

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEFESA DA INTIMIDADE

Luzinete Alves de Oliveira Weber Neta¹
Matusalém Jobson Bezerra Dantas²

RESUMO

O presente artigo aborda a colisão entre os princípios da liberdade de expressão do pensamento e da defesa da intimidade, ambos assegurados em nossa Constituição Federal, notadamente numa sociedade de massa, de informações prontas e facilmente reproduzidas pela televisão e pela internet. O cerne do estudo é no que diz respeito ao direito de estar só, direito de ser deixado em paz, denominado pela doutrina como direito ao esquecimento. Será que o cidadão, que cometeu um erro no passado, tem direito ao esquecimento do seu erro, ou será que a população tem direito ao conhecimento dos fatos, com a divulgação da informação pela mídia? Dessa forma, o presente artigo se propõe a analisar, por meio de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de o cidadão ser esquecido por um erro cometido no passado.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Defesa da intimidade. Colisão de princípios. Direito ao esquecimento.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: THE CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND THE DEFENSE OF PRIVACY.

ABSTRACT

This article discusses the collision between the principles of freedom of expression of thought and defense of privacy, both secured in our Constitution, notably in a mass society, ready-made and easily reproduced on television and the internet information. The study of heart is with regard to the right to be alone, right to be left alone, called the doctrine as a right to oblivion. Does the citizen who made a mistake in the past has right to forget his mistake, or will the people have the right to know the facts, with the dissemination of information by the media? Thus, this article aims to analyze, through a doctrinal and jurisprudential approach, the possibility of the citizen to be forgotten for a mistake made in the past.

Key-words: Freedom of expression. Defense of privacy. Collision principles. Right to be forgotten.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: luzineteweber@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: matusalemdantas@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

É sabido que existem conflitos entre princípios básicos assegurados aos cidadãos pela Constituição Federal, como por exemplo, o direito de manifestar livremente seus pensamentos - liberdade de expressão, com o da inviolabilidade da vida privada.

Estes conflitos de direitos fazem parte do dia a dia, tendo em vista que vivemos numa era digital, onde as redes sociais se transformam em um meio de comunicação de massa, o qual a informação é veiculada com velocidade e forma nunca imaginada.

O presente trabalho traz questionamentos tais como: até onde o cidadão pode expor suas opiniões e pensamentos sendo amparado pela liberdade de expressão? O mundo digital pode ser considerado um meio de facilitar a inviolabilidade da vida privada?

Qual o limite entre a preservação de um interesse privado (imagem do indivíduo) contra a divulgação de uma notícia que tem interesse público (liberdade de expressão)?

É possível que um indivíduo tenha direito a não divulgação de um fato cometido no passado, onde tal divulgação prejudique a sua honra, a sua imagem?

Num mundo de informações tão rápidas, prontas, em que o auxílio de novas tecnologias encurta o acesso a dados, há espaço para proteção de interesses individuais?

Nesse cenário surge o denominado direito ao esquecimento, também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”.

Assim, para tratar sobre o tema, nos capítulos 2 e 3, trataremos sobre o conceito de princípios enquanto norma jurídica.

No capítulo 4, abordaremos a hipótese de colisão entre os princípios da liberdade de expressão e do princípio da defesa da intimidade, mostrando no capítulo 5 a forma de solucionar o conflito, bem como no capítulo 6 fazendo a diferença entre as técnicas de ponderação: proporcionalidade e razoabilidade.

O capítulo 7 é destinado a tratar sobre o direito ao esquecimento. No capítulo 8, buscamos trazer alguns casos práticos, e no capítulo 9, debater posições jurisprudenciais sobre o assunto.

Esse é o caminho a ser trilhado.

2. NORMAS JURÍDICAS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Durante muito tempo, os estudiosos do Direito não reconheciam aos princípios força normativa, entendendo-os como vetores axiológicos que auxiliavam o legislador na edição da norma jurídica por excelência, a lei, além de auxiliar o juiz na aplicação desta ao caso concreto.

