



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ZALMO DE ARAÚJO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO**

Tubarão

2019

ZALMO DE ARAÚJO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Cidadania.

Orientadora: Prof. Keila Comelli Alberton, Esp.

Tubarão

2019

ZALMO DE ARAÚJO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 27 de junho de 2019.

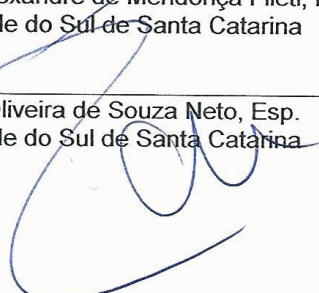


Professora e orientadora: Prof. Keila Comelli Alberton, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Erivelton Alexandre de Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Iraú Oliveira de Souza Neto, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, à Deus, que me concedeu força e ânimo para concluir esta graduação, jamais me deixando desistir.

Aos meus pais, por todo o incentivo e suporte no decorrer desses 5 anos.

Não menos importante, aos meus colegas, por toda troca de conhecimento nesse período.

E por fim, a todos os professores e profissionais da instituição que me auxiliaram a chegar até aqui.

“Não importa o seu nível de educação, talento, riqueza ou popularidade. A maneira como você trata as pessoas, diz tudo sobre você” (autor desconhecido).

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como objetivo analisar os limites do direito à informação em face do direito ao esquecimento. Para isso, foi abordado a essência de tais direitos, previstos na Constituição Federal, bem como suas especificidades. No mesmo viés, foi demonstrado também a diferença de informação útil para informação pretérita, e ainda, a extensão do dano que pode ser causado ao indivíduo que tem o seu nome ou imagem vinculado de forma negativa. Por fim, procurou-se demonstrar o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátria acerca do tema. No presente estudo, sua natureza foi a exploratória, enquanto o método de abordagem foi o dedutivo. No que toca à sua abordagem, foi utilizada a qualitativa. Por fim, o procedimento utilizado na coleta de dados foi o bibliográfico, constituído de livros e artigos científicos. Os resultados apontaram que o direito de informação/imprensa não poderá exceder o caráter de informação de interesse social, ou seja, a mera divulgação de informações já prestadas ou fatos já ultrapassados, quando deixam de acrescentar substância ao teor da matéria, caracterizam uma violação ao direito fundamental da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. As conclusões alcançadas mostram que o direito à informação e a liberdade de imprensa são extremamente importantes, principalmente nos dias atuais, no entanto, o grande desafio para os magistrados e doutrinadores, é pesar a que custo tais direitos devem ser preservados, devendo prevalecer, sempre que possível, os que eventualmente pudessem trazer maiores prejuízos, caso violados.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This monographic work aims to analyze the limits of the right to information in the face of the right to forgetfulness. For that, the essence of such rights, as provided for in the Federal Constitution, as well as its specificities, was addressed. In the same bias, it was also demonstrated, the difference of information useful for past information, and also, the extent of the damage that can be caused to the individual who has his or her name or image negatively linked. Finally, it was tried to demonstrate the positioning of doctrine and jurisprudence on the subject. In the present study, its nature was exploratory, while the method of approach was deductive. Regarding their approach, the qualitative approach was used. Finally, the procedure used in the collection of data was the bibliographic, made up of books and scientific articles. The results pointed out that the information / press right can not exceed the character of information of social interest, that is, the mere disclosure of information already provided or facts already surpassed, when they no longer add substance to the content of the subject, characterize a violation to the fundamental right of the inviolability of intimacy, private life, honor and image. The conclusions reached show that the right to information and the freedom of the press are extremely important, especially nowadays; however, the great challenge for magistrates and teachers is to weigh the cost of such rights should be preserved, and should always prevail. that possible, those that could possibly bring greater damages, if violated.

Keywords: Right to forgetfulness. Freedom of expression. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
1.1	DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	8
1.2	JUSTIFICATIVA	11
1.3	OBJETIVOS	11
1.3.1	Objetivos gerais	11
1.3.2	Objetivos específicos	12
1.4	DELINEAMENTO METODOLÓGICO	12
1.5	DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	13
2	DO DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO	15
2.1	ASPECTOS HISTÓRICOS	15
2.2	DO AMPARO CONSTITUCIONAL	18
2.3	LIMITAÇÕES AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO	20
2.4	DA IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA	23
3	DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	26
3.1	CONCEITO E PREVISÃO LEGAL	26
3.2	ORIGEM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	30
3.3	DA REPARAÇÃO DO DANO	32
4	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO	35
4.1	COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO OU PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	35
4.2	POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO	37
4.3	POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	39
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico, tem como finalidade esclarecer os limites do direito à informação e expressão, em face do chamado “direito ao esquecimento”, que também pode ser encontrado na doutrina internacional como “*the right to be let alone*” (o direito de ser deixado só), ou, “*the right to be forgotten*” (direito de ser esquecido) (LOPES, 2013).

Desse modo, no presente capítulo será realizada uma contextualização da temática, com descrição da situação problema e formulação do problema de pesquisa, com posterior apresentação de justificativa do estudo, objetivos, procedimentos metodológicos e estruturação do trabalho.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal, base do Estado Democrático de Direito inserido no ordenamento brasileiro, em seu artigo 5º, inciso X, garante proteção aos direitos à intimidade, vida privada, honra, e a imagem das pessoas, destacando que:

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 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, quando se fala em direito ao esquecimento, não está se abordado sobre direito novo, mas sim trata-se de um desdobramento dos direitos já garantidos pela Carta Magna em seu artigo 5º. O Direito da Personalidade é um direito subjetivo. Neste sentido, Amaral (apud AGOSTINI, 2011. p. 142-143) cita que:

[...] qualifica-os como direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos que são conferem a seu titular o poder de agir na defesa de bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos [...]

Dentre os direitos de personalidade, destaca-se o chamado direito ao esquecimento. Conforme Farias e Rosenvald (2011), esse direito gera uma série de conflitos entre direitos fundamentais, a exemplo dos direitos de liberdade de informação, expressão e liberdade de imprensa *versus* direitos de personalidade humana, como a honra, privacidade, intimidade e a própria imagem do indivíduo.

Sobre a liberdade de expressão, esta se fundamenta no direito à livre comunicação, que nada mais são do que as opiniões, convicções, avaliações e julgamentos sobre pessoas e assuntos, com temas de interesse privado ou público, possuindo ou não importância. A Constituição Federal, ao proteger a liberdade de expressão, permite que as pessoas exponham a sua opinião em uma sociedade democrática, sem, contudo, permitir que isto venha ofender alguém ou grupo de pessoas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Essa liberdade de expressão também engloba a liberdade de imprensa, não somente a escrita, mas também todas as formas de veiculação de informações de caráter jornalístico, mediante uso de rádio, televisão e a rede mundial de computadores. A liberdade de imprensa tem como fundamento a divulgação de informações para o público, sendo que os avanços da tecnologia, em especial o aumento das redes sociais com caráter informacional, gerou a necessidade de maior ampliação da tutela da liberdade de imprensa (RIBEIRO; SANTOS; SOUSA, 2018).

A tutela da liberdade dos indivíduos encontra um contrapeso, que é o direito à privacidade, elencado como um Direito Fundamental. Nos ensinamentos de Farias e Rosenvald (2011), esses conflitos de interesses entre direitos básicos da sociedade exigem a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, que é uma ferramenta voltada para a justa interpretação no direito no caso concreto.

A proporcionalidade é o elemento que permite que direitos contraditórios sejam aplicados acordo com as necessidades de cada caso, ponderando os direitos. Marmelstein (2008), argumentando sobre o entendimento do Supremo tribunal Federal, destaca que, em virtude deste entender que, no sistema constitucional brasileiro, não há garantias e deveres de caráter absoluto, os conflitos de normas e direitos são plenamente possíveis, bem como a aplicação da proporcionalidade/ponderação para resolução da lide.

Em complemento, Moraes (2003, p. 61) acrescenta que: “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados,

uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

Apesar da possibilidade de aplicação da proporcionalidade, o desafio encontrado na doutrina e na jurisprudência é ponderar até que ponto a proteção da liberdade de imprensa permite a “intromissão” na vida privada dos indivíduos, em especial no que se refere a acontecimentos ocorridos em tempo passado. Assim sendo, utiliza-se a dignidade da pessoa humana como um limite das liberdades de informação, de expressão e de imprensa. Sobre dignidade, Branco e Mendes (2012, p. 346) escrevem:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio de satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer institutos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vista a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

Por fim, pode-se dizer, de forma simplória, que o direito ao esquecimento está diretamente ligado ao direito de ser livre, de possuir intimidade, e privacidade. É o direito que o ser humano detém de escrever a sua própria história, sem ter a possibilidade de que a mesma seja usada mais tarde contra si, unicamente para satisfazer institutos primários de outrem, ou usada como mero instrumento de divertimento alheio.

Assim, é cediço que o direito à informação e a liberdade de imprensa são extremamente importantes, principalmente nos dias atuais, no entanto, verifica-se que se faz necessária melhor análise acerca da questão, o grande desafio para os magistrados e doutrinadores, é pesar a que custo tais direitos devem ser preservados.

Diante da descrição da problemática que envolve o estudo, define-se, como problema de pesquisa: é possível a existência de limitação do direito à informação em face do direito ao esquecimento?

1.2 JUSTIFICATIVA

A presente monografia visa esclarecer os limites do direito à informação e expressão, em face do chamado “direito ao esquecimento”.

Sobre o tema, Martinez (2014) destaca que, com o advento da internet, houve muitas mudanças significativas no âmbito das informações, trazendo vantagens, mas também alguns prejuízos, decorrentes principalmente da excessiva exposição dos indivíduos e das suas informações pessoais. Ainda, o uso das tecnologias permite o armazenamento de uma série de informações, sendo permitido que os indivíduos encontrem dados de qualquer usuário, podendo ocasionar, inclusive, uma afronta ao próprio direito ao esquecimento, ensejando necessidade de segurança e proteção desses dados.

