindo-se a disponibilidade relativa (limitada), desde que não seja de forma geral nem permanente (En. 4 das Jornadas de Direito Civil). **2. Em relação especificamente à imagem, há situações em que realmente se verifica alguma forma de mitigação da tutela desse direito. Em princípio, tem-se como presumido o consentimento das publicações voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, desportivos) que retratem pessoas famosas ou que exerçam alguma atividade pública; ou, ainda, retiradas em local público.** 3.

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 114.

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 114.

Mesmo nas situações em que há alguma forma de mitigação, não é tolerável o abuso, estando a liberdade de expressar-se, exprimir-se, enfim, de comunicar-se, limitada à condicionante ética do respeito ao próximo e aos direitos da personalidade. 4. No tocante às pessoas notórias, apesar de o grau de resguardo e de tutela da imagem não ter a mesma extensão daquela conferida aos particulares, já que comprometidos com a publicidade, restará configurado o abuso do direito de uso da imagem quando se constatar a vulneração da intimidade, da vida privada ou de qualquer contexto minimamente tolerável. 5. Na hipótese, apesar de se tratar de pessoa famosa e de a fotografia ter sido retirada em local público, verifica-se que a forma em que a atriz foi retratada, tendo-se em conta o veículo de publicação, o contexto utilizado na matéria e o viés econômico, demonstra o abuso do direito da demandada, pois excedido manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187). 6. A conduta da ré não observou, assim, os deveres assentados, para a atividade de imprensa, pela jurisprudência do STJ, para fins de afastar a ofensa à honra: **dever geral de cuidado, dever de pertinência e dever de veracidade** (REsp 1.382.680/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/11/2013). 7. No presente caso, chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, no tocante à existência de danos materiais e para fins de inadmissão da denunciação da lide, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos e a interpretação de cláusulas contratuais, o que encontra óbice nas súmulas 5 e 7 do STJ. 8. Recurso especial não provido.¹²² (*Grifo nosso*).

Como se percebe, a ocorrência de violação ao direito à imagem é conclusão de análise casuística.

Por fim, mostra-se importante ressaltar que há casos em que se dispensa autorização expressa do titular do direito à imagem para que a mesma seja divulgada. Segundo Anderson Schreiber, seriam aquelas situações onde o sujeito retratado concorda tacitamente com a exibição pública de sua imagem.¹²³ São exemplos: a modelo que posa para fotos após um evento e o técnico de time de futebol que participa de uma coletiva de imprensa após uma partida na qual seu time saiu vitorioso.

4.8. Direito ao Esquecimento

Contemporaneamente, a proteção dos direitos da personalidade – principalmente aqueles que envolvem a integridade moral ou psicológica, tais como direito à honra, à imagem e à privacidade – ganha uma importância ainda maior, posto que se vive a sociedade

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1594865/RJ. Recorrente: Abril Comunicações S/A. Recorrido: Isis Nable Valverde. Quarta Turma Recursal. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 20.06.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 18.08.2017.

¹²³ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 106.

da hiperinformação, na qual linha entre a privacidade e a esfera pública se mostra cada vez mais tênue.

Os meios de comunicação, sob a premissa de prestação de serviço público (informação), por vezes invadem a esfera privada do indivíduo, retratando fatos e eventos indefinidamente no tempo, expropriando os sujeitos de seus direitos inerentes e ocasionando amplos danos à dignidade humana. Este cenário é cada dia mais complexo por conta do célere desenvolvimento da internet, ambiente no qual inexiste prescrição. De fato, a possibilidade de autodeterminação sobre os dados pessoais encontra-se cada dia mais ameaçada no ciberespaço.

Tendo em vista o surgimento de uma nova realidade social ancorada na massificação das informações que diariamente viola direitos extrapatrimoniais, mostra-se importante discutir a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este o principal objeto do presente trabalho.

4.8.1. O tema em linhas gerais

Em entrevista disponível no sítio eletrônico da Enciclopédia Multimídia das Ciências Filosóficas, Stefano Rodotà atribuiu significado metafórico ao direito ao esquecimento: “significa que nem todas as pegadas que deixei na minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência”.¹²⁴ Em outras palavras, significa os atos praticados no passado não podem ser rememorados para sempre, sob pena de violação de direitos extrapatrimoniais daquele que é “objeto” da lembrança.

Como dito inúmeras vezes nos tópicos antecedentes, a autodeterminação sobre dados pessoais é cada vez mais difícil no mundo globalizado, onde tudo é disponibilizado e divulgado com muita rapidez no ciberespaço. De acordo com Erick Noleta Lima:

O processo biologicamente comum de esquecimento transmutou no paradigma da lembrança. Esse discurso pode ser percebido na fala de Gordon Bell, para quem o computador foi criado justamente para armazenar um vida inteira e conduzir à

¹²⁴ Stefano Rodotà, em entrevista disponível no site da Enciclopedia Multimediale delle Scienze Filosofiche, <<http://www.emsf.rai.it/grillo/trasmissioni.asp?d=120#1>>. Acesso em 21.10.2017.

imortalidade digital. Entretanto, isso não é tudo. A tecnologia atual avançou de forma a permitir que os dados constantemente coletados sejam utilizados também fora do controle pessoal dos donos.¹²⁵

Em reflexão sobre o tema, Chiara de Teffé e Fabiana Barletta afirmam que:

Desde o início dos tempos, para os seres humanos, a regra era o esquecimento e a lembrança, a exceção. Contudo, em razão das novas tecnologias e das redes globais de comunicação em massa, o referido preceito foi drasticamente alterado. Hoje, o esquecimento tornou-se a exceção, e a lembrança, a possibilidade de acesso a uma ampla gama de informações, a regra.¹²⁶

Desde o início do seu tratamento doutrinário e jurisprudencial, o direito ao esquecimento é aplicado a partir da concepção de que os fatos publicamente divulgados no passado perderiam o interesse coletivo e histórico com o decorrer do tempo, devendo ser retirados do conhecimento coletivo quando sobreviesse à necessidade de proteger os direitos da personalidade do indivíduo, tais como imagem, honra, nome e privacidade. Seria, em síntese, o “direito de ser deixado em paz” (*the right to be forgotten*)¹²⁷.

Com antecedentes pontuais nos Estados Unidos¹²⁸ e no continente europeu, o direito ao esquecimento consolidou-se em 1973 na Alemanha por ocasião do julgamento do emblemático caso Lebach¹²⁹ pelo Tribunal Constitucional Federal daquele país, fixando raízes sólidas na tradição jurídica de outros ordenamentos.

¹²⁵ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. *Direito ao esquecimento*: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf>.

¹²⁶ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 259.

¹²⁷ A expressão *the right to be forgotten* foi cunhada por Viktor Mayer-Schönberger, na obra *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009.