Após a Segunda Guerra Mundial, o cenário jurídico do mundo mudou, iniciando-se pela Alemanha, e espalhando pelo mundo ocidental, num fenômeno denominado de “Neoconstitucionalismo”. No Brasil, apenas após a Constituição de 1988, e mais especificamente no início do Século XXI, pudemos sentir os efeitos do Neoconstitucionalismo.

Nesse novo cenário, os princípios possuem influência direta e indireta na interpretação e aplicação das normas jurídicas, uma vez que são vistos como centro do Ordenamento. Inúmeros autores se aprofundaram quanto ao tema, em destaque podemos citar Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para esses dois autores, a distinção entre princípios e regras está na relação com o grau de atuação, como também com a sua estrutura, uma vez que se faz necessário entender que existe uma diferença qualitativa entre eles. O estudo realizado por ambos buscou mostrar as peculiaridades de cada espécie, bem como as suas características.

De acordo com Dworkin, o que diferenciava as espécies normativas era o modo da sua aplicação, todavia, existe uma semelhança entre ambos, uma vez que estabelecem obrigações jurídicas. Não obstante, a obrigação jurídica deve ser previamente prescrita e, no que tange a sua aplicação ao caso concreto, é necessário que os fatos correspondam com a conduta descrita na norma.

Neste diapasão, no caso de conflito entre regras, estes devem ser solucionados a partir dos critérios clássicos de solução de antinomias, sendo eles, o hierárquico, o de especialidade e o cronológico.

Importa salientar, que na visão de Dworkin, os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem que é a dimensão do peso. Quando ocorre de dois princípios entrarem em conflito, essa característica ganha destaque, assim, será possível analisar qual dos princípios deve prevalecer no caso concreto, todavia, um princípio não deve tomar o outro como exceção. Sendo assim, o princípio que foi desprezado, não vai perder a sua validade, uma vez que, no caso concreto, o que acontece é que o princípio de maior peso vai se sobrepor sobre o de menor peso.

Para Alexy as regras são enquadradas como normas, onde a partir do momento em que é considerada válida, deve-se fazer precisamente aquilo que ela exige, nem sendo mais nem a menos. Sendo assim, Robert Alexy define as regras *“como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas”*, (Apud; ÁVILA, 2013, p.48). Por consequência, a solução no conflito entre regras, segundo Alexy, deverá ocorrer a partir do momento em que esta é considerada como cláusula de exceção da outra, sendo possível que uma regra seja declarada como inválida e consequentemente, afastada do ordenamento jurídico.

No que diz a respeito dos princípios, Alexy considerou como sendo uma forma de otimização, tendo em vista que são aplicáveis em diversos graus, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse caso, na visão do autor, existindo a colisão de princípios, a solução encontrada é a ponderação, onde irá ocorrer o afastamento apenas momentâneo daquele princípio, sem que o outro princípio seja declarado inválido ou até mesmo, deixe de existir, diferentemente do que acontece no caso de conflitos entre as regras.

J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1086/1087), por sua vez, menciona cinco critérios distintivos entre as regras e os princípios: quanto ao grau de abstração, os princípios teriam um grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras possuiriam abstração relativamente reduzida; quanto à determinabilidade, os princípios seriam vagos e indeterminados, enquanto que as regras seriam susceptíveis de aplicação direta; quanto ao caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito, os princípios teriam posição privilegiada no ordenamento jurídico em relação às regras; quanto à proximidade da ideia de direito, as regras seriam normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional, enquanto que os princípios traduziriam a ideia de direito e de justiça; e quanto a natureza normogenética, os princípios são considerados fundamentos de regras.

3. DEFINIÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Em primeiro lugar, cumpre destacar, conforme assentado acima, que os princípios são compreendidos como normas. Diante dessa visão, o conceito de princípios para Humberto Ávila é de:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2013, p. 203).