Essa excessiva possibilidade de acesso a informações do passado e a capacidade ilimitada de armazenamento de dados nas redes de computadores trouxe a necessidade de proteção da memória individual, conforme explica Martinez (2014), sendo esta proteção uma própria representação da dignidade humana. Essa proteção da memória individual é o que o autor denomina de direito ao esquecimento.

Diante da importância que o direito ao esquecimento recebeu e recebe nos últimos tempos, bem como pela relevância da temática, é que se justifica o desenvolvimento do presente estudo, com a finalidade precípua de compreender os limites do direito à informação em detrimento do direito ao esquecimento.

1.3 OBJETIVOS

Após definição do tema e exposição dos problemas que o cercam, se faz necessário a identificação dos objetivos que se pretende alcançar no decorrer do presente trabalho monográfico.

1.3.1 Objetivos gerais

Analisar os limites do direito à informação em face do direito ao esquecimento.

1.3.2 Objetivos específicos

Demonstrar a essência do direito ao esquecimento e o direito à informação.

Analisar a dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e artigo 220, da Constituição Federal.

Verificar a diferença de informação útil e informação pretérita.

Identificar a extensão do dano que pode ser causado ao indivíduo cujo tem seu nome ou imagem vinculado de forma negativa.

Evidenciar o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátria acerca do conflito de normas em relação ao direito ao esquecimento versus a liberdade de informação e expressão.

1.4 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Os métodos que devem ser utilizados para a confecção de um trabalho seguem duas divisões, quais sejam: o método de abordagem e o método de procedimento. Nessa toada, o método de abordagem se pauta à cognição e os métodos de procedimento estão associados ao fazer. Assim, a abordagem é o mecanismo condutor da investigação, já que nele o pesquisador proporciona a linha de entendimento e as diretrizes delineadas na abordagem do problema (LEONEL; MOTA, 2011).

No presente trabalho monográfico, o método a ser utilizado será dedutivo, cujo qual pressupõe a existência de premissas gerais já consolidadas e que sirvam de base para a elaboração de novos conhecimentos. Segundo Octavian, Paulescu e Muniz (2003, p.25), o método dedutivo “é aquele que, partindo das leis gerais que regem os fenômenos, permite chegar aos fenômenos particulares”. Para Gullich, Lovato e Evangelista (2007, p.34), método dedutivo é aquele “que inicia em planos maiores, para planos menores”.

Ainda, pesquisa a ser realizada está sujeita aos estudos bibliográficos, na observação e descrição de casos ligados ao ambiente a ser pesquisado. Portanto, a sua realização está condicionada na abordagem qualitativa descritiva (LEONEL; MOTA, 2011). Assim:

A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re) interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2014, p. 136).

O presente trabalho será desenvolvido visando proporcionar maior familiaridade com o problema (explicitá-lo), ou seja, por meio de pesquisa exploratória, que pode envolver levantamento bibliográfico.

Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa, onde o pesquisador desenvolve conceitos, ideias e entendimentos a partir de padrões encontrados nos dados, ao invés de coletar dados para comprovar teorias, hipóteses e modelos pré-concebidos. Sobre a pesquisa qualitativa, asseveram Leonel e Mota (2011, p. 108) que “o principal objetivo da pesquisa qualitativa é o de conhecer as percepções dos sujeitos pesquisados acerca da situação-problema, objeto da investigação”.

E com relação ao procedimento, a pesquisa será bibliográfica, pois é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros, doutrinas, artigos científicos e jurisprudência.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Com a finalidade de obtenção dos objetivos traçados no presente trabalho monográfico e, ainda, zelando para a sua melhor compreensão, o estudo foi dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, foi apresentada a introdução, com descrição da situação problemática e definição do problema de pesquisa, bem como apresentação de justificativa, objetivos e procedimentos metodológicos a serem adotados para realização do estudo.

No segundo capítulo, será apresentada a essência do direito ao esquecimento e o direito à informação. Para isso, será abordada a sua criação, bem como a sua evolução histórica, desde a antiguidade até os dias atuais.

Progredindo para o terceiro capítulo, serão analisadas as elementares do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e artigo 220, da Constituição Federal, fazendo a diferenciação de informação útil e informação pretérita, bem como, demonstrando a extensão do dano que pode ser causado ao indivíduo cujo nome ou imagem vinculado de forma negativa;

No quarto capítulo, por sua vez, será demonstrado o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátria acerca do tema.

Por fim, o quinto e último capítulo apresentará as conclusões do estudo.

2 DO DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO

Neste capítulo será abordado o direito à liberdade de informação e a livre manifestação do pensamento, seus aspectos históricos, o impacto gerado pelos meios de comunicação em massa, bem como os limites da liberdade de informação e expressão em face do chamado “direito ao esquecimento”.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para uma melhor compreensão acerca do direito à informação e expressão, é preciso realizar um levantamento histórico sobre a evolução da percepção dos direitos fundamentais no âmbito do direito

Os direitos fundamentais, conforme Caetano (2016), são entendidos como direitos humano positivados no âmbito constitucional de cada Estado, sendo aqueles inerentes à pessoa, independentemente da cor, raça, sexo, opção sexual ou religiosa do indivíduo.

Ademais, direitos fundamentais são normas jurídicas que estão “intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento” (MARMELESTEIN, 2016, p. 18). Em linhas gerais, os direitos fundamentais são aqueles que buscam garantir as condições mínimas de sobrevivência, tal como garantia à dignidade, honra e a inviolabilidade da vida íntima e privada.

Alexy (2008), diz que os direitos fundamentais são estruturas primordiais de qualquer Constituição que preze pelo Estado de Direito. Sobre os direitos fundamentais, cita-se que:

Os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; A expressão direitos humanos por sua vez, guardará relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos (SARLET, 1998, p. 44).

É necessário mencionar que tais direitos foram conquistados ao decorrer do tempo, após lutas quase diárias por seu reconhecimento, assim como preceituam Caetano (2016), ao elucidar que os direitos fundamentais são decorrentes de um longo, lento e gradativo processo de transformação social do Direito, baseada em modificações sociais e históricas e de lutas coletivas que tinham como finalidade a limitação do poder estatal e a garantia dos direitos mínimos às pessoas. Assim, “[...] sem dúvidas, graças a todo esse processo, conseguimos consagrar importantes princípios e garantias fundamentais, que nos amparam atualmente e estão incorporados ao patrimônio comum da humanidade” (CAETANO, 2016, p. 3).

Essa conquista de direitos não está estagnada no tempo nem foi promovida em um único momento histórico, sendo que as lutas para conquistas de novos direitos e a própria vedação ao retrocesso social continua perpetrada na sociedade (CAETANO, 2016). Bobbio (1992, p. 5) destaca que os direitos fundamentais são “direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Desse modo, observa-se que os direitos fundamentais, a exemplo do próprio direito de liberdade de expressão são oriundos de uma construção histórica (CAETANO, 2016). Neste sentido, Sarmento (2004, p. 375) cita que:

Os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepairam ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.

Em termos de fundamentação teórica, Caetano (2016) explica que o marco teórico inicial de conquistas de direitos foi na Grécia Antiga, com a alteração da visão mitológica para uma visão filosófica, com a centralização do homem como preocupação central. Destaca-se, neste período, a obra “A Política”, de autoria do filósofo Aristóteles, que defendeu a necessidade de compreensão do homem como um ser político, apto a viver em sociedade e, portanto, merecedor de proteção de direitos. Os primeiros fundamentos de Estados Democráticos surgiram nesta época (ARISTÓTELES, 2004; CAETANO, 2016).

Além da Grécia Antiga, é destacável a conquista de Direitos na Roma Antiga. O doutrinador Miguel Reale (1994) defende que a conquista de direitos

fundamentais tem íntima ligação com o próprio Direito Natural e a valorização de valores e da razão do homem.

Com a evolução histórica e as várias fases e movimentos, incluindo o advento do Cristianismo, Idade Média, a queda do Absolutismo e o surgimento do Iluminismo foram cruciais para os direitos fundamentais. Bonavides (2007) cita que o desenvolvimento dos direitos fundamentais, em especial da dignidade humana, teve sua evolução atrelada à evolução do Estado Liberal para o Estado Social. No período de XVIII e XX, muitas transformações foram perceptíveis a nível mundial. O Liberalismo, um movimento voltado para a valorização dos cidadãos e da liberdade destes, foi uma revolta ao Absolutismo, cujo Estado era caracterizado pela supressão de direitos e opressão do povo.

Como uma evolução do Estado Liberal, surgiu o Estado Social, que é o auge do protecionismo dos direitos fundamentais. Os ideais sociais fundamentavam-se com a nação como sendo do povo e o Estado como representante deste (BONAVIDES, 2016).

Como marco teórico, menciona-se Rousseau (2008) que, mediante a formulação da obra “Contrato Social”, enfatizou que a sociedade entregou parte de sua liberdade para o Estado em troca de proteção dos direitos fundamentais. Um meio de proteção é a Constituição Federal, que é base normativa democrática e que traz os direitos fundamentais expressos ou implícitos em cada ordenamento jurídico.

A garantia de efetivação da proteção dos direitos fundamentais se deu, em especial, no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, realizada por intermédio da ONU, na cidade de Paris, que fundamentou a internacionalização dos direitos humanos e necessidade dos Estados protegerem os seus cidadãos, não atuando como opressores, mas sim como defensores. Foi a partir desse momento histórico que os direitos fundamentais foram devidamente valorizados sendo que, a partir de então, eles estão cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos e são base de formulação de legislações, interpretações e aplicações jurisprudenciais (CAETANO, 2016).