¹²⁸ Um primeiro caso emblemático americano ficou conhecido como “Melvin vs. Reid”. O julgamento foi ocorrido no Tribunal de Apelação da Califórnia, em 1931. Em síntese, o caso envolvia Gabrielle Darley, jovem que foi processada e julgada por homicídio, julgada inocente em 1918, abandonando, então, a atividade de metrício que exercia anteriormente. Bernard Melvin, marido de Gabrielle, buscou junto a Justiça Americana a reparação por violação da vida privada, ao ver produzido pela ré, Dorothy Davenport Reid, o filme “Red Kimono”, que retratava exatamente a vida pregressa de sua esposa, anos após ter readquirido prestígio social. O pedido foi provido pelo Tribunal, tendo em vista a impossibilidade dos fantasmas do passado assombrarem uma pessoa pelo resto de sua vida.

¹²⁹ Os fatos que deram origem ao caso foram os seguintes: em 1969, em Lebach, um pequeno lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha, houve o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e

No Brasil, o debate sobre o tema é relativamente recente tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Há autores como Marcos Ehrhardt Júnior, Danyelle Melo Nunes e Uly Porto que defendem a incompatibilidade entre o direito ao esquecimento e o sistema constitucional nacional, afirmando, em síntese, que possibilitar o controle individual sobre dados pretéritos fere fortemente às liberdades comunicativas, à história e à memória coletiva.¹³⁰

Discorda-se do entendimento supramencionado, haja vista que o direito ao esquecimento, enquanto vertente do direito à privacidade, também é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental (art. 5º, inc. X da CRFB/88). Dessa forma, é tão digno de acolhimento (legal, jurisprudencial e doutrinário) quanto às liberdades constitucionalmente previstas.

Nessa mesma linha, a Lei do Marco Civil da Internet elenca tanto à garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento quanto à proteção à privacidade e aos dados pessoais como princípios norteadores do uso da internet no Brasil (art. 3º, incs. I, II e III, Lei 12.965/2014¹³¹).

Alguns doutrinadores sustentam, ainda, que o art. 7º, X, do Marco Civil da Internet¹³² apresenta previsão específica sobre o direito ao esquecimento. Inobstante, conforme salientam Teffé e Barletta:

municações. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido boa parte de sua pena. Esse terceiro acusado buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã. No caso, o TCF, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação versus direitos de personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado.

¹³⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; Porto, Uly de Carvalho Rocha. *Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro*. RIL Brasília a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 63-80.

¹³¹ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei. (...)

¹³² Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a

Parece que nesse dispositivo o legislador tratou de algo mais específico, o direito à exclusão de dados pessoais, já que, caso o usuário requeira, ao término da relação com o provedor de aplicações, este deverá excluir definitivamente os dados pessoais que foram fornecidos, na forma como estabelece a Lei.¹³³

Além disso, outros dispositivos da legislação são pertinentes para sustentar a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio, embora não versem diretamente sobre ele: art. 5º, XLVII, *alínea b*, CRFB/88¹³⁴, art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor¹³⁵, arts. 63 e 64, I, do Código Penal¹³⁶, e art. 748 do Código de Processo Penal¹³⁷ — este último por lidar com o fator cronológico da proteção à privacidade do condenado na seara penal, bem como se relacionar com os controles espacial e contextual do acesso aos antecedentes criminais.

Ainda na defesa do direito ao esquecimento, transcreve-se o entendimento do ilustre professor Anderson Schreiber:

O direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história (ainda que não se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.¹³⁸

seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

¹³³ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 261.

¹³⁴ 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: (...) XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo;

¹³⁵ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (...) § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

¹³⁶ Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64. Para efeito de reincidência: (...) I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

¹³⁷ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

¹³⁸ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 171.

Controlar o modo e a finalidade com que os fatos referentes ao passado das pessoas são lembrados é proteger, em última análise, a dignidade humana daquele que sofrerá com a exposição de seus dados pessoais.

Constata-se que na sociedade da hiperinformação não há mais espaço entre as esferas pública e privada, de modo que os diversos meios de comunicação¹³⁹, em uma exacerbada exploração midiática e com os olhos voltados estritamente para a obtenção de lucro, inundam o espaço público com questões estritamente privadas, invadindo a esfera da intimidade alheia contra a vontade do titular do direito extrapatrimonial.

Considerando a relevância do tema, o Conselho da Justiça Federal aprovou, em março de 2013, o Enunciado 531, segundo o qual “a tutela da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.¹⁴⁰

Para Guilherme Martins, “se um indivíduo não deseja mais que seus dados pessoais sejam processados ou salvos por um controle de dados, e se não tiver nenhuma razão legítima para mantê-los, os dados devem ser removidos do sistema.”¹⁴¹

Peter Fleischer, conselheiro da Google sobre questões de privacidade, propõe a categorização do direito ao esquecimento com base em três distintas situações: a primeira delas, menos controvertida, faz referência ao direito de a pessoa apagar os dados que ela mesma torna disponível na rede. A segunda categoria, de controvérsia mediana, envolve a possibilidade de apagar informações disponibilizadas pelo próprio usuário e copiadas/disponibilizada por terceiros. A última e mais controversa categoria faz referência à possibilidade de o usuário apagar dados seus disponibilizados por terceiros.¹⁴²

Como dito, quanto à primeira situação não existem grandes controvérsias doutrinárias e/ou jurisprudenciais. Conforme salienta Guilherme Martins, alguns provedores de redes

¹³⁹ Reveja-se a reflexão sobre a mídia como quarto poder do Estado feita no tópico 2.2.

¹⁴⁰ Historicamente, o direito de ser esquecido remete às condenações criminais. Ao elaborar o enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, o Conselho Nacional de Justiça concluiu ser certo que o cidadão que cumpriu devidamente a pena imposta a ele em razão de um ilícito cometido não poderia ser eternamente punido com a constante rememoração dos fatos. A própria Constituição Federal Brasileira veda a aplicação de penas perpétuas, o que levaria à conclusão de que os registros da condenação não devem se perpetuar além do tempo da respectiva pena.

¹⁴¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit. p. 11.