Os princípios são considerados como normas que dão ênfase ao Ordenamento normativo. Apresentam duas características importantes, sendo elas o elevado grau de abstração e de indeterminação. Os princípios constitucionais têm como função reconhecer a racionalidade sistêmica e a integralidade ao ordenamento constitucional. Entende-se que os princípios são imediatamente finalísticos, tendo por si só um fim, todavia, não é possível determinar qual o fim.

Quanto a essa dificuldade sobre qual seria o fim, Ávila alega que:

O início da progressiva delimitação do fim se faz pela construção de relações entre as próprias normas constitucionais, de modo a estruturar uma cadeia de fundamentação, centrada nos princípios aglutinadores. (ÁVILA, 2013, p.99).

No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da vida privada, conceituado no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal, ele pode ser considerado como exemplo, tendo em vista que em nenhum momento a norma presume em que situações deve ser preservada a vida privada. Nesse caso, pressupõe-se que sempre.

Diante da existência de outros princípios os quais podem ser aplicados em desvantagem da inviolabilidade da vida privada, surgiram alguns problemas hermenêuticos, como exemplo, a colisão dos princípios constitucionais. Nesse caso, indaga-se a respeito de qual princípio deve ser aplicado no caso concreto. Com isso, passamos para o próximo capítulo que trata da colisão dos princípios.

4. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO X PRINCÍPIO DA DEFESA DA INTIMIDADE

A abstratividade própria dos princípios, ao mesmo tempo em que permite que permeiem por todo o Ordenamento jurídico, sendo a “liga” que sistematiza toda a “engrenagem” jurídica, mantendo-a uma, permite também a colisão entre os valores normatizados pelo Ordenamento.

Caso típico, que sofre constante conflito, ocorre entre os princípios da liberdade de expressão e o da defesa da intimidade.

A liberdade de expressão é um direito que o indivíduo tem para expressar livremente as suas opiniões, pensamentos e ideias através de qualquer meio de comunicação. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, alguns direitos foram catalogados em seu texto, onde foram chamados de direitos fundamentais. No tempo da ditadura militar, o nosso país passou por severas situações, sendo uma delas a censura. A Constituição Federal foi promulgada logo após esse período, relativizando assim, alguns direitos que haviam sido diluídos no regime militar, como exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento.

Dispõe o inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal ser “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”. Diante disso, a Constituição não só reconheceu a liberdade de comunicação, como também a isentou contra a censura, ato o qual era praticado no regime militar.

Destarte, no inciso IV do referido artigo, o constituinte elencou o direito à liberdade de manifestação ao pensamento, contudo, vale ressaltar que existem limites a serem respeitados, nesse caso, entende-se que é “*livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”.

Com a ausência do que vem a ser a manifestação do pensamento, Leonardo Martins aduz que “*pensamento pode ser traduzido por opinião em sentido amplo, ou seja, expressar o pensamento significa revelar um juízo de valor a respeito de um dado objeto*” (MARTINS, 2012, p.214). Nesse aspecto, é preciso compreender que existe distinção entre o direito à manifestação do pensamento e dar publicidade ao próprio fato que está sendo noticiado, nessa ocasião, a liberdade de imprensa.

Contudo, diante da distinção supramencionada, Barroso faz uma diferenciação entre essas duas liberdades (BARROSO, 2014, p.13):

A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideias,

opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

Conclui-se que, a liberdade de imprensa e a liberdade de manifestar livremente a expressão são diferentes. Assim como os demais direitos consagrados na Constituição da República, a liberdade de expressão pode sofrer algumas limitações de modo que deve haver a preservação dos outros direitos fundamentais. Não obstante, para que uma informação seja divulgada e tornar-se pública, é preciso que, antes de tudo, passe por um juízo de valor diante da pessoa responsável pela veiculação do fato, tendo em vista que a notícia deve respeitar a dignidade da pessoa humana. Essa situação é acolhida pelo inciso IV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda sobre o inciso IV do artigo supracitado, no que tange a parte “(...) sendo vedado anonimato”, implica no fato de que existe uma espécie de censura nos casos em que se usam expressões anônimas. Porém, vale salientar que, no que diz respeito à informação, na maioria das vezes o interesse público permite o exercício da liberdade de informação mesmo que o fato não seja verídico e acarrete prejuízo à intimidade, honra e imagem das pessoas.