Sobre a Declaração de 1948, Bobbio (1992, p. 30) destaca:

Com a declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo cujo final os direitos do

homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

No ordenamento jurídico brasileiro, a maior representação de proteção de direitos fundamentais se dá com a própria Constituição Federal, que traz uma série de direitos que devem ser respeitados, incluindo o direito de informação. Desse modo, o tópico seguinte tem como finalidade analisar o amparo constitucional fornecido ao direito à liberdade de informação e expressão.

2.2 DO AMPARO CONSTITUCIONAL

O direito à liberdade de informação e expressão está amparado constitucionalmente nos artigos 220 e 5º, inciso IV, da Constituição Federal, que destacam:

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;
[...]

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 (BRASIL, 1988).

Esses direitos protegidos na Constituição e mencionados acima são os chamados direitos de personalidade. Segundo Silva (2014, p. 248), “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”.

É inegável que os direitos à informação e expressão, eram muito limitados e restritos na antiguidade, especialmente no período da ditadura militar, levando em consideração a grande intervenção de pessoas ligadas ao governo, que mantinham um controle extremamente forte aos meios de comunicação em massa, o que impediam quase na totalidade, que a população obtivesse informações referentes a atos políticos e governamentais (CAETANO, 2016).

Por outro lado, com o advento da Constituição Federal de 1988, nos dias atuais, como dispõe o art. 220, *caput*, da própria Lei, o direito à informação e

expressão, não deverá mais sofrer qualquer tipo de censura, prevalecendo desta forma, um regime de direito mais liberal, com garantias e deveres fundamentais, nos moldes de um “Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988).

O período da Ditadura Militar foi bastante prejudicial para a manutenção dos direitos de liberdade de informação e expressão, sendo que as restrições de tais direitos que faziam parte da realidade da sociedade nas décadas de 60, 70 e 80, nos auge da ditadura militar, teve seu fim com a chegada da “carta” constitucional de 1988 (CAETANO, 2016).

Stroppa (2010), ao tratar das “Dimensões Constitucionais do Direito de Informação e o Exercício da Liberdade De Informação Jornalística”, cita que esses direitos que eram censurados são representações da dignidade humana, permitindo o próprio exercício do direito de autodeterminação dos indivíduos.

Em complemento, Carvalho (1999, p.53) menciona que:

Em um sistema democrático, onde o poder público repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja interado de todas as circunstâncias e consequências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas. Nesse sentido, o direito de informação exerce um papel notável, de grande importância política, na medida em que assegura o acesso a tais informações.

Sendo assim, é evidente que os direitos de liberdade de informação e expressão estão ligados são direitos fundamentais do cidadão, que se utiliza desses meios para uma melhor vigilância e responsabilização de atos do governo. Desta forma, tais direitos elencados possuem amparo constitucional, que permitem a todos o direito de livre expressão do pensamento, do acesso a informações pertinentes e de interesse da sociedade, bem como o direito de informar, de ser informado e do acesso à informação (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Sobre o direito à informação, Canotilho e Moreira (1993, p.189) aludem:

O direito à informação [...] integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se

informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...].

Por outro lado, apesar de haver um direito positivado quanto a tais direitos individuais, os mesmos fazem necessários terem algumas limitações, em especial, quando conflitam com outros direitos fundamentais previstos em legislações, o que será abordado no tópico seguinte.

2.3 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO

Como já observado anteriormente, o direito à liberdade de informação e expressão possuem uma proteção constitucional, por se tratarem de direitos fundamentais, ou seja, aqueles direitos humanos positivados em Carta Constitucional. Ocorre que, apesar de serem direitos fundamentais, eles não são absolutos, ou seja, é plenamente possível a existência de limitações.

Desse modo, conforme Mendes e Branco (2012, p. 163), “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”.

Em arremate, Novelino (2013, p. 384) acrescenta que “por encontrarem limitações em outros direitos constitucionalmente consagrados, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, razão pela qual a relatividade costuma ser apontada como uma de suas características”.

Assim, perceptível que, de acordo com a doutrina, direitos fundamentais não são absolutos. Conforme Ferrari e Siqueira (2016, p. 149):

A liberdade de informação poderá sofrer algumas limitações nos casos em que se deparar com outros valores constitucionalmente relevantes, porém tais limitações apenas serão autorizadas nos casos de conflito entre direitos fundamentais ou quando determinadas expressamente pela legislação constitucional, caso contrário, ocorrerá violação ao direito fundamental de informação.

Ainda, a própria Constituição Federal estipulou alguns limites legais dos direitos fundamentais, que auxiliam na manutenção do Estado Democrático de Direito.

Portanto, menciona-se, a título exemplificativo, o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal que prevê que:

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:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] (BRASIL, 1988).

Por outro lado, no que tange à liberdade de informação jornalística, a Constituição prevê algumas normas com a finalidade de que esta liberdade não violasse outros direitos. São elas: o respeito ao princípio do direito à privacidade, a vedação ao anonimato, o direito de resposta, bem como o respeito ao sigilo de fonte (CF, art. 220, §1º).

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

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (BRASIL, 1988).

Pode-se entender o direito de resposta, como um direito subjetivo que todo indivíduo que teve seu nome vinculado em notícias por meios de comunicação em massa possui de trazer a sua versão sobre aquele fato que vincula sua pessoa, ou mesmo, o direito de reaver uma ratificação de determinada informação inverídica (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Apesar de haverem várias restrições ao direito de informação jornalística, é muito corriqueiro que hajam muitos atritos no que tange à liberdade de informação jornalística e os direitos da personalidade. Para a solução de tal conflito, o magistrado deve, sempre que possível, aplicar o princípio da proporcionalidade, que nada mais é que ponderar os excessos (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Desta forma, pondera Farias (1996, p. 59 apud FERRARI; SIQUEIRA, 2016, p. 146-147):

A constituição brasileira em vigor, no seu artigo 220, § 1º, estabelece uma reserva de lei qualificada para o legislador ordinário disciplinar o exercício da liberdade de expressão e informação, devendo-se levar em conta, dentre outros, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. [...] A ponderação de bens utilizada pela jurisprudência para resolver a colisão de direitos fundamentais é um método racional, uma vez que podem ser fundamentados nos enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, de acordo com as leis de colisão e ponderação.

Assim, considerando uma hipótese do conflito de normas, no qual há uma colisão entre o direito de liberdade de imprensa e os direitos de personalidade, o juiz deve fazer uma “ponderação de valores”, fazendo uma análise ao caso específico, e, assim, se utilizando do “princípio da proporcionalidade”, em favor sempre do mais prejudicado (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Ainda no tocante às limitações à liberdade de imprensa, há aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que restringe informações que identifiquem crianças ou adolescentes que praticaram ou tiveram envolvidos em algum ato infracional (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Novelino (2013, p. 526) relata que “o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) estabelece restrições à liberdade de informação jornalística vedando a divulgação de informações que permitam identificar crianças ou adolescentes envolvidos em ato infracional”.

Não obstante, a liberdade de informação pode sofrer limitações ainda, quando ocorrer o chamado “estado de sítio”, que nada mais é, do que uma medida provisória instaurada pelo Estado, quando se encontra numa situação de guerra ou mesmo uma calamidade pública (FERRARI; SIQUEIRA, 2016). Nestes termos, a Constituição Federal, pondera no seu artigo 139, inciso III:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...] III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; [...] (BRASIL, 1988)

Desta forma, como forma de proteção do Estado, o tempo que perdurar o “estado de sítio”, tais direitos poderão ser restringidos. Por outro lado, assim que cessarem esse estado excepcional, os direitos referentes à liberdade de informação, terão de volta sua aplicabilidade (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Por fim, pode-se concluir, que apesar dos direitos de informação e expressão serem direitos fundamentais, se faz necessário, em alguns casos específicos, a sua limitação como uma forma de não serem restringidos outros direitos também fundamentais.

2.4 DA IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

É notório que a liberdade de informação jornalística é de suma importância para a sociedade, tendo em vista o seu grande papel de influenciador que exerce sobre os cidadãos, possibilitando-os, desta forma, a serem formadores de opinião, conforme ensinam Ferrari e Siqueira (2016).

De acordo com Stroppa (2010, p. 147) a liberdade de informação jornalística é “[...] aquela desenvolvida por intermédio dos meios de comunicação de massa no exercício do direito de informar”.

Para melhor compreender o instituto da informação jornalística, é preciso deixar de lado a ideia de que a liberdade de informação jornalística diz respeito apenas à liberdade de imprensa, ela deve ser visualizada de maneira mais ampliada, abrangendo desta forma, todos os meios de comunicação em massa existentes, como internet, rádio, televisão, jornal, etc (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Como vive-se em um Estado Democrático de Direito e a democracia diz respeito à opinião pública, esta exprimida com maior importância nas eleições do país, é imprescindível que todos tenham acesso a informações e que essas sejam verdadeiras e de fontes confiáveis, pois formará a opinião pública de todo indivíduo que dela tiver acesso (FERRARI; SIQUEIRA, 2016). A importância da informação jornalística é a transmissão de informações que deveriam ser confiáveis e dotadas de credibilidade.

Desta forma, há um ônus e um bônus. Como já foi abordado anteriormente, há um direito garantido constitucionalmente à liberdade de imprensa de exercer sua função sem qualquer tipo de censura, salvo casos especificados em Lei (CF, art. 5º, XIII). Por outro lado, há também um encargo, que é de prestar tais informações de forma imparcial, segura e sem alteração da verdade dos fatos (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Neste sentido, Silva (2014, p. 249) relata que “exatamente porque a imprensa escrita, falada e televisada (como impropriamente se diz) constitui poderoso

instrumento de formação de opinião pública é que se adota hoje a ideia de que ela desempenha uma função social”.