¹⁴² FLEISCHER, Peter. *Foggy thinking about the right to oblivion*. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>>. Acesso em 24.10.2017.

sociais chegam a reconhecer expressamente a possibilidade de exclusão do conteúdo por aquele que o divulgou quando envolva apenas a sua pessoa.¹⁴³

Quanto à segunda situação, Guilherme Martins busca respaldo no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016¹⁴⁴ para afirmar que o indivíduo que teve seus dados copiados/disponibilizados por terceiro pode requerer ao provedor que retire o conteúdo do ar.¹⁴⁵

Quanto à terceira situação, ainda mais delicada que a segunda, afirma Erik Noleta Lima:

A mais séria colisão com o direito à liberdade de expressão ocorre com a terceira classificação. Nesta, o indivíduo nunca teve poder sobre os dados pessoais, bem como não foi o responsável pela disponibilização, realizada por um terceiro. A informação, em que pese fazer referência ao usuário, está disponível em razão da conduta de outra pessoa que tem interesse em tornar visíveis os dados. Em face dessas ponderações, o direito ao esquecimento e ao apagamento previsto no art. 17, nº 1 [Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu, de 27.04.2016]¹⁴⁶, deve ser interpretado em consonância com as exceções previstas no nº 3, alíneas de *a* a *e* [Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu, de 27.04.2016]¹⁴⁷. De fato, o usuário tem o direito de demandar a exclusão de dados pessoais, e o provedor de

¹⁴³ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit. p. 15.

¹⁴⁴ O Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, trata da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Em suas considerações iniciais, o documento afirma que a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental e que as normas em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais.

¹⁴⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit. p. 15-16.

¹⁴⁶ Art. 17 - 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea a), ou do artigo 9º, nº 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, nº 2; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, nº 1.

¹⁴⁷ Art. 17 - 3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária: a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80; b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81; c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83; d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido; e) Nos casos referidos no nº 4.

Internet deve 'efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária'.¹⁴⁸

Em suma, nos termos dispostos pelo Regulamento do Parlamento Europeu, o provedor de Internet apenas se eximirá da obrigação de excluir os dados se fizer prova de alguma das exceções elencadas no documento. Caso contrário, o desrespeito ao direito ao esquecimento pode causar condenação pecuniária.

Sobre o tema, salienta Guilherme Martins que:

É possível que, apesar de a proposta de regulação europeia definir o direito ao esquecimento como algo muito abrangente, o instituto seja aplicado de forma mais restrita.

Os Europeus têm uma longa tradição de declarar direito de privacidade abstratos na teoria, mas que fracassam na prática. A regulamentação deve ser aperfeiçoada, em virtude dos esforços envidados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho dos Ministros. Mas, ao anunciar a regulamentação, Viviane Reding disse pretender uma solução mais aberta, apta a abranger novas tecnologias do futuro.¹⁴⁹

Conforme a interpretação lastreada no direito à proteção de dados, o direito ao esquecimento é considerado direito fundamental. No Brasil, o direito ao esquecimento encontra mais amparo no direito à privacidade, sendo deste último uma vertente. De toda sorte, a internet obriga a reflexão sobre o conceito da própria privacidade. O propósito de tal reflexão é permitir a estabilidade de disposições legais e de identificar o possível âmbito de um novo fundamental direito ao esquecimento.

Pode-se dizer que uma das maiores dificuldades a ser enfrentadas pelo direito ao esquecimento é a ausência de fronteiras e limites na Internet e a existência de limites no mundo fático. Não obstante os provedores terem presença em todo o mundo, sua hospedagem ocorre, em geral, nos lugares onde a liberdade de comunicação tem maior guarida. Nesse sentido, haverá inúmeros pontos de toque entre ordenamentos diversos visando a solucionar eventuais contendas que ocorram envolvendo o assunto. Assim, tendo em vista o largo

¹⁴⁸ LIMA, Erik Noleta Kirk Paula. op. cit. p. 8-9.

¹⁴⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit. p. 17.

espectro da presença da Internet no mundo, uma normatização supranacional deverá ser implementada para solucionar adequadamente os casos.¹⁵⁰

De acordo com Chiara de Teffé e Fabiana Barletta:

(...) Exige-se, assim, não apenas uma nova ética, mas também uma nova abordagem por parte do intérprete do Direito que, pautado nos ditames da metodologia civil-constitucional, desenvolva mecanismos para uma efetiva tutela da personalidade, como, por exemplo, por meio da garantia do direito de ser esquecido, do direito de não saber e do direito de não ser ‘rastreado’ na rede, os quais vêm assumindo a forma de novos interesses, ainda que reflexos do direito fundamental à privacidade.¹⁵¹

4.8.2. Tratamento do direito ao esquecimento na jurisprudência brasileira

Conforme se sustenta no tópico anterior, o direito ao esquecimento é uma expressão do direito à privacidade, e encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88).

Conforme elucidado por Teffé e Barletta, a jurisprudência brasileira sobre o direito ao esquecimento começa a se desenvolver a partir do ano de 2013, época em que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o assunto pela primeira vez no caso que ficou conhecido como “Chacina da Candelária” (REsp nº 1.334.097).¹⁵² O recurso versava, basicamente, sobre a indevida menção feita pelo programa televisivo *Linha Direta*, da TV Globo, em 2006, a um homem que foi processado por ser suspeito de participar da sangrenta chacina ocorrida nos arredores da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, em 23.07.1993, tendo sido inocentado de todas as acusações. À época, o STJ reconheceu a incidência do direito ao esquecimento no caso concreto com base no critério da ponderação (entre direito ao esquecimento e liberdade de imprensa), posto que, no entendimento do Tribunal, para rememorar a fatídica história não era necessária a exposição do nome e da imagem do rapaz inocente.

¹⁵⁰ LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. op. cit. p. 10.

¹⁵¹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 171.

¹⁵² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 173.

O segundo caso emblemático no qual o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o direito ao esquecimento ficou conhecido como “Aída Curi” (REsp 1.335.153). Trata-se de recurso em processo no qual a família de Aída Curi, jovem de 18 anos abusada sexualmente e assassinada em 1958, no Rio de Janeiro, pleiteou judicialmente indenização por danos morais por conta da exposição do nome e de imagens originais da vítima pelo programa *Linha Direta*, da TV Globo, fato que, segundo os familiares da vítima, trouxe a tona todo o sofrimento da época. Novamente realizando a ponderação de interesses, o STJ entendeu pela prevalência da liberdade de imprensa, haja vista que o programa televisivo não teria como rememorar o crime que tanto chocou o país sem falar sobre a sua vítima. Ademais, a corte entendeu que as referências feitas à Aída não foram apelativas ao público, tendo o programa foco no crime e não na vítima.