A Constituição Federal em seu artigo 220, *caput*³, confere que o exercício da liberdade de expressão não depende de um possível controle prévio em relação ao conteúdo da manifestação do pensamento para a sua propagação, desde que haja limites. Uma vez que a partir do momento em que houvesse a censura de alguma informação, seria uma forma de afrontar os direitos fundamentais a liberdade de imprensa.

No que diz respeito às informações não verídicas, Leonardo Martins aduz que (MARTINS, 2012, p. 215):

(...) mesmo informações inverídicas, quando o estado de não veracidade não for consciente por parte daquele que se expressa, fazem parte, em princípio, da área de proteção do direito em tela. A liberdade também abrange a liberdade de cometer erros e enganos (Freiheit zum Irrtum). Exigir daquele que se expressa um ônus muito grande no que tange o teor da expressão significa desestimular o exercício do direito, o que contraria frontalmente o sentido jurídico-objetivo da garantia.

³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Nessa mesma linha, diante da proibição de expressões anônimas, surge o dever da proporcionalidade, como o autor Leonardo Martins (MARTINS, 2012, p.216) menciona:

A fórmula adotada pelo constituinte da ‘vedação ao anonimato’ revela que a intenção do constituinte foi excluir a priori somente expressões anônimas, justamente para que todas as demais pudessem ser cerceadas tão somente a posteriori, ou seja, após a interpretação e aplicação dos limites constitucionais e da justificação da intervenção estatal, com base no critério da proporcionalidade.

A ideia da proporcionalidade surge para que seja utilizada no caso de solução dos conflitos entre os princípios constitucionais, em destaque aqueles que se referem aos direitos fundamentais.

Mesmo diante das vedações e limites impostos no artigo 5º, inciso X da Constituição, pode acontecer destes serem excedidos, e conforme prevê o inciso V do referido artigo é “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”. Destarte, havendo o excesso da manifestação do pensamento, existe o direito de resposta e consequentemente, o direito de indenizar a pessoa que sofreu tal dano.

Outrossim, apesar do texto do inciso X do art.5º abordar sobre o limite de expressar o pensamento, é possível que em determinados casos, haja uma relativização da sua aplicação. Como aduz Barroso, (BARROSO, 2014, p.11):

Ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso de pessoas públicas.

Vale ressaltar que o direito de manifestar o pensamento pode ser exercido de várias formas, seja da forma escrita, através de áudio, vídeo, gestos, entre outros. O legislador não deixou nenhuma forma específica sobre o modo de manifestar o pensamento, então, entende-se como sendo livre. Assim, podemos dizer que em relação à vida privada, os direitos de personalidade pertinentes a ela são invioláveis, devendo resguardar informações pessoais ou fatos que ao serem divulgados possam causar dano ao cidadão.

Surge aqui a existência de um método muito utilizado na interpretação e aplicação dos princípios, conhecido como a ponderação. Dito isto, o capítulo subsequente vai tratar de como deve ser feita a escolha para a utilização e aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto.

5. A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS COLISÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS

A interpretação de uma norma por muito tempo se deu através da técnica chamada subsunção, todavia, a subsunção não é considerada como sendo a melhor solução diante do conflito entre princípios constitucionais, tendo em vista que não existe hierarquia entre eles, nesse caso, deve ser respeitado o princípio da interpretação conforme a constituição.