Ademais, Carvalho (1999, p. 82, apud FERRARI; SIQUEIRA, 2016, p. 142-143) sintetiza que:

A trajetória da informação jornalística é bem significativa de seu papel social. Como já vimos anteriormente, a informação é inerente e inafastável em uma sociedade democrática, onde o cidadão participa das decisões políticas por meio de representantes ou diretamente. Para participar na vida política, ainda que indiretamente, deve estar informado das consequências das opções que têm de eleger, nos momentos em que a ordem política o convocar para tomar decisões. O meio mais remoto de distribuir as informações necessárias foi o jornal impresso. Obviamente que, quando ao governo não interessava a divulgação das informações, tentava-se, a todo preço, coarctar a liberdade informativa. Daí a luta crônica entre a imprensa e o governo, representativa da luta entre o governante e o governado, o cidadão e o Estado. Os jornais, portanto, tornaram-se bandeiras políticas, porta-vozes do sentimento político do povo.

Como havia em tempos passados, por parte do governo, muitos tipos de censura ao direito de informar e se manter informado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XIV, assegura aos profissionais da área, o direito ao sigilo da fonte, a fim de restringir qualquer intervenção opressiva do governo, que objetivava restrições ao direito de informar (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Tal direito, tem como objetivo assegurar que o informante tenha presumida a veracidade dos fatos narrados, mesmo não revelando suas fontes. Desta forma, “a existência constitucional do sigilo da fonte está relacionada à função desempenhada pelos jornalistas na sociedade: a de fornecer informações necessárias para o desenvolvimento digno da convivência social do ser humano (COSATE, 2009, apud FERRARI; SIQUEIRA, 2016, p. 144)

Por esse motivo, por desempenhar um papel de suma importância na sociedade, formando assim a opinião pública de toda uma nação, ficou prevista no artigo 220, §2º da Constituição Federal, a proibição de qualquer restrição ou censura ao direito de informar por parte da imprensa.

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

[...]

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Por fim, segundo Ferrari e Siqueira (2016), é importante frisar que a Lei maior assegurou ainda, que as atividades de comunicação não podem ser objetos de monopólios ou oligopólios, sendo assim vedado qualquer tipo de prática, direta ou indireta, que visem limitar a quantidade de meios de comunicação. Assim assevera o artigo 220, §5º, da Constituição Federal:

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

[...]

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar, que a limitação dos meios de comunicação, como forma de monopólio ou oligopólios, é muito prejudicial a sociedade, tendo em vista não se haver uma pluralidade de informações e fontes, assim minimizando a possibilidade mais ampla de análise de qualquer informação. Desta forma, o Estado se viu obrigado a proibir tal prática positivamente, a fim de permitir ao cidadão um acesso mais amplo e seguro as informações (FERRARI; SIQUEIRA, 2016).

Neste sentido, entende Stroppa (2006) que a estruturação e organização dos meios de comunicação de massa é importante para efetivação da democracia, na medida em que se configura como atividade essencial, desde que haja o cumprimento e respeito das normas constitucionais.

Não obstante, é inegável que o direito assegurado constitucionalmente à liberdade de informação de imprensa é de suma relevância para a sociedade, pois as informações prestadas por esses meios são o que irão nortear os cidadãos e fazê-los construir sua opinião pública, algo fundamental para que se constitua efetivamente um Estado Democrático de Direito.

Visto sobre o Direito à informação e liberdade de expressão, com ênfase na informação jornalística, o capítulo seguinte tem como finalidade abordar acerca do Direito ao Esquecimento.

3 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Neste capítulo será discorrido sobre o direito ao esquecimento, sua evolução histórica, conceito e interpretação normativa, bem como a extensão dos danos que podem ser causados por indivíduos que necessitam buscar tal direito judicialmente.

3.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

Ao abordar a temática do Direito ao Esquecimento, é preciso atentar-se que o tema está incluso dentro da ideia de Direito de Privacidade. Costa Júnior (1970, p. 7-8) entendem a privacidade como uma “necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna”.

Segundo Cunha Júnior e Novelino (2016, p. 57), a Constituição Federal tutela a privacidade mediante a garantia de “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (espécies). Quanto mais próximo das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deverá ser a proteção dada ao direito”.

Assim, a privacidade é um direito fundamental, sendo que a sua proteção é uma “[...] reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições de determinar por si próprios quando, como e em que extensão informações a seu respeito são comunicadas a terceiros” (LEONARDI, 2011, p. 67).

O direito ao esquecimento é direito subjetivo que concede a faculdade de não deixar que nenhum fato desonroso ou que nos cause sofrimento, que tenha ocorrido no passado, venha a público, de forma a novamente nos fazermos sofrer ou nos causar alguma situação vexatória (RIBEIRO; SANTOS; SOUSA, 2018). Para Martinez (2014, p. 84):

O direito ao esquecimento caracteriza-se, assim, como um direito da personalidade moral, e seus principais atributos são os mesmos de qualquer direito da personalidade, sendo ele inato; permanente; personalíssimo; absoluto (erga omnes); indisponível; irrenunciável; extrapatrimonial; impenhorável e imprescritível.

Paiva (2014, p. 2) compreende o direito ao esquecimento como “aquele inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de

sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos ou sofrimento”. Dotti (1998, p. 300) acrescenta que esse direito é uma “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”.

Pode-se ainda entender de uma forma mais simplória o direito ao esquecimento, como o “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. Nos EUA, é conhecido como *the right to be let alone* e, em países de língua espanhola, é alcunhado de *derecho al olvido*

. Nestes termos, é necessário entendermos que tal instituto não se trata de “deletar os fatos”, mas sim, permitir que as pessoas reescrevam a sua história, assim sem perdoando e se permitindo viver de uma forma tranquila em sociedade (RIBEIRO; SANTOS; SOUSA, 2018).

O que norteia esse direito, é o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV- os valores sociais o trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo político” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Conforme Barroso (2010, p. 10), a “dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso”. Não obstante, Sarlet (2015, p. 60) conceitua a dignidade humana como:

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de 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.

Para Ghisleni (2014, p. 180), a dignidade é um atributo da pessoa e, “pelo simples fato de “ser” humana, cabe a esta pessoa todo o respeito possível, independentemente de quaisquer requisitos ou condições, tais como origem, sexo,

raça, idade, estado civil, condições sociais e econômicas, entre outras”. A dignidade é uma garantia de um mínimo existencial ao ser humano:

Por isso, na doutrina, afirma-se que o princípio da dignidade humana se reporta “às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades”. Considera-se, dessa forma, que o aludido princípio abrange a dimensão material e espiritual do ser humano (QUEIRO, 2012, p. 103).

Piovesan (2006, p. 327) acrescenta que “o valor da dignidade humana se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”. Assim, conforme Ribeiro, Santos e Souza (2018), o direito do esquecimento fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como respaldo resguardar o direito à imagem, honra e dignidade de todos os membros da sociedade.

Como fundamento legal, menciona-se foi o enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ f, cujo teor é:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2013a).

Vale destacar também, em termos de fundamentação legal, o artigo 11 do Código Civil, que aqui se transcreve: “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” (BRASIL, 2002).

Ainda, é preciso mencionar que, com o advento das redes de computadores, o direito ao esquecimento também merece tutela no âmbito virtual, recebendo a denominação de direito à desindexação. Conforme Vidigal (2017, p. 22), a expressão desindexação “refere-se à retirada de uma ou mais páginas virtuais da lista de resultados apresentada após uma pesquisa, com determinados termos e

expressões, nos provedores ou motores de busca e pesquisa, tais como Google, Yahoo, Bing”. A desindexação seria a indisponibilização de conteúdos nos provedores de internet, com a finalidade de concretização do direito ao esquecimento.

A título exemplificativo de aplicabilidade da desindexação, menciona-se o Resp 1.660.168/RJ, que foi chamado de “caso fraude em concurso magistratura”, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi. No caso, discutia-se o direito ao esquecimento relacionado a autora, cujo nome era vinculado a uma suposta fraude em XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Segue ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionálíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente Documento: 1628798 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/06/2018 Página 1 de 94 Superior Tribunal de Justiça rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. 8. O

arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos. 9. Recursos especiais parcialmente providos (BRASIL, 2018).

No voto, a relatora abordou sobre a ponderação entre direitos, mencionando que “na tensão que se coloca entre o direito fundamental à informação e as liberdades públicas dos cidadãos, ao meu ver, o primeiro deve ceder” (BRASIL, 2018, p. 92), porém, havendo situações excepcionais, deve ser preservado o direito à intimidade, privacidade e ao esquecimento, permitindo que o indivíduo tenha uma vida normal, caracterizada por dignidade humana.

Ademais, a discussão do julgado envolveu também a responsabilidade dos provedores de internet pela circulação de informações que afrontariam o direito ao esquecimento. Conforme a relatora, o entendimento majoritário da Corte é no sentido de que os provedores não tem responsabilidade pela divulgação de informações. Contudo, havendo uma decisão judicial que determina a desindexação dos conteúdos, o provedor tem a responsabilidade de excluir as informações requeridas, sob pena de pagamento de multa diária (BRASIL, 2018). Havendo a indisponibilização dos conteúdos após determinação judicial, não há o que se falar de responsabilidade civil dos provedores de internet.

Assim sendo, como pode-se observar no decorrer desse tópico, o direito ao esquecimento, ou em outras palavras “o direito de ser deixado só”, possui base jurídica farta, tanto na Lei Maior, quanto no Código Civil, que prevê sua aplicação na proteção dos direitos de personalidade, sendo que, no âmbito virtual é denominado de direito à desindexação, devendo ser ponderado com o direito à informação.