Os dois casos emblemáticos envolvem a ponderação entre direito ao esquecimento e liberdades constitucionais fora do ambiente da internet. Segundo Teffé e Barletta, por intermédio desses julgados é possível verificar os parâmetros adotados pelo STJ para entender pela prevalência de um ou outro direito, sendo eles: (a) o compromisso com a informação verossímil, (b) a contemporaneidade da notícia, (c) a preservação dos direitos da personalidade, que podem ser mitigados quando se tratar de pessoas notórias, (d) a vedação à crítica com o intuito difamatório, (e) a indissociabilidade da vítima com o fato narrado, (f) a importância do fato para a história, (g) a repercussão do fato, (h) o interesse público na divulgação da notícia e (i) a forma como o fato foi narrado.¹⁵³

No que diz respeito ao ambiente da internet, o primeiro caso emblemático julgado pelo Superior Tribunal de Justiça ficou conhecido como “Xuxa vs. Google” (REsp 1.316.921). Em 1982 foi lançado o filme “Amor, estranho amor”, onde a personagem da ex-apresentadora mantinha relações íntimas com um adolescente de 12 anos. Em 1992, Xuxa já havia conseguido impedir judicialmente o lançamento do videocassete do filme. Em 2012, ante o ressurgimento de imagens do filme na internet, Xuxa ingressou com ação de rito ordinário pleiteando a remoção do site de pesquisas da ré, denominado Google Search, dos resultados relativos à busca pela expressão “Xuxa pedófila” ou qualquer outra que associasse o nome da autora a atos de pedofilia. Como fundamento para o pedido, a defesa da autora afirmou que a mesma havia se projetado nacional e internacionalmente como grande apresentadora de

¹⁵³ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 175.

programas infantis e que o acesso ao filme poderia prejudicar seriamente sua relação com o público infantil.

A demanda proposta pela ex-apresentadora chegou ao STJ relativamente vitoriosa, mas foi rechaçada pela Ministra Nancy Andrighi, cujo voto merece parcial transcrição

(...)

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar ‘links’ onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o ‘site’ que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na ‘web’ onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos ‘sites’ de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na ‘web’, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da ‘web’, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página –, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.¹⁵⁴

De acordo com Guilherme Martins, foram os principais argumentos para dar provimento ao Recurso: (i) a impossibilidade de cumprimento da obrigação em decorrência do estado da técnica atual; (ii) a inconstitucionalidade do pleito em razão da imposição de censura prévia, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro; e (iii) a relevância do serviço prestado pelo Google, do qual dependeria o cotidiano de milhões de pessoas.¹⁵⁵

¹⁵⁴ REsp 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi.

¹⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit. p. 22.

Sobre o processo de desindexação de dados, explicam Teffé e Barletta:

[A desindexação] representa a possibilidade de se pleitear a retirada de certos resultados (conteúdos ou páginas) relativos a uma pessoa específica de determinada pesquisa, em razão de o conteúdo apresentado ser prejudicial ao seu convívio em sociedade, expor fato ou característica que não mais se coaduna com a identidade por ela construída ou apresentar informação equivocada ou inverídica. A desindexação acaba por não atingir a própria publicação em si, pois não importa em remoção de conteúdo de página na *web*, mas sim na eliminação de referências a partir de pesquisas feitas com base em determinadas palavras-chave.¹⁵⁶

Em decisão mais recente, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou da mesma forma que fez no caso *Xuxa vs. Google*, isto é, entendeu pela impossibilidade de obrigar os provedores a eliminar do seus sistemas os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, bem como os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, o que mostra a pacificação do entendimento jurisprudencial sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE.

Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes.

Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.

Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital.

Recurso especial provido.¹⁵⁷

No capítulo que se segue, serão analisadas técnicas de ponderação para o caso concreto, de modo que o aplicador do direito possa decidir qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto.

¹⁵⁶ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. op. cit. p. 176.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1593873/SP. Agravante: Google Brasil Internet LTDA. Agravada: S M S. Terceira Turma Recursal. Relatora: Nancy Andrighi. Julgamento: 10.11.2016. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 17.11.2016.

5. COLISÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Chega-se ao quarto capítulo deste trabalho com duas afirmações: (i) as liberdades de expressão, informação e imprensa possuem status constitucional de direitos fundamentais; (ii) os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, como corolário do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem também possuem status constitucional de direitos fundamentais e encontram amparo na dignidade da pessoa humana. Diante dessas afirmações, em caso de colisão entre liberdades constitucionais e direitos da personalidade, qual deles deve prevalecer?

Como já foi dito no início do segundo capítulo, não se defenderá aqui a prevalência *prima facie* das liberdades constitucionais, tampouco dos direitos da personalidade. A análise de prevalência de um ou outro direito deve ser feita de forma casuística, a fim de não produzir injustiças fáticas.

Em sua teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy atribui quatro características aos direitos fundamentais, quais sejam: (i) comparados a outros tipos de direito, os direitos fundamentais têm *grau mais elevado*, isto é, figuram na fonte hierarquicamente mais alta do sistema jurídico; (ii) direitos fundamentais podem ser reclamados judicialmente e possuem maior força executória se comparados a outros tipos de normas; (iii) os direitos fundamentais regulam a “estrutura fundamental da sociedade”, o que inclui sistemas político, econômico e social, justiça processual, estrutura familiar etc; e (iv) comparados a outros tipos de direitos, os direitos fundamentais tem a maior medida de abertura, isto é, são formulados em termos bastante vagos e abstratos – em comparação a outros dispositivos constitucionais ou não.¹⁵⁸

Embora toda a reflexão de Robert Alexy tenha como parâmetro o constitucionalismo alemão, as características supramencionadas podem ser facilmente transportadas para análise dos direitos fundamentais em outros ordenamentos jurídicos, tais como o brasileiro. A respeito da última característica listada pelo estudioso, mostra-se importante ressaltar a importância da interpretação jurisprudencial dos direitos fundamentais, dado seu grau de abertura.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66-67.

Os conteúdos e limites das liberdades constitucionais e dos direitos da personalidade são postos em discussão sempre que os Tribunais analisam o conflito entre ambos. Por isso se dedicou, nos tópicos antecedentes, a explicitar posicionamentos da jurisprudência em casos de decisão pela prevalência de um ou outro direito fundamental.

Antes de adentrar a análise das técnicas de solução para os conflitos supramencionados, faz-se importante uma digressão na Teoria do Direito, a fim de discutir as noções de regras e princípios, que por sua vez funcionarão como base para as explicações dos próximos tópicos.

No ordenamento jurídico brasileiro existem duas modalidades de normas: as regras e os princípios. Partindo desse pressuposto, afirma-se que os direitos fundamentais são outorgados por normas constitucionais de natureza principiológica.