A questão em si, ganha destaque no que diz respeito aos direitos fundamentais, uma vez que os princípios possuem força normativa, causando assim, dificuldades quanto ao método da sua interpretação e para ponderar a colisão dos direitos fundamentais, a doutrina traz novos métodos de interpretação, como sendo a ponderação e a proporcionalidade.

Para o autor Luís Roberto Barroso, a ponderação “(...) *consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.*” (BARROSO, 2009, p. 334).

Compreende-se, então, que a utilização da técnica da ponderação vai ocorrer no momento em que a subsunção for incapaz de ser utilizada, significa dizer que, a ponderação somente será utilizada quando inexistir uma solução em abstrato para a colisão, só podendo assim, ser realizada no caso concreto.

Importa destacar que a técnica da subsunção é muito importante no campo do direito, no entanto, existem casos onde os direitos e valores se chocam para a resolução de uma mesma situação fática, sendo assim, a técnica que vai prevalecer e ter mais adequação para solucionar as antinomias é a da ponderação.

Todavia, o uso da ponderação envolve três etapas distintas, segundo Barroso. Na primeira etapa, o intérprete deverá identificar no sistema as normas que sejam possíveis de aplicar ao caso concreto, devendo ainda analisar de maneira exaustiva, as normas que possivelmente apontam para a mesma solução, para serem usadas em momento oportuno. Em sequência, na segunda etapa, o intérprete deverá analisar as circunstâncias do caso concreto, os fatos ocorridos, e verificar de que forma poderá fazer a interação com as normas selecionadas (BARROSO, 2014, p.8).

A terceira e última etapa, caracteriza-se na apuração dos pesos, onde os grupos de normas escolhidos pelo intérprete na primeira etapa e os fatos do caso concreto serão avaliados de forma conjunta, para, assim, termos conhecimento de quais normas e circunstâncias serão utilizadas para solucionar a antinomia (BARROSO, 2014, p.9). Finalmente, o autor (BARROSO, 2014, p.9) destaca a importância do princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade para administrar o processo de ponderação:

(...) é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

O autor Luís Roberto Barroso entende que a proporcionalidade e a razoabilidade não são vistas como sendo unidade, são postulados diversos, o que veremos no capítulo subsequente.

6. DIFERENÇAS ENTRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O surgimento da técnica da proporcionalidade originou-se para que o intérprete pudesse fazer a sua escolha de forma proporcional. Sobre a aplicação da proporcionalidade (ÁVILA, 2013, p. 183):

(...)se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade sem sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).”

Para a aplicação da proporcionalidade deduz ser necessário existir uma relação entre meio e fim, para que em seguida, sejam realizados os exames que se mostram inerentes ao tema em si, sejam eles: a adequação, necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito.

No que se refere ao fim, entende-se que o fim nada mais é do que um estado desejado de coisas, devendo ser especificado ao máximo; já o meio, seria o intérprete verificar se o meio em que escolheu para a promoção do fim, vem a justificar as possíveis desvantagens que o mesmo pode trazer ao ser adotado.

Nesse viés, o capítulo em estudo, trata das distinções existentes entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Vimos em momentos anteriores que a proporcionalidade é a ponderação que se faz adequada para a resolução de conflitos entre os princípios. Foi mostrado que a técnica da ponderação vai ser utilizada nos casos em que a técnica da subsunção se mostra insuficiente. Por tal razão, o autor Luís Roberto Barroso enquadrrou a proporcionalidade e a razoabilidade não sendo vistos como sinônimos.

Diante da falta de diferenciação entre a proporcionalidade e razoabilidade, o autor Humberto Ávila fez considerações acerca, uma vez que a diferença não é somente terminológica, tendo em vista que independe de nomenclatura, nesse caso, existem exames concretos para que o intérprete possa chegar a solução adequada e de certa forma, a melhor, como também, a aplicação do direito. Por sua vez, o autor aduz que “(...) o exame da razoabilidade-equivalência investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação.” (ÁVILA, 2013, p. 200).