3.2 ORIGEM DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ao se aprofundar nos aspectos históricos que conferem o nascimento do direito ao esquecimento, é preciso, primeiramente ter ciência do local de seu surgimento.

Pois bem, fazendo um apanhado histórico, detectou-se que o direito ao esquecimento teve sua origem, até onde se sabe, na Alemanha, em meados de ano de 1973, no caso conhecido como “Lebach”, que reconheceu o direito ao esquecimento em detrimento de um acusado de participar de um crime de assassinato (WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Para melhor compreensão, o caso Lebach se trata de um pedido liminar de um dos envolvidos no crime que ficou conhecido como “assassinato dos soldados de Lebach”. O acusado de envolvimento no crime, entrou com um pedido no Tribunal Constitucional Alemão, a fim de impedir que um filme retratando a história do delito fosse exibido, com o fundamento de que causaria um dano a sua imagem, e consequentemente, atrapalharia a sua ressocialização (WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Por outro lado, num primeiro momento o pedido não fora julgado procedente, com fundamento no fator “tempo”, que enseja a base do direito ao esquecimento. Na decisão do magistrado, o mesmo relatou que por se tratar de um crime de acontecimento recente, tem grande interesse público, assim, nada podendo justificar a censura de sua exibição (MENDES, 1997, p. 389 apud WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015). Todavia, quando o interposto recurso ao Tribunal Superior, a decisão fora reformada, estabelecendo proibição da exibição do filme. Neste sentido entende Mendes (1997, p. 389, apud WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015, p. 4):

Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves, tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre afigura-se legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação. A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.

Contudo, há quem diga que o direito ao esquecimento tenha nascido na Espanha, onde um espanhol entrou com uma ação em face do site de pesquisa Google, no ano de 2010, mas que teve início no final da década de 90 (WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Mais especificamente, o caso se trata de uma publicação do jornal espanhol “La Vanguardia”, que publicou um anúncio dos Assuntos Sociais em relação a um leilão de imóveis para sanar dívidas com a Previdência Social. Tal anúncio

referenciou, mesmo depois de paga à dívida, o nome de Mario Costeja González. (MARTINS, 2014 apud WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Com base nessas decisões, pode-se observar que o direito ao esquecimento deve ser tratado caso a caso, pois mesmo situações muito semelhantes, podem ter desfechos diferentes. Fica evidente que tal direito deve ser aplicado nos termos do princípio da proporcionalidade, pois os mesmos direitos, qual seja, o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, possuem a mesma importância na Constituição Federal (PORTELA, 2014 apud (WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Ou seja, fazendo uma análise no caso concreto de Mario, verifica-se que é uma informação já não mais útil para a sociedade, pois já cumpriu sua função à época em que era necessária, desta forma, não há mais razão para continuar publicada (WOHJAN; WISNIEWSKI, 2015).

Trazendo a origem do direito ao esquecimento para Brasil, menciona-se que o tema ganhou força no cenário nacional mediante a publicação do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal (CJF) na VI Jornada de Direito Civil, no ano de 2013, que incluiu o direito ao esquecimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao dispor que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A redação do texto visa, com tal Enunciado, incluir o direito ao esquecimento num rol extensivo aos direitos de personalidade (RIBEIRO; SANTOS; SOUSA, 2018).

Por fim, ficou claro que o surgimento do direito ao esquecimento surge do conflito aparente entre os direitos de personalidade e a liberdade de informação e expressão, conflito este, que acontece em diversos países do mundo, e que surge no Brasil como um desafio aos magistrados para colocar em prática sua aplicabilidade.

3.3 DA REPARAÇÃO DO DANO

Como já analisado no decorrer da monografia, o direito ao esquecimento deve ser estudado e analisado caso a caso, pois sua aplicação não é tão simples assim. Não diz respeito a um direito aplicado em todo caso que o indivíduo expressa sua vontade de esquecer algo desabonador ao seu respeito, ao contrário, tem relação diretamente com o tempo, este sim, irá nortear a sua aplicação.

Para Rosenvald e Farias (2014) e Aquino e Silva (2017), por alguns casos estarem enraizados na vida e na história de uma sociedade, ou até mesmo no próprio processo de formação da identidade cultural de um povo, eles não poderão ser apagados, esquecidos, desta forma, o que resta é ponderar o direito à liberdade de imprensa, a fim de que se use do princípio da razoabilidade.

Por outro lado, existem situações, que apesar de o fator tempo não trazer significativas soluções, deve ser levado em consideração da mesma forma para a aplicação do direito ao esquecimento. Há, como exemplo, o crime que aconteceu no ano de 1993 e ficou conhecido como a “Chacina da Candelária”. Este fato, que se trata de um massacre de jovens envolvendo a milícia, ocorrido em frente à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, teve uma reportagem exibida pela Rede Globo, que citou o nome de alguns policiais condenados à época. Tal conduta da emissora, foi entendida como um abuso ao direito de informação, sob o fundamento da notícia não possuir mais relevância alguma para sociedade, já que era um fato de conhecimento de todos há muitos anos (AQUINO; SILVA, 2017).

Ademais, menciona-se também julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em ação de reparação de danos por publicação de matéria jornalística de conteúdo vexatório, decidiu que houve caracterização de danos e afronta ao direito ao esquecimento, conforme ementa abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. REPUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CONTEÚDO VEXATÓRIO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE. CONDIÇÃO DESABONATÓRIA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. Hipótese na qual a parte autora busca a condenação da ré ao pagamento de danos sofridos em face da republicação de matéria jornalística de 10.12.1977, sob o título "Marido obrigava mulher a usar 'cinto de castidade'", com plena indicação do seu nome e de seu ex-esposo, recordando período de muito sofrimento e humilhação, que sempre buscou esquecer, tanto que nunca mais estabeleceu nova convivência. O direito ao esquecimento costuma ser invocado como o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores. Caso em que restou demonstrado que a demandada agiu com abuso no seu direito constitucional de liberdade de informação e manifestação na medida em que ao republicar fatos passados reabriu antigas feridas e reacendeu comentários desabonatórios, expondo a autora a constrangimento severo e de grande humilhação. A exposição pública e desnecessária realizada pelo meio de comunicação enseja a compensação moral reclamada, uma vez que ultrapassou o espaço da informação, afetando, assim, a moral e o bem-estar social da demandante. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Majoração do montante indenizatório fixado em primeiro grau para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), considerando os parâmetros... balizados por esta Corte e atendendo, assim, à dupla finalidade dessa modalidade indenizatória: trazer

compensação à vítima e inibição ao infrator. Valor que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, a contar da data da sentença com fulcro na Súmula nº 362 do STJ, e juros de mora a contar da data do fato danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DA RÉ PREJUDICADA (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

No julgado acima mencionado, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, abordava-se a responsabilidade do jornalista que republicou matéria que tinha como ênfase principal relembrar abusos e torturas sofridas pela parte autora e cometidas pelo seu então marido, sendo a matéria original publicada no ano de 1977. Conforme o relator, a republicação da matéria ocasionou sentimento de humilhação e sofrimento da parte autora que teve que relembrar fatos passados traumatizantes em sua vida, havendo afronta direta ao direito ao esquecimento. Desse modo, o direito à informação jornalística não poderia prevalecer perante os direitos de privacidade da parte autora, já que estava lhe ocasionando danos de ordem moral e psíquica.

Em relação à responsabilidade civil, resta claro a existência de concessão de meios para garantir o direito ao esquecimento, são eles, compensatórios e preventivos. Desta forma, poderá a vítima, assim que sofrer ou sentir receio de sofrer violação ao direito de personalidade ligada ao direito de esquecimento, requer ao juiz a retirada do seu nome, ou da sua imagem, e na mesma demanda solicitar ainda, a compensação pecuniária, pelo dano ocasionado (AQUINO; SILVA, 2017).

Por fim, conforme Aquino e Silva (2017) e Rosenvald e Farias (2014), a responsabilidade civil deverá ser analisada de modo minucioso pelo magistrado, analisando cada caso de forma peculiar, sendo que, diante de ocorrência de danos morais, é plenamente cabível a reparação.

Compreendido acerca do direito ao esquecimento, o capítulo seguinte tem como objeto analisar o entendimento jurisprudencial e doutrinário diante de confronto entre o direito ao esquecimento e o direito à informação e liberdade de expressão

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O presente capítulo aborda o posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca do conflito de direitos fundamentais, qual seja, o direito ao esquecimento e o direito à liberdade de informação e expressão, bem como traz algumas considerações sobre a colisão de princípios e a aplicação da regra da ponderação.

4.1 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO OU PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios, como mandamentos de otimização, não são absolutos, como já visto. Porém, não há princípios que valham mais que outros, isto porque, quando inseridos no âmbito constitucional, os princípios tem mesma carga valorativa, sendo que, diante de colisão desses mandamentos, é preciso fazer uso da ponderação ou princípio da proporcionalidade. O doutrinador responsável pela formulação de uma “lei” de colisão foi Robert Alexy. De acordo com Cardoso (2016, p. 137), Robert Alexy desenvolveu uma teoria “[...] segundo a qual a colisão entre direitos fundamentais, quando estruturados como princípios, deve ser solucionada com a aplicação da técnica da ponderação através do princípio da proporcionalidade

Sobre o conceito de princípios, cita-se que eles são “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36).

Conforme Alexy (2008), os princípios, *a priori*, possuem o mesmo valor, sendo que, caso colidam, é preciso ponderá-los para realização da justiça, aplicando-se uma preferência condicionada ao caso concreto. Nesse sentido, Günther (2004, p. 316) cita que:

A resolução da colisão consiste, ao contrário, em se estabelecer, tendo em vista as circunstâncias do caso, uma relação condicional de precedência entre os princípios. O estabelecimento da relação condicional de precedência, por sua vez, consiste em que, em referência ao caso, sejam indicadas as condições sob as quais um dos princípios precede o outro.