Na concepção de Virgílio Afonso da Silva, os princípios seriam “as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”.¹⁵⁹

Em artigo dedicado ao estudo do tema, Virgílio Afonso da Silva utiliza as teorias desenvolvidas por Robert Alexy e Ronald Dworkin para embasar sua exposição sobre as diferenças existentes entre princípios e regras. Segundo o autor, para Dworkin as regras possuem apenas uma dimensão, qual seja, a da *validade*, enquanto os princípios possuem também outra dimensão: a do *peso*. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, não sendo, portanto, aplicáveis. Em suma, a aplicabilidade das regras se dá à base do “tudo ou nada”.¹⁶⁰

Prossegue Virgílio Afonso da Silva afirmando que no caso dos princípios a dimensão da validade é insignificante, haja vista que havendo colisão entre eles, não há que se indagar acerca de problemas de validade, mas somente de peso, ou seja, terá prevalência aquele

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, p. 607. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 02.11.2017.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p. 609.

princípio que for, no caso concreto, mais pesado (importante, relevante)¹⁶¹. Nessa linha, aduz o autor que:

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.¹⁶²

Já na concepção de Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras é qualitativa, e não de grau. Para o estudioso, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, funcionando, portanto, como “mandados de otimização”¹⁶³. Sobre a concepção de Alexy, Virgílio Afonso da Silva afirma:

Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 **P** P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 **P** P2) C.¹⁶⁴

Com base na reflexão do autor, pode-se dizer que a amplitude da aplicação de um determinado princípio só pode ser verificada no caso concreto, haja vista a possibilidade de colisão com outros princípios e consequente necessidade de sopesamento entre eles. Nesta conjuntura, afirma-se ser mais clara a diferença entre as regras, pois estas, ao contrário dos princípios, expressam mandamentos definitivos, aplicáveis ou não no caso concreto.

Saindo da discussão sobre a fixação casuística de relevância dos princípios, mostra-se importante ressaltar a existência de um princípio fundamental para o presente trabalho, qual seja: o princípio da unidade da constituição. De acordo com Gilberto Bercovici:

A Constituição é o texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade. Não pode, portanto, ter suas normas compreendidas pontualmente, a partir de um problema isolado. Uma norma constitucional isolada

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p. 609.

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p. 609.

¹⁶³ ALEXY, Robert. op. cit. p. 91.

¹⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p. 610.

não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional.¹⁶⁵

Portanto, por força deste princípio o texto promulgado pelo constituinte originário deve ser interpretado como um todo, a fim de evitar entendimentos equivocados, principalmente no que diz respeito à prevalência *prima facie* de um ou outro direito fundamental. Frise-se que este princípio respeita a distinção existente entre princípios e regras enquanto normas constitucionais.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco:

As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que ‘não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços’, acrescentando que ‘a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado’. Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.¹⁶⁶

Com base na reflexão supra, é certo que todos os princípios constitucionais são dotados do mesmo nível hierárquico e que o intérprete deverá buscar a harmonização dos interesses em conflito tendo em mente a carta magna em sua inteireza. A partir deste contexto passa-se a análise das técnicas de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

5.1. A colisão entre direitos fundamentais e as técnicas de solução

Com base nas reflexões feitas no tópico antecedente sobre a diferenciação entre regras e princípios e a ausência de hierarquia entre princípios constitucionais, desenvolver-se-á o presente tópico, que será dedicado ao tratamento das principais técnicas para solução de

¹⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da Unidade da Constituição. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. p. 2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/559/r145-11.pdf?sequence=4>. Acesso em 03.11.2017.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

conflitos entre princípios, especialmente entre as liberdades constitucionais e o direito ao esquecimento.

Como já afirmado muitas vezes ao longo do presente trabalho, vive-se uma época de publicidade desmedida, na qual o uso das liberdades constitucionais, sobretudo as de expressão, informação e imprensa, muitas vezes fere direitos inerentes ao ser humano, como o direito ao esquecimento. Nesse passo, o Judiciário acaba por receber muitas demandas onde o embate entre esses direitos fundamentais é claro. Como deve proceder, então, o operador do direito?

A Constituição, para atender a complexidade e a pluralidade sociais, protege interesses antagônicos a todo tempo, não se podendo falar em prevalência *prima facie* de nenhum direito fundamental sobre o outro. Para decidir de forma adequada, o intérprete poderá utilizar algumas técnicas distintas, sempre à luz do caso concreto.

No caso específico de conflito entre liberdades constitucionais e direito ao esquecimento, os âmbitos de proteção são bem distintos. Por isso a análise de todas as peculiaridades do caso é indispensável para se chegar à decisão mais correta possível.

Luis Roberto Barroso, em texto dedicado à análise dos conflitos entre direitos da personalidade e liberdades constitucionais, afirma que durante muito tempo a técnica utilizada para verificar qual direito fundamental deveria prevalecer no caso concreto era a subsunção¹⁶⁷. De forma simplificada, pode-se dizer que ocorre a subsunção quando o caso concreto (premissa menor) se enquadra à norma legal em abstrato (premissa maior).

O raciocínio da subsunção é essencial para a dinâmica do direito. Não obstante, ele parece mais adequado para análise de aplicação de regras, não de princípios. Ocorre que os últimos são mais complexos e fluídos do que as regras, de modo que a escolha de um ou outro princípio como premissa maior já importa uma ruptura com a ideia de inexistência de hierarquia entre princípios constitucionais. Nessa linha, exemplifica Barroso:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos - várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor -, como no caso aqui em exame da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 09.

privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior - premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: como já se sublinhou, o princípio da unidade da Constituição não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético - que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes - e que princípios nela consagrados entram, frequentemente, em rota de colisão.¹⁶⁸

Diante do exposto, afirma-se que a técnica da subsunção não é adequada para solucionar os conflitos entre liberdades constitucionais e direito ao esquecimento, pois requer a escolha de um único princípio como premissa maior (exemplo: liberdade de imprensa ou direito ao esquecimento), o que fere a lógica da ausência de hierarquia entre normas constitucionais.

Outras técnicas tradicionais de solução de conflitos são apresentadas ao intérprete como opções, são elas: (i) critério cronológico, segundo o qual a norma posterior derroga anterior; (ii) critério hierárquico, segundo o qual norma de grau mais elevado derroga a de grau menos elevado; e (iii) critério da especialidade, segundo o qual a regra mais específica derroga a geral ou menos específica.

Todavia, de acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso, os critérios supramencionados não são plenamente satisfatórios quando a colisão ocorre entre princípios constitucionais, pois se tratam de normas de mesma hierarquia indicando a prevalência de direitos distintos.¹⁶⁹ Na mesma linha, expõe Edilson Pereira de Farias que:

A 'colisão de princípios', ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico (...), vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.¹⁷⁰

Sendo assim, diante de princípios colidentes e da impossibilidade de utilização das clássicas técnicas de solução de conflitos, a hermenêutica constitucional foi compelida a

¹⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 09.

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 07.