Com efeito, a proporcionalidade analisa o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, já no que tange a razoabilidade, esta não analisa esses requisitos, ocorre aqui, uma espécie de imposição de uma relação de equivalência entre determinada medida e os critérios que a dimensiona.

A grande dificuldade do intérprete é encontrar a melhor aplicação, tendo em vista que sempre existirão normas sendo norteadas pelos critérios e medidas intrínsecos a cada um desses princípios, não podendo os mesmos serem vistos como unidades.

Dito isto, depois de mostrar as possíveis soluções no caso de conflito entre princípios, a técnica da ponderação, tal qual a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, passaremos para o próximo capítulo que trata do principal tema do estudo, o direito de ser deixado em paz, direito de estar só, direito ao esquecimento.

7. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Qual o limite entre a preservação de um interesse privado (imagem do indivíduo) contra a divulgação de uma notícia que tem interesse público (liberdade de expressão)?

É possível que um indivíduo tenha direito a não divulgação de um fato cometido no passado, onde tal divulgação prejudique a sua honra, a sua imagem?

Num mundo de informações tão rápidas, prontas, em que o auxílio de novas tecnologias encurta o acesso a dados, há espaço para proteção de interesses individuais?

Nesse cenário surge o denominado direito ao esquecimento. Trata-se do direito assegurado ao cidadão de que determinado fato/erro cometido no seu passado não se transforme em um “fantasma” a assombrá-lo durante toda a sua vida. Os resquícios do erro devem ter um limite no tempo, de sorte em que o cidadão possa ter paz!

No que tange ao direito de personalidade ligada ao Direito Penal, há a tutela da imagem do cidadão que cumpre a sua pena, ressocializando-se. Para este, há a ocultação dos dados criminais, a fim de que ele possa ter uma vida pós cadeia. Vale mencionar o art. 93 do Código Penal⁴, uma vez que é direito do condenado à reabilitação após o cumprimento da pena. Importa também registrar que a legislação processual penal corrobora com esse

⁴ Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

entendimento, preconizando em seu art. 748⁵ que o reabilitado tem direito ao sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros de condenação.

Seria possível, então, anos depois de cumprida a pena por determinado cidadão, a mídia vir a noticiar o evento criminoso, fazendo ressuscitar o evento criminoso? Vale ressaltar que a divulgação de notícias concernentes a qualquer crime é de interesse público. Todavia, os programas que se utilizam das informações referentes ao caso, acabam ridicularizando a imagem do indivíduo e de certa forma, afrontam a dignidade humana. Contudo, resta claro que o direito ao esquecimento surgiu para impedir que as informações verídicas ou não, ao serem divulgadas, causem dor.

Existe uma dificuldade sobre os limites do direito ao esquecimento, uma vez que não há de se falar em regras, onde, para chegar a conclusão da sua aplicação, vai depender do exame do caso concreto. Ocorre que, quando uma informação sobre um fato já acontecido, no caso, um crime – não mais tiver relevância pública ou for uma informação que não faz parte da história da sociedade, ela deve ser relativizada para que o indivíduo tenha seus direitos de personalidade preservados.

Quando uma notícia é veiculada através das redes sociais, o seu compartilhamento ocorre de uma maneira muito rápida e eficaz, tornando-se impossível manter um controle sobre o conteúdo da informação, uma vez que a internet é um meio de comunicação que eterniza as notícias. Todavia, não implica dizer que as pessoas não possuem o direito de serem esquecidas, pelo contrário, ninguém é obrigado a conviver com os erros pretéritos.

O direito ao esquecimento traz consigo a possibilidade de evitar que um fato, seja ele verídico ou não, torne-se notícia e de certa forma, acarrete em prejuízos à pessoa que está sendo a vítima. Como dito em momento anterior, é conhecido como o direito de estar só, de ser deixado em paz.