Assim, na colisão de princípios, deve-se analisar, no caso concreto, qual deles irá prevalecer. Ademais, conforme a lei da colisão, apresentada por Alexy, se as condições em dois casos distintos forem iguais, deve prevalecer o mesmo princípio em ambos os casos. Contudo, se os casos distintos não forem iguais, nem sempre o mesmo princípio irá prevalecer (KÖHN, 2007).

Desse modo, observa-se que Alexy faz uso da técnica de sopesamento, originária da Corte Constitucional Alemã “[...] para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer” (CARDOSO, 2016, p. 145).

Para aplicação da ponderação, Alexy propõe três fases que precisam ser cumpridas: dimensão da adequação, dimensão da necessidade e proporcionalidade, conforme apresentado por Abdouch (2017, p. 6):

[...] a solução no caso de colidência dá-se em três passos: em primeiro lugar, deve-se verificar a dimensão da adequação, que requer verificar se a medida é adequada a atingir os fins a que pretende, em segundo – e somente se passar no primeiro teste –, deve-se verificar a dimensão da necessidade, de modo a verificar se a medida é a menos gravosa aos direitos daquele que sairá lesado caso ela seja tomada e em terceiro – e somente se passar nos dois primeiros testes –, é que se faz o sopesamento propriamente dito, que consiste na fase da proporcionalidade em sentido estrito, em que se lançará mão da “lei de colisão” para a resolução do caso [...] De acordo com a lei da colisão, se um princípio tem precedência em face de outro sob determinadas condições e se, sob essas condições decorre uma consequência jurídica, então vale uma regra que tenha as condições avaliadas neste caso como suporte fático e as consequências jurídicas do fato como consequência jurídica.

A técnica da ponderação consiste, portanto, na própria aplicação do princípio da proporcionalidade entre princípios e/ou direitos fundamentais. Silva (2002, p. 23) entende a proporcionalidade como uma regra de interpretação e aplicação do direito, usada para “[...] promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”, evitando a execução de dimensões desproporcionais entre restrições e aplicações de direitos fundamentais.

Assim, na lei da ponderação, aplica-se a proporcionalidade para verificar qual princípio ou direito fundamental deve ser aplicado, devendo sempre analisar as condições do caso concreto para uma melhor adequação do princípio às necessidades solicitadas.

4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Em virtude de os direitos fundamentais não serem absolutos, é possível a existência de conflitos ou colisão de direitos. Conforme Andrade (1987, p. 220), a colisão ocorre “[...] sempre que se deva entender que a constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”. A problemática gira em torno de como será resolvido tal conflito no caso concreto.

Steinmetz (2001, p. 63) acrescenta que as normas de direito fundamental são “abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões in concreto”. Por isso, há colisão entre o direito à liberdade de informação e expressão e o direito ao esquecimento.

Donnini e Donnini (2002), ao tratar do direito de liberdade de informação e expressão, aborda que a imprensa possui a liberdade de comunicação por intermédio de profissionais, contudo, mesmo que essa liberdade seja um direito fundamental, é preciso compreender que ela não é ilimitada, tendo, como limites, o direito à honra, intimidade, privacidade e o direito ao esquecimento. Desse modo:

Destarte, na hipótese de colisão, confronto entre esses direitos fundamentais, indaga-se qual deles deve prevalecer. Com efeito, nem todos os acontecimentos, críticas, opiniões podem ser difundidos, sem critério, pelos meios de comunicação. Se a imprensa divulga informação denegando a honra de uma pessoa, violando o direito à intimidade e à vida privada de alguém, ou ainda infringindo o direito à imagem, estará abusando do direito de informar, extrapolando seu direito fundamental consistente da liberdade de expressão e informação e, como consequência, poderá sofrer sanções civis e penais, estas fundadas em penas privativas de liberdade para o responsável e aquelas consistentes na fixação de indenização, a título de reparação, dos danos sofridos. (DONNINI; DONNINI, 2002, p. 53-54).

Assim, a liberdade de informação, conforme Donnini e Donnini (2002), encontra limitação na tutela da privacidade, sendo que a veiculação de informações que tenham como caráter a violação dos direitos da vida privada dos indivíduos não pode prevalecer em face do direito ao esquecimento.

Cavaliere Filho (2009), ao abordar a temática, ensina que a liberdade de informação está dividida em duas modalidades: direito de informar, que é típico dos canais de comunicação e o direito de ser informado, que é um direito que o cidadão possui. Ocorre que ambas as modalidades de liberdade de informação não são absolutas. Desse modo:

Os órgãos de comunicação, é verdade, não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torná-los públicos. Se tal fosse exigido, a coletividade ficaria privada do direito à informação que deve ser contemporânea às ocorrências, sob pena de tornar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade. Forçoso reconhecer, entretanto, que, por estar o direito de livre pesquisa e publicidade constitucionalmente condicionado à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, sempre que o primeiro extrapolar os seus limites, quer por sensacionalismo, quer por falta de cuidado, surgirá o dever de indenizar" (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 112/113).

No caso de colisão entre liberdade de informação e de expressão com o direito ao esquecimento, devem ser levados em consideração alguns elementos para aplicação do princípio da proporcionalidade. Dentre eles, Barroso (2004, p. 35) destaca:

[...] a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação. a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.

A análise desses elementos quando do conflito de direitos é parte da aplicação da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, segundo Steinmetz (2001, p. 149), "ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional".

Há quem entenda que, no caso de colisão dos direitos de liberdade à informação e direito ao esquecimento aplica-se a ponderação, a exemplo dos doutrinadores Farias e Rosenvald (2011, p. 160):

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente.

Na realidade, tanto a proporcionalidade como a ponderação são entendidas como sinônimos, na medida em que verificam, no caso concreto, quais as reais consequências que a aplicação de cada direito fundamental proporcionaria, levando em consideração todos os elementos possíveis para formulação de uma decisão adequada, justa e que respeite os postulados de dignidade da pessoa humana.

A título exemplificativo, é preciso mencionar o caso Champinha. O crime ocorreu no ano de 2003, onde autor Champinha, com então 16 anos, participou do assassinato da estudante Liana Friedenbach, 16 anos, e de seu namorado, Felipe Silva Caffé, 19 anos. O crime ocorreu em Embu Guaçu, região metropolitana de São Paulo, sendo caracterizado como brutal, pois a jovem foi sequestrada e mantida em cárcere por quatro dias, sendo violentada inúmeras vezes por quatro homens e, posteriormente, esfaqueada com diversos golpes., Felipe também foi assinando, porém, foi baleado na nuca, sem qualquer meio de defesa. Champinha, menor de idade, teria sido condenado a internação de três anos. Contudo, ele ainda se mantém internado, com fundamento em possuir distúrbios psíquicos (GAZETA DO POVO, 2018). O caso Champinha é um exemplo de afronta ao direito ao esquecimento, na medida em que, corriqueiramente, está sendo divulgado e lembrado na mídia, mediante republicações de matérias e, inclusive, reportagens novas sobre o delito ocorrido em 2003. A liberdade de informação jornalística, com retomada do crime, ocasiona não somente afronta ao direito ao esquecimento do autor do fato, mas também o próprio direito à privacidade dos familiares, conforme entendimento doutrinário.

Compreendido acerca do posicionamento doutrinário, passa-se às abordagens sobre o posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Sobre o posicionamento jurisprudencial, é preciso analisar alguns tribunais, iniciando pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Inicialmente, menciona-se julgamento de agravo de instrumento oriundo da Comarca de Chapecó, julgado em 4 de abril de 2019, tendo como relator Sebastião César Evangelista.

CONTENHAM O NOME E IMAGEM DE PESSOA RELACIONADAS A PESSOA DO FILHO À PRÁTICA DE TERRORISMO. PLAUSIBILIDADE DOS FATOS INVOCADOS, RESPALDADA DIREITO AO ESQUECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO NÃO REVELADA DE PLANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. **O direito de esquecimento - o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, possui respaldo no ordenamento jurídico e tem como objetivo corrigir uma distorção, isto é, quando a divulgação de determinado fato viola mais a honra e privacidade do indivíduo do que serve ao interesse público (liberdade de imprensa e de informação).** Sabe-se que esse direito é atrelado a um importante valor erigido como um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) a dignidade da pessoa humana, "valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto." (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001) É fato notório que os operadores de sites de busca não têm controle sobre a criação de dados na internet, sendo-lhes viável, entretanto, algum nível de controle sobre os resultados das pesquisas. A viabilidade técnica de soluções disponíveis para limitar as respostas a pesquisas feitas por usuários deve ser aferida por meio de prova pericial, a fim de se definir, pela tecnologia disponível, a solução razoável para preservar o direito da vítima (seja de violação à honra ou de propriedade intelectual ou direito autoral), sem impor ao réu obrigação impraticável. Esta sedimentada a jurisprudência, a partir de decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.200.856/RS), no sentido de que a multa cominada em sede de antecipação de tutela não é passível de execução provisória antes de que seja confirmada por sentença. Assim, caso, ao final da instrução, verifique-se que, de fato, não houve cumprimento integral da decisão por negligência da ré, mas sim por impossibilidade técnica, não haverá espaço para a incidência da astreinte. Nesse exame, é claro, será necessário avaliar se a ré, com toda a sua capacidade tecnológica, agiu de forma consentânea com os princípios da lealdade processual e empregou, de fato, todos os meios à sua disposição para aquiescer ao comando judicial e preservar, tanto quanto possível, a honra e a intimidade da parte autora, direitos fundamentais em tese tutelados pela decisão agravada (SANTA CATARINA, 2019, p. 1) (grifo nosso).