¹⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit. p. 96.

desenvolver uma técnica capaz de produzir uma solução para o caso concreto pautada na multidirecionalidade dos princípios, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre o conjunto de fatos posto em análise. De acordo com Barroso:

De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m) a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação.¹⁷¹

De acordo com o autor, a técnica da ponderação é a mais adequada para os casos difíceis que envolvam conflitos entre princípios constitucionais. Isto porque não haverá, com base nela, o completo descarte de um ou outro direito fundamental – o que ocorre quando se utiliza a subsunção ou os critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade –, mas sim a ampliação da incidência de um deles.¹⁷²

Barroso elenca três etapas de aplicação da técnica da ponderação. Na primeira delas, o intérprete deverá detectar no sistema as normas relevantes para o caso posto em apreço, identificando eventuais conflitos entre elas. É a existência do conflito insuperável pela subsunção que gera o ambiente propício para a utilização da ponderação.¹⁷³

O autor ressalta que o procedimento não é fácil e que o intérprete deve estar atento ao fato de que norma e dispositivo não se confundem. Por vezes é necessário ao intérprete reunir alguns dispositivos para chegar a uma norma aplicável ao caso, assim como pode ocorrer de um único dispositivo abarcar mais de uma norma plenamente cabível e adequada ao caso, oportunidade na qual ele terá que ser “desmembrado”.¹⁷⁴

Ainda nessa primeira fase, os diversos fundamentos devem ser agrupados em razão da solução que estejam sugerindo. O propósito do agrupamento, segundo o autor, é facilitar posteriormente a comparação e escolha do grupo “mais forte”.¹⁷⁵

Em um segundo momento, o intérprete deverá examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. De acordo com Barroso, os

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 09.

¹⁷² BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 09.

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

¹⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

fatos e as consequências práticas da incidência da norma têm assumido importância especial na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.¹⁷⁶

Perceba-se que até aqui a ponderação propriamente dita não ocorreu. Nas primeiras duas fases o intérprete deve se dedicar a reunir e categorizar o material legislativo fundamental para definição do caso concreto.

Na terceira e última fase, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto serão examinados conjuntamente, de forma que se possa determinar o peso de cada elemento em disputa. Os parâmetros fixados na primeira etapa deverão ser empregados na terceira e, se necessário, deverão ser adaptados ao caso concreto, sem que isso implique, por óbvio, em mudança de essência das normas.¹⁷⁷

A seguir, ainda na terceira fase, segundo Barroso, ainda será necessário determinar a intensidade com que os grupos de normas devem incidir sobre o caso concreto e porque um ou outro deverá prevalecer. Sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, deverá o intérprete decidir qual o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Esse processo instrumental deve ser norteado pelo princípio da proporcionalidade.¹⁷⁸

A respeito do princípio da proporcionalidade, afirma Marcelo Novelino que:

[Trata-se se] de uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.¹⁷⁹

¹⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

¹⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

¹⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 10.

¹⁷⁹ NOVELINO, Marcelo. op. cit. p. 181.

Tendo em vista a constituição da base teórica, passa-se a análise prática da técnica da ponderação nos casos que envolvam conflito entre liberdades constitucionais e direito ao esquecimento.

5.2. Aplicação da ponderação como solução para a colisão entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, de expressão e de imprensa

Conforme se concluiu no tópico anterior, a técnica da ponderação é a mais adequada para solucionar conflitos que envolvam as liberdades de informação, expressão e imprensa e os direitos da personalidade, especificamente o direito ao esquecimento.

Como forma de demonstrar a aplicação prática da técnica, selecionou-se caso Marcus Werner *versus* Rede Globo, submetido ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (apelação cível nº 0026386-06.2016.8.19.0001), no qual, em síntese, o autor pleiteou a abstenção da ré em reprisar partes do *reality show* “No Limite” (2000.2) nas quais se encontrava em discussão calorosa com outro participante, proferindo chamamentos racistas.

Em sua peça inaugural, o autor esclarece que a edição do programa favoreceu espécie de repugnância pública à sua pessoa, e que passou amplo período contanto com apoio de segurança privada. Aduz que atualmente é advogado e pai de uma criança de sete anos, de modo que a reexibição dessas cenas poderia ferir fortemente a sua credibilidade construída após o reality. Com base nesses argumentos, pleiteia o reconhecimento de seu direito ao esquecimento com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Na peça de bloqueio, a emissora afirmou que a reexibição do programa em seu canal “Viva” era plenamente possível, haja vista ter o autor concedido seu direito de imagem quando da entrada no programa. Além disso, em sua argumentação, sustentou não ser possível fazer com que o desejo de ver os erros esquecidos seja convertido em um direito fundamental intransponível.

De acordo com o entendimento da emissora, o direito ao esquecimento sobre fatos que envolvam o interesse público não pode ser visto como um direito fundamental, uma vez que a Constituição da República zela pelo acesso à informação, garantindo a memória coletiva e valorizando a História.

Destaca, por fim, que ao participar do primeiro *reality show* exibido na televisão brasileira, o autor teve a sua esfera de intimidade restringida por interesse próprio, e que as cenas do programa em que o aparece discutindo com o outro participante podem ser livremente divulgadas pela empresa ré, não em decorrência da limitação do direito à intimidade do autor, mas pela simples razão de que aqueles fatos foram, e ainda são, públicos.

Visando analisar o caso concreto à luz da técnica da ponderação, deve-se, em um primeiro momento, identificar as normas envolvidas no caso que são relevantes para a sua solução. Na hipótese em análise, tem-se de um lado o direito ao esquecimento, como decorrência dos direitos da personalidade e resultante da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana (art. 5º, incs. V e X, CRFB/88 c/c art. 1º, III, CRFB/88). De outro, tem-se as liberdades de informação, de expressão e de imprensa, importantes garantias asseguradas pelo Texto Constitucional, bases para qualquer regime democrático (art. 5º, incs. IV, IX e XIV, art. 220, CRFB/88).

Na segunda etapa, deve-se examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso. O cenário ora posto consiste na divulgação, por meio de reprise de programa televisivo originalmente exibido no segundo semestre do ano 2000, de cenas acaloradas de debate entre dois participantes de um reality show de grande sucesso, onde um dos participantes proferiu xingamentos racistas ao outro, fato que culminou na sua eliminação do programa.

Há que se considerar: (i) a contemporaneidade do fato; (ii) o interesse público envolvido, que implica análise da importância social da divulgação do fato; (iii) o legítimo interesse da emissora de obter lucro com a reexibição de conteúdo com alto índice de audiência; (iv) a previsão contratual que permite a reexibição do *reality show*; (v) a possibilidade de afastamento da cláusula que implica cessão perpétua do direito de imagem (enunciado 4º da I Jornada de Direito Civil do CJF); (vi) o atual contexto de vida do autor (advogado e pai de menor de sete anos de idade); (vii) o risco que a reexibição do programa poderia acarretar à estabilidade do autor na vida e na profissão; (viii) a probabilidade de ocorrência de danos reflexos à família do autor, sobretudo no que diz respeito ao seu filho, que se encontra em idade de formação intelectual.