Diante do conceito apresentado sobre o tema, surge então, a colisão entre o direito de manifestar o pensamento e a liberdade de informação. Indaga-se: A liberdade de imprensa possui limites para adentrar na vida privada de alguém? E no que diz respeito aos fatos pretéritos, os mesmos podem ser deletados? É possível que uma pessoa famosa deseje ser esquecida?

Na VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal – CJP, foi aprovado o Enunciado nº 531, dispondo que “*a tutela da dignidade da pessoa humana na*

⁵ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Em contrapartida com a dignidade da pessoa humana, diante das inovações tecnológicas, as informações veiculadas acabam gerando danos, muitos deles sendo irreparáveis.

Tome-se como exemplo principal, o caso de pessoas que foram condenadas e cumpriram a sua pena, porém, suas informações continuam disponíveis nas redes sociais, impossibilitando assim, a ressocialização do indivíduo para com a sociedade no todo.

Imperioso ressaltar que o direito ao esquecimento não abarca somente o que diz respeito ao Direito Penal, envolve também outros aspectos, como exemplo, o caso da atriz Ana Paula Arósio que optou voltar ao anonimato. Se, porventura, algum meio de comunicação exibir informações a respeito da vida atual da atriz, ela poderá requerer na Justiça uma medida cabível que impeça a violação ao seu direito ao esquecimento.

Nessa esteira, tem-se como o principal conflito em relação à aceitação do direito ao esquecimento, o fato de como conseguir conciliar esse direito com a liberdade de expressão e de imprensa com o direito à informação, tendo em vista que quando o fato se reporta de interesse público é impossível falar sobre direito ao esquecimento.

Pela primeira vez, no ano de 2013, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou o direito ao esquecimento, entendendo que as pessoas possuem o direito de serem esquecidas pela imprensa, como também, por meio do interesse público. O STJ, através da sua 4ª Turma, reconheceu o direito ao esquecimento através de dois recursos especiais que foram ajuizados em desfavor da TV Globo, casos estes que iremos abordar no capítulo subsequente.

8. DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO EM CASOS PRÁTICOS

Na jurisprudência estrangeira, o direito ao esquecimento ganhou espaço e ficou conhecido através do “*Caso Lebach*”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. No ano de 1969, ocorreu uma chacina, onde quatro soldados foram assassinados. Três pessoas foram condenadas, sendo dois à prisão perpétua e um, considerado partícipe, condenado a seis anos de reclusão.

Dias antes de o terceiro acusado cumprir a sua pena, uma emissora de televisão planejava colocar no ar um documentário retratando o crime, onde seriam produzidas fotos reais do caso e a revelação dos nomes dos acusados. Diante disso, o partícipe pleiteou uma ação inibitória para que a exibição do programa não viesse a existir.

No caso em tela, o processo chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, decidindo a Corte pela proteção da personalidade do indivíduo, uma vez que, a exibição do documentário não mais teria interesse para a população, tendo em vista que o crime já ocorrera há anos.

Em contrapartida, percebe-se que a partir do momento em que ocorre a divulgação de fatos criminosos praticados há longos anos, é possível encontrar suporte no que tange a liberdade de informação, como também, a vedação que existe entre os direitos à privacidade, à intimidade e à honra.

Com efeito, nesse caso concreto, o princípio da proteção da personalidade prevalece em relação ao princípio da liberdade de informação, tendo como parâmetro o fato de que o crime já havia sido julgado e o indivíduo havia cumprido a sua pena. Uma vez que sendo o documentário exibido, traria prejuízos ao condenado e consequentemente, dificultaria a sua ressocialização.

8.1. Caso Chacina da Candelária

O crime ocorreu na noite do dia 23 de julho de 1993 em frente à Igreja da Candelária no Rio de Janeiro. Jovens e crianças dormiam na calçada da Igreja, quando homens com os rostos cobertos atearam fogo em desfavor daqueles que ali se encontravam, ocasionando na morte de oito pessoas.