O julgado tratava-se de discussão onde figurava como recorrente a empresa Google e como recorrido Chaiboun Ibrahim Darwiche. Discutia-se, nos autos, o conflito entre o direito à informação e a privacidade, mediante aplicação do princípio do esquecimento, cujo autor da ação inicial requer a desindexação de informações, pois seu nome estava sendo confundido com o de seu filho, investigado pela Polícia Federal pela prática do crime de terrorismo. Em primeira instância, o magistrado deferiu a liminar, concedendo a tutela de urgência para desindexação das informações. No agravo, o recorrente, dentre outros fundamentos, alegou que "a liberdade de informação, na ponderação de princípios, deverá prevalecer em detrimento do direito à intimidade já que se trata, no caso em apreço, de matéria de

interesse público e jornalístico” (SANTA CATARINA, 2019, p. 3). No fundamento da decisão, o relator afirmou que:

Na espécie dos autos, mostra-se indubitoso, de um lado, que a parte tem o direito de não ter seu nome e imagem ligados a fatos desabonadores, ainda que atribuídos de forma lícita a pessoa de sua estreita relação. De outro lado, não se descuida que o exercício desse direito não pode servir para encobrir notícias de caráter jornalístico envolvendo o nome do filho do agravado. Saliente-se que o exame desse aparente conflito de interesses está diretamente ligado ao mérito da questão, devendo ser melhor analisado na origem, restringindo-se a análise aos demais argumentos trazidos pela agravante (SANTA CATARINA, 2019, p. 11)

O recurso foi conhecido, porém não foi dado provimento, mantendo-se a tutela de urgência para desindexação das informações, prevalecendo, no julgado o direito à privacidade em detrimento do direito à informação. Contudo, como reforçou o relator, é preciso uma análise minuciosa no caso concreto, para real compreensão da situação fática e de qual direito, mediante uso da ponderação, seria o mais adequado.

Outro julgado que merece menção decorre de ação de indenização por danos morais, conforme ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE. CAPITÃO DO CORPO DE BOMBEIROS QUE ALEGA TER SOFRIDO OFENSA À HONRA EM REPORTAGENS VEICULADAS POR JORNAL DA REGIÃO SUL. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. CONTEÚDOS QUE VISAVAM APENAS NOTICIAR A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO E PROCESSO CRIMINAL INSTAURADOS CONTRA O REFERIDO MILITAR. VEDAÇÃO À IMPOSIÇÃO DE CENSURA PRÉVIA. EXEGESE DO ART. 5º, INCISO IX, DA CF/1988. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. Há, na Carta Magna, mecanismos que garantem a liberdade de imprensa (art. 5º, incisos IV e IX). Porém, é igualmente assegurado o direito à indenização por dano moral que possa resultar do excesso da liberdade de expressão, pois o seu art. 5º, inciso X, é claro ao determinar que "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". **Pelo teor das transcrições das reportagens do periódico, não logra-se colher qualquer intuito de denegrir a imagem do demandante-apelante, senão conteúdos com objetivo de informar aos leitores sobre a investigação e o processo criminal que apurava a prática de delito cometido pelo militar. E, pelo que consta, respectivos autos não estavam em segredo de justiça. Outrossim, verificou-se que as reportagens não teceram comentários desabonadores contra o capitão, tão somente esclareceram acerca da situação que o envolvia.** APELO NÃO PROVIDO (SANTA CATARINA, 2017) (grifo nosso).

O julgado evidenciou que não pode haver uma ampla liberdade de expressão jornalística, pois, conforme já percebido nos capítulos anteriores, não há direitos fundamentais absolutos, portanto, a liberdade de expressão e de informação encontra algumas limitações, como a manutenção da privacidade e da intimidade. Contudo, essas limitações não poderiam configurar censura prévia, pois a população tem direito à informação, desde que não denigra ou tenha a intenção de ofender pessoas envolvidas com o caso relatado (SANTA CATARINA, 2017).

No entendimento do relator, a notícia estava de acordo com o direito à liberdade de informação e expressão jornalística, sendo que, por não haver comentários que ofendessem a integridade física e moral do suposto autor do fato, bem como por não tratar de caso em segredo de justiça, não haveria violação ao direito da privacidade e, conseqüentemente, do próprio direito ao esquecimento.

Por fim, no que se refere ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é preciso analisar mais um julgado. Segue ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E PEDIDOS DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA EM TV ABERTA E SITE DA RÉ. ABORDAGEM ACERCA DA VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO. MENÇÃO A CASOS NOTÓRIOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA. NARRAÇÃO DO SINISTRO NO QUAL SE ENVOLVEU O AUTOR COM CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO E LESÕES CORPORAIS. ALEGAÇÃO DE QUE A NOTÍCIA CAUSA OFENSA À SUA HONRA. PENA JÁ EXAURIDA. PLEITEADO O GOZO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO INSUBSISTÊNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE SOBREPÕE À ABORDAGEM HISTÓRICA DE CASOS EMBLEMÁTICOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. ANIMUS CALUNIANDI OU DIFAMANDI NÃO VERIFICADO. MERO ANIMUS NARRANDI. FATO QUE, À ÉPOCA, GEROU GRANDE COMOÇÃO POPULAR E FICOU MARCADO NA HISTÓRIA DA CIDADE. AUSÊNCIA DE AFIRMAÇÕES DE DESABONASSEM A HONRA DO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. **ABALO À MORAL NÃO CARACTERIZADO**. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...] 3. "O direito ao esquecimento, apesar de erigido por doutrina e jurisprudência hodiernas como um direito da personalidade novo e independente dos demais e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma visão mais crítica, enquanto verdadeiro limitador do direito à informação e a liberdade de imprensa, há de ser visto com cautela, sob pena de configurar, sob o ilusório pálio de resguardo máximo de direitos fundamentais próprio da Estado Democrático de Direito, inadmissível e inconstitucional forma de censura. **Assim, deve ser concebido nos limites dos direitos da personalidade já assegurados pelo ordenamento jurídico átrio, notadamente a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sobretudo com o fim de resguardar o manifesto interesse público na historicidade dos acontecimentos sociais, cuja transmissibilidade informativa que lhe é inerente também compõe o espectro da dignidade da pessoa humana, que tem o seu desenvolvimento assentado, justamente, na aprendizagem social histórica**" [...] (SANTA CATARINA, 2016) (grifo nosso).

No julgado é nítido que, para realização da ponderação entre o direito à liberdade de informação e expressão em contrapartida ao direito ao esquecimento, é preciso que a notícia ou fato histórico “renascido” tenha manifesto interesse de calúnia e difamação contra o autor, sendo que, havendo apenas interesse de aprendizagem social e histórica, o direito ao esquecimento não deveria prevalecer. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina aplica, portanto, a ponderação ou proporcionalidade entre os direitos, analisando, no caso concreto, a vedação a censura prévia e a manutenção da dignidade humana, sendo que, no caso da matéria jornalística ter a finalidade de formação de aprendizagem social e histórica, não há o porquê de se aplicar o direito ao esquecimento, pois não há manifestação de cunho ofensivo.

No Superior Tribunal de Justiça também houve discussões voltadas para o conflito entre o direito à liberdade de informação, no caso liberdade de imprensa, e direitos da personalidade, como o direito ao esquecimento. Um dos fatos mais notórios está relacionado com a Chacina da Candelária.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. **LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE**. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA - JUSTIÇA. **SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS**. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. [...] 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela **ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado**. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que

se refere à vida humana", de modo que, **na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira"** (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). [...] Assim, a **liberdade** de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da **liberdade** de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores. 8. Nesse passo, **a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.** Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a **informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República**, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas". [...] **Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.** [...] E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. 17. **Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.** 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a **reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do**

crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida "vergonha" nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013b) (grifo nosso).

No julgado abordou-se que, apesar de ser um fato histórico, as informações que expusessem informações sobre os autores, que fossem pretensiosas a formação de opinião pública, deveriam ser consideradas como uma afronta a dignidade humana, devendo prevalecer, neste caso, o direito ao esquecimento. A Chacina da Candelária é um fato histórico e social, sendo que as informações republicadas somente deveriam ter o caráter de aprendizagem social e histórica, sendo que eventuais informações e notícias de cunho ofensivo estariam afrontando o direito fundamental da privacidade e proteção da intimidade, amparados pelo direito ao esquecimento (BRASIL, 2013b).

Um dos fundamentos aplicados pelo relator seria a tese da prescrição, afirmando que, como o fato ocorreu há tempos atrás, ele perdeu o interesse da sociedade, não sendo mais necessária sua vinculação, a não para aprendizagem histórica. Assim, para o relator do caso, esse interesse público do crime “[...] tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas” (BRASIL, 2013b, p. 1).

Essa teria sido a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça aplicou o direito ao esquecimento em um julgado. Conforme Canário (2013, p. 1), o julgamento tratou do conflito entre liberdade de imprensa e a privacidade dos cidadãos, sendo que “ao mesmo tempo em que a Constituição assegura que a imprensa é incensurável e goza de total liberdade, encontra barreiras em princípios como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”.

O Supremo Tribunal Federal também teve alguns julgamentos relacionados acerca da liberdade de informação e o direito ao esquecimento. Menciona-se, como exemplo, o entendimento adotado em ADI acerca da função do direito à informação, com ênfase no critério da ponderação:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º

INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). **ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.** PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. [...]A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. **Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.** [...] (BRASIL, 2015) (grifo nosso).

No julgamento, a relatora Ministra Cármen Lúcia afirmou que, havendo conflito de direitos constitucionais, como o direito à informação e o direito à privacidade, é preciso aplicar a ponderação, analisando o melhor direito no caso concreto. Conforme analisado no capítulo anterior, a ponderação visa analisar, no caso concreto, qual direito seria melhor aplicado, sem ofender os pressupostos básicos de dignidade humana. O Ministro Gilmar Mendes também mencionou, em julgado anterior, a importância da ponderação e da aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso de conflitos entre liberdade de expressão e direito à intimidade e privacidade.

Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 ("Lei Geral da Copa"). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. **Aplicação do princípio da proporcionalidade.** Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente" (BRASIL, 2014) (grifo nosso).

Para o relator, o princípio da proporcionalidade deve se preocupar em ponderar a liberdade de expressão e a proteção dos direitos da privacidade. O juízo de ponderação, no caso concreto, deveria ter a finalidade de evitar novos conflitos e retomada de discussões que já deveriam ter sido esquecidas, pois já não se configurariam mais como problemas de ordem pública.

Analisando o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é perceptível que é possível a existência de conflitos entre direitos constitucionais, pois

nenhum é absoluto, havendo a necessidade de aplicação da ponderação conforme as peculiaridades do caso concreto. Grande parte da jurisprudência analisada firmou entendimento de que, não havendo motivos que evidenciem danos morais, calúnia ou difamação, deve prevalecer o direito à informação. Contudo, quando há uma veiculação pretensiosa, com a finalidade de denegrir a imagem de indivíduos, mediante retomada de fatos passados, causando incômodos, sendo evidente a afronta da dignidade humana, o direito ao esquecimento, como tutela da privacidade e da intimidade, deve prevalecer.

Sob a ótica da colisão de princípios, como ambos não são absolutos, mas possuem a mesma carga valorativa, é função do aplicador do direito ponderá-los, com razoabilidade e proporcionalidade, evitando a afronta de direitos fundamentais. Não há, no entendimento jurisprudencial e doutrinário analisado, um direito que prevalece, em todos os casos, sobre outro. Há vezes, conforme observado, que prevalece o direito à informação e liberdade de expressão e informação jornalística em face do direito ao esquecimento, porém, em outras vezes, a situação é contrária, ou seja, há prevalência do direito ao esquecimento, privacidade e intimidade em face da liberdade de expressão. Isso ocorre mediante análise das circunstâncias do caso concreto, que poderão dizer se é ou não aplicável determinado direito fundamental em detrimento do outro.

Desse modo, para compreender se o direito ao esquecimento deve prevalecer ou não em detrimento do direito à liberdade de informação e expressão, ambos sendo direitos fundamentais, é preciso analisar o caso concreto e as peculiaridades desse, não havendo uma regra geral sobre qual teria maior “eficácia” em relação ao outro, na medida em que ambos encontram-se em patamar constitucional e possuem valores idênticos, a serem adaptados conforme cada caso.

5 CONCLUSÃO

Após decorrer do estudo, concluiu-se que o direito ao esquecimento surgiu para resguardar alguns direitos fundamentais, em especial, os direitos referentes à personalidade, frente aos direitos já bem conhecidos pela sociedade, como o direito de expressão e informação. Com o avanço tecnológico, o direito ao esquecimento também passou a ter aplicabilidade no mundo virtual, havendo o que se chama de direito de “desindexação”, que é a retirada de informações dos provedores de busca com a finalidade de manutenção da dignidade humana.

O direito ao esquecimento encontra, como contraponto, o direito à liberdade de informação e expressão, assim como a liberdade jornalística, sendo que por vezes essa colisão acaba se tornando pauta de julgamentos, em virtude da dificuldade de compreensão de qual direito deveria prevalecer em detrimento do outro.

Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há um direito fundamental que tenha maior validade que outro, porque ambos estão no mesmo patamar, ou seja, na Constituição Federal. Ocorre que, pelo fato de os direitos fundamentais não serem absolutos, é possível que haja conflitos entre direitos, sendo que a doutrina é favorável a aplicação da proporcionalidade ou ponderação, verificando qual direito seria o mais adequado no caso concreto.

A jurisprudência tem entendimento similar ao doutrinário, na medida em que também admite a possibilidade de colisão de direitos e de existência de limitações à liberdade de informação e expressão. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que o direito ao esquecimento tem ligação com a proteção à própria privacidade e a intimidade, enquanto que o direito à informação também é uma representação da proteção de liberdade de expressão. Porém, esta liberdade, quando pretensiosa a formação de uma opinião pública que cause calúnia, difamação e danos morais para determinados indivíduos encontra limite na privacidade, sendo que o direito ao esquecimento é aplicado quando a retomada de fatos passados acaba ocasionado prejuízos para dignidade humana do indivíduo e o seu próprio bem-estar.

Nesse viés, podem-se observar que o instituto do direito ao esquecimento deve ser analisado minuciosamente no caso concreto, pois sua aplicação ainda é controversa em alguns casos, principalmente nos que envolvem um interesse social.

Por ser tratar de um direito recente, ainda não possui uma legislação específica para o caso. Desta forma, há de se trabalhar seu amadurecimento, em especial, os novos casos, afim de pacificar de vez o seu entendimento, e, assim, positiva-lo de forma mais célere no ordenamento jurídico.

Por outro lado, a sua existência já está formada, e nos permite termos algumas certezas. A principal delas, é que os direitos de informação e expressão podem sim serem limitados em prol do princípio do direito ao esquecimento, o que não deve ser entendido como um tipo de censura, e sim, como um resguardo maior ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceito que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, obviamente, será sempre que possível, respeitado o direito também de informação e expressão, que constituem de suma importância para a sociedade, e formam o que chamamos de Estado Democrático Direito. Em suma, a aplicabilidade do direito ao esquecimento, até então, será analisada caso a caso, e usado sempre o princípio da proporcionalidade para a sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ABDOUCH, Rafael Parisi. O direito como integridade e a ponderação de princípios: é possível compatibilizar a teoria do direito de Dworkin com a de Alexy? **Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo**, São Paulo, v. 23, n. 1, 2017.
- AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AQUINO, Karina Ferreira. SILVA, Lília Rosiene da. **O Direito ao Esquecimento e a Responsabilidade Civil**. 2017. Disponível em: <https://akinokarina.jusbrasil.com.br/artigos/514623097/o-direito-ao-esquecimento-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 25 maio 2019.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- BARROSO. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Minas Gerais: Fórum, 2010.
- BARROSO. Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar., 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18. mar. 2017.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 531**: Jornada de Direito Civil. Brasília: Enunciados Aprovados na VI Jornada de Direito Civil, 2013a Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file. Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 de maio de 2013b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.660.168/RJ**. Caso Fraude a Concurso Magistrados. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 8 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.136/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 maio 2019.

CAETANO, João Pedro Zambianchi. Evolução histórica da liberdade de expressão. **Encontro de Iniciação Científica**, Toledo, 2016. ISSN 2176-8498. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5581>. Acesso em: 5 abr. 2019.

CANÁRIO, Pedro. **STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, p. 137-155, 2016. ISSN1982-310X.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Curso de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA JÚNIOR, P. J. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 290-320.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: Teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRARI, Caroline Clariano; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito à informação como direito fundamental ao Estado Democrático. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, 2016. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 2 jun. 2019.

GAZETA DO POVO. **15 anos após crimes, prisão de Champinha ainda divide especialistas**. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/15-anos-apos-crimes-prisao-de-champinha-ainda-divide-especialistas-4cm1y4bw7tqb2i9d31sv29lk4/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

GHISLENI, Pâmela Copetti. O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Direito em Debate**, n. 42, p. 176-206, jul./dez. 2014, ISSN 2176-6622. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2540>. Acesso em: 2 jun. 2019.

GULLICH, Roque Ismael da Costa; LOVATO, Adalberto; EVANGELISTA, Mário dos Santos. **Metodologia da Pesquisa: normas para apresentação de trabalhos: redação, formatação e editoração**. Três de Maio: SETREM, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. Justificação e Aplicação. Landy: São Paulo. 2004.

KÖHN, Edgar Peter Josef. A colisão de princípios e sua solução no exemplo do direito à imagem e à liberdade de imprensa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2007. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 2 jul. 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e Pesquisa: livro didático**. 3. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2011.

LOPES, Marcelo Frullani. Direito ao esquecimento. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n 3656, 5 jul. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24865>. Acesso em: 07 mai 2014

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

OCTAVIAN, Rosiu Ovídiu Petre; PAULESCU, Doina; MUNIZ, Adir Jaime de Oliveira. **Monografia**. Brasília: Uniceub, 2003.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação. **Revista Jurídica de Jure**, v. 13, n. 22, p. 273-286, jan./jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE. Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Diaulus Costa; SANTOS, Júlio Edstron S.; SOUSA, Maria Sariane de C. Jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 291-337, abr. 2018. Disponível em: 10.5433/1980-511X2018v13n1p291. Acesso em: 10 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível n. 70063337810**. Décima Câmara Cível. Relator: Túlio de Oliveira Martins, 26 de

novembro de 2015. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano. **Direito Civil** – Parte Geral e LINDB. 12. ed. Edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento n. 4023959-93.2017.8.24.0000**. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista, 4 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível n. 2015.072623-4**. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato, 19 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível n. 0008994-79.2011.8.24.0004**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, 20 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crise e desafios da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], n. 798, 2002. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 29 jun. 2019.

STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STROPPIA, Tatiana. **As Dimensões Constitucionais do Direito de Informação e o Exercício da Liberdade De Informação Jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010

STROPPIA, Tatiana. Direito de resposta: um meio de garantia da diversidade em meio a multiplicidade. **XV Congresso Nacional do Conpedi**, Manaus, 2006.

VIDIGAL, Leonardo Bruno Marinho. **O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira:** Incompreensões sobre o Tema, Limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual. 2017. 26 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2017.

WOHJAN, Bruna Marques; WISNIEWSKI, Alice. Direito ao Esquecimento: algumas perspectivas. **XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13227>. Acesso em: 10 abr. 2019.