Ressalte-se que a técnica da ponderação é aconselhada para casos difíceis como este, haja vista o peso dos interesses em jogo. É cedido a importância da mídia na

contemporaneidade, mas também é cedido que os direitos intrínsecos ao ser humano devem ser preservados, sob pena de violação da sua dignidade.

Da mesma forma que não há como pensar em mundo globalizado sem a mídia, não há como pensar em seres humanos sem direito à intimidade, à imagem, à honra e ao esquecimento. Os direitos da personalidade existem, dentre outros, para evitar que o homem se torne mero objeto da mídia.

Chega-se, então, a terceira etapa de aplicação da técnica da ponderação, onde os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto devem ser examinados de forma conjunta, de modo a se apurar os pesos que serão atribuídos aos diversos elementos em disputa, chegando, por conseguinte, a uma solução do conflito. É aqui que a ponderação ganha forma.

Ressalte-se, por oportuno, que todo o processo de análise dos direitos fundamentais em colisão deve observar os já apresentados princípios da unidade da constituição e da proporcionalidade.

A decisão deve considerar todos os fatores dispostos na segunda etapa. Inicialmente, deve-se novamente ressaltar a extrema importância da proteção conferida as Liberdades de informação, expressão e imprensa pela Constituição de 1998, sobretudo após tempos tão sombrios de violenta censura. A imprensa é, sem dúvida, extremamente importante no fortalecimento e desenvolvimento de qualquer estado democrático, mas não pode sobrelevar direitos existenciais, a menos que o interesse público em jogo seja altamente relevante.

A própria Constituição, em seu art. 220, § 1º, prevê que a liberdade de imprensa deverá observar o disposto no art. 5º, incs. V e X, do diploma. Na mesma direção, o § 3º do art. 222, prevê que “os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221”, princípios dos quais se destaca o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV). Por intermédio do cotejo desses dispositivos, pode-se perceber a intenção do constituinte originário de também erigir o respeito à dignidade pessoal e aos valores da família à condição de limites às liberdades constitucionais.

Superada a abertura constitucional para limitação das liberdades, cabe sopesar os bens jurídicos em questão. O conjunto probatório evidencia que reexibição das cenas causaria

violação à dignidade do autor e de seu direito ao esquecimento, devendo estes prevalecer sobre o direito à informação.

O autor comprova que a reexibição do programa poderia causar enormes prejuízos a si e a sua família, razão pela qual se justifica a limitação à liberdade de expressão, informação e imprensa no caso concreto.

O desembargador, no julgamento da apelação em comento¹⁸⁰, afirmou, ainda, que o programa não apresenta conteúdo histórico para a sociedade, razão pela qual não poderia prevalecer sobre o direito existencial ao esquecimento.

A decisão do Recurso foi assim emendada:

APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - SENTENÇA QUE DETERMINOU QUE A EMPRESA JORNALÍSTICA SE ABSTENHA DE DIVULGAR CENAS DE CALOROSA DISCUSSÃO ENTRE DOIS PARTICIPANTES DE PROGRAMA TELEVISIVO “NO LIMITE” EM REPRISE – LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE – DIREITO AO ESQUECIMENTO – CENAS QUE SE VEICULADAS NA TELEVISÃO PODERIAM ACARRETAR NO RECORRIDO DOR E ANGUSTIA, SOBREVENDO-SE QUE JÁ SE PASSARAM QUINZE ANOS ENTRE O ENTREVERO ENVOLVENDO O AGRAVADO E OUTRO PARTICIPANTE DO PROGRAMA E A SUA REEXIBIÇÃO – PONDERAÇÃO DE INTERESSES – PREVALÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COM REFLEXOS NO TOCANTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CF) VISTO QUE O PROGRAMA É DE ENTRETENIMENTO E NÃO APRESENTA QUALQUER IMPORTÂNCIA HISTÓRICA A COLETIVIDADE – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

Por fim, é importante ressaltar que o interesse público supostamente existente na reexibição do *reality show* ou de qualquer outro programa ou notícia deve ser averiguado com muito cuidado, pois *interesse público* difere bastante do *interesse do público*. Este último é guiado muitas vezes por uma mídia voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública de fatos estritamente privados.

Infelizmente, o público mostra-se cada vez mais interessado nos momentos ruins vividos pelas pessoas. A mídia, observando esse interesse, por vezes fere a esfera de

¹⁸⁰ A íntegra do acórdão está disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C6AB6EAD669A555B17F8855427EE2FDDC5055711112E&USER=>. Acesso em 10.11.2017.

intimidade da pessoa, atingindo fatos já não lembrados pela maioria e os colocando novamente em foco.

O direito, enquanto norteador do atuar da sociedade, não pode permitir constantes violações aos direitos extrapatrimoniais, devendo protegê-los da abusividade do *interesse do público*.

Por fim, deve-se salientar que princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido como fundamento da República no art. 1º, III, CRFB/88, garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera as demais coisas criadas por ele próprio, inclusive a imprensa, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que na sociedade contemporânea as esferas do público e do privado encontram-se conglomeradas, de modo que se torna cada vez mais difícil determinar os limites para divulgação de informações referentes à pessoa humana. Nesse contexto, utilizando-se de uma falsa premissa de liberdade irrestrita, os meios de comunicação invadem a esfera de vida privada do indivíduo, expondo-a de forma indefinida no tempo.

É no contexto de exploração indiscriminada de dados pretéritos que surge o direito ao esquecimento, direito da personalidade que é expressão do direito à privacidade e que encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/88), e que funciona como instrumento de proteção do indivíduo frente à atuação inadequada da mídia, sobretudo no ambiente da internet.

Ressalte-se que a ausência de limites para a rememoração, sobretudo quando estão envolvidos dados sensíveis sobre a vida do retratado, pode gerar danos gravíssimos à pessoa humana no seio familiar, no ambiente de trabalho, entre os amigos etc., razão pela qual o direito ao esquecimento, enquanto mecanismo de proteção, é aceito por doutrina e jurisprudência brasileiras majoritárias.

Como visto ao longo do trabalho, embora a sua origem esteja vinculada ao campo das condenações penais, o direito ao esquecimento não é aplicável apenas àqueles que em algum momento de suas vidas cometeram crimes, foram condenados e cumpriram suas respectivas penas ou àqueles que foram considerados suspeitos pela prática de delitos e após julgamento foram inocentados. Ele também poderá ser pleiteado pelos familiares de vítimas de crimes – geralmente de alta repercussão – que por vezes têm todo o contexto de ocorrência do delito rememorado pela mídia, aflorando a profunda tristeza que havia sido minimamente superada pela família. Além disso, defende-se sua aplicabilidade para fundamentar pedidos de desindexação de dados específicos que são vinculados à pessoa no ambiente da internet, seja por ausência de verossimilhança, seja porque a informação não mais condiz com a vida do retratado.

Entende-se que a divulgação de dados pretéritos relativos à vida de um determinado indivíduo só poderá ocorrer se houver interesse público que justifique a rememoração. Por óbvio, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, a prevalência do interesse público só poderá ser verificada no caso concreto e deverá ser conjugada com outros fatores, como o grau de afetação da imagem atual do retratado perante a sociedade.

Frise-se, conforme salientado no último capítulo deste trabalho, que a análise do interesse público que envolve a rememoração de determinado fato deve estar atenta aos conceitos de *interesse público propriamente dito* e *interesse do público*, posto que este último se distancia – e muito – do primeiro, sendo guiado muitas vezes por uma mídia voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública de fatos estritamente privados.

A medida em que se defende a existência e aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, há que se afirmar que as liberdades constitucionais de expressão, informação e imprensa não são absolutas, encontrando limites no próprio texto constitucional.

A Constituição da República de 1988, ao proclamar as liberdades constitucionais, traça diversas diretrizes principiológicas para o seu exercício, indicando ao intérprete que esses direitos não seriam absolutos. Frise-se que o próprio artigo constitucional dedicado ao tratamento dos direitos fundamentais tutela tanto as liberdades de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (...)” (art. 5º, inciso IX, CRFB/88), quanto à inviolabilidade da “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (...)” (art. 5º, inciso X, CRFB/88).

Como se vê, o constituinte originário buscou evidenciar um sistema de contenção às liberdades de expressão, informação e imprensa, com fundamento na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem (art. art. 220, § 1º, CRFB/88) e, ainda, nos valores da pessoa e da família (art. 221 e art. 222, § 3º, todos da CRFB/88) sinalizando que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação constitucional para soluções protetivas da pessoa humana.

Ademais, há de se salientar a inegável previsão antropocêntrica do art. 1º, inciso III, CRFB/88, segundo o qual a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. Em

outras palavras, ela deve ser entendida como norte de interpretação para todos os casos submetidos aos tribunais brasileiros.

Isto posto, é inegável que o ser humano encontra-se em posição mais favorecida dada pela ordem constitucional, de modo que seus direitos da personalidade constituem núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima algum sacrifício a ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.

É importante afirmar que no presente trabalho não se questiona a importância da previsão constitucional de proteção às liberdades de informação, expressão e imprensa, até mesmo porque, considerando o período nebuloso que a democracia brasileira atravessou a poucas décadas, questioná-la seria uma atrocidade. O que se afirma é que essas liberdades não podem ser dotadas de prevalência *prima facie*, primeiro porque elas são direitos fundamentais da mesma hierarquia dos direitos da personalidade; segundo porque a prevalência de um ou outro direito deve ser analisada no caso concreto, por intermédio da técnica da ponderação, sob pena da defesa da injustiça.

Defende-se a aplicabilidade da técnica da ponderação porque esta se mostra mais adequada para resolver litígios que envolvam conflitos de princípios de envergadura constitucional. Por intermédio das três fases da técnica é possível evidenciar com clareza o que deve prevalecer: liberdades de expressão, informação e imprensa ou direito ao esquecimento.

Conclui-se, portanto, no sentido de que o direito ao esquecimento, enquanto inegável expressão do direito à privacidade, é princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que sua aplicabilidade deve ser analisada no caso concreto pelo intérprete do Direito, sob pena da tutela da violação da dignidade humana.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. “Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa”. In: *RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16., 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. “O princípio da Unidade da Constituição”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/559/r145-11.pdf?sequence=4>.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9.11.1992. Seção 1, p. 15562.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1593873/SP. Agravante: Google Brasil Internet LTDA. Agravada: S M S. Terceira Turma Recursal. Relatora: Nancy Andrighi. Julgamento: 10.11.2016. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 17.11.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1238093/RS. Agravante: Rádio Gaúcha S/A. Agravados: Lasier Costa Martins e Beno David Jovchelevich. Terceira Turma Recursal. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 22.08.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 06.09.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1594865/RJ. Recorrente: Abril Comunicações S/A. Recorrido: Isis Nable Valverde. Quarta Turma Recursal. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 20.06.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 18.08.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 669914/DF. Recorrente: Banco ABN AMRO REAL LTDA. Recorrido: Sérgio Augusto Santos de Moraes. Quarta

Turma Recursal. Relator: Raul Araújo. Julgamento: 25.03.2014. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 04.04.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1297426/RO. Recorrente: O Estadão de São Paulo S/A. Recorrido: Vinhos Duelo LTDA. Terceira Turma Recursal. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03.11.2015. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 10.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1642310/DF. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro. Recorrida: Maria do Rosário Nunes. Terceira Turma Recursal. Relatora: Nancy Andrighi. Julgamento: 15.08.2017. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 18.08.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0236835-44.2013.8.19.0001. Décima Quarta Câmara Cível. Des. Jaqueline Lima Montenegro. Julgamento em 15.03.2016.

CANCIK, Hubert. “‘Dignity of Man’ and ‘Persona’ in stoic anthropology: some remarks on Cicero, De Officiis I 105-107”. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart. *The concept of human dignity in human rights discourse*. Londres: Kluwer Law Internacional, 2002. Disponível em: <https://www.tib.eu/de/suchen/id/BLCP%3AC N046480132/%60Dignity-of-Man-and-%60Persona-in-Stoic-Anthropology/>.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 145.

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

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; Porto, Uly de Carvalho Rocha. “Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro”. In: *RIL Brasília*. n. 213 jan./mar. 2017.

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

FLEISCHER, Peter. *Foggy thinking about the right to oblivion*. Disponível em: <http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-tooblivion.html>.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LANE, Silvia Maurer. *O que é psicologia social?*. 22. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. “Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil”. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Ano 50, n. 199, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf>.

MARTINS, Guilherme Magalhães. “O Direito ao Esquecimento na Internet”. In: *Direito Privado e Internet*. MARTINS, Guilherme Magalhães (coordenador). São Paulo: Atlas, 2014.

MCCRUIDEN, Christopher. “Human dignity and judicial interpretation of human rights”. In: *European Journal of International Law*, n. 19, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Sérgio. *Discurso em defesa da liberdade de expressão*. Porto Alegre: Revisão Editora e Livraria, 1998.

RAMOS FILHO, Evilásio de Almeida. *Direito ao Esquecimento versus Liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. 2014. 75 f. Monografia do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Ceará.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*: Parte Geral. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 181.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVOIA, Mariângela Gentil. *Psicologia social*. São Paulo: McGraw-Hill, 1989.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1*, 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito ao esquecimento: uma expressão possível do direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 253-280.

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

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. In: *Harvard Law Review*. vol. IV. December 15, 1890. No. 5. Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html.