O crime ficou conhecido como a *Chacina da Candelária*, três policiais militares foram condenados. Todavia, destaca-se ao caso o Sr. Jurandir Gomes de França, por ter tido o seu direito de personalidade violado em razão da veiculação de sua imagem ao fato ocorrido. Uma vez que o autor foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios ocorridos na chacina. Ao final do processo, foi absolvido por unanimidade no conselho de sentença por negativa de autoria por unanimidade. Na determinada ação o autor aduziu que a rede Globo o procurou para realizar uma entrevista ao programa Linha Direta, porém, o recusou, tendo em vista que não queria expor a sua imagem mais uma vez em rede nacional. Contudo, diante da recusa do autor, a rede Globo mesmo assim, colocou no ar matéria referente a chacina da candelária, divulgando nome e imagem do Sr. Jurandir Gomes de França, mencionando-o como indiciado e posteriormente, absolvido do crime.

Posto isto, o autor ingressou com uma ação de reparação de danos morais em desfavor da Rede Globo, afirmando que a sua exposição no programa reacendeu na sociedade a imagem de que o mesmo seria assassino, violando assim, a sua privacidade e trazendo abalos

morais. Alegou, inclusive, que diante da divulgação do fato, foi obrigado a deixar a comunidade em que residia para que pudesse preservar a sua segurança e a de seus familiares.

No julgamento em si, foi realizada a ponderação entre o direito de informação e o direito a inviolabilidade da vida privada, sendo o direito ao esquecimento privilegiado em razão do que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, condenou a Rede Globo com o pagamento no valor de R\$ 50 mil reais a título de indenização por danos morais por ter violado o direito ao esquecimento.

8.2 Caso Aída Curi

Um outro caso onde o direito ao esquecimento foi mitigado, inclusive na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi o de Aída Curi. Em breve resumo, o fato ocorreu em 14/07/1958 no Rio de Janeiro. Aída, jovem, foi atraída por dois rapazes (Ronaldo Castro e Cássio Murilo) que a levaram para a cobertura de um prédio com a ajuda do porteiro (Antônio Souza), chegando lá, a jovem foi abusada sexualmente. Todavia, antes do abuso sexual, Aída foi torturada e ao tentar se livrar dos três rapazes, entrou em luta intensa com estes e não resistiu, chegando a desfalecer. Diante da situação os rapazes simularam um suicídio colocando-a sobre o parapeito da cobertura e jogando-a.

O assassinato de Aída Curi ficou marcado como o acontecimento que representou o fim da inocência no bairro de Copacabana. A rede Globo também trouxe à tona o caso através do programa Linha Direta, onde foi feita a divulgação do nome da vítima, como também fotos do crime sem o consentimento dos familiares.

Em síntese, no caso de Aída Curi, o relator em seu voto entendeu que foi um fato histórico, paradigmático, dotado de interesse público, usado até em universidades para estudos sobre o tema. A 4ª Turma do STJ não reconheceu o direito a indenização para os familiares de Aída, uma vez que o crime se tornou um fato histórico, de certa forma, envolvendo o interesse público e que nesse caso, seria impossível retratar sobre o crime e não mencionar o nome da vítima.

O Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que nesse caso específico, a reportagem trazida à tona após mais de 50 anos que ocorreu, diante do lapso temporal, não mais surtiu efeitos e dores sob a honra dos familiares.

Ademais, diante dos casos expostos, nota-se que a qualquer momento o direito ao esquecimento pode ser postulado, não existe um prazo de validade desse direito e que este se

aplica tanto a fatos como a pessoas, uma vez que estas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública, como também, pela imprensa. Destarte, se uma pessoa cometeu um crime e já cumpriu a pena, esta não é obrigada a conviver para sempre com os erros pretéritos.

9. POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM CONTRAPOSIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito ao esquecimento chegou ao Brasil na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em 2013. Na sessão de 28/05/2013, a Quarta Turma do STJ apreciou o Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ, relativo a um célebre caso criminal na segunda metade do século XX que envolveu a jovem Aída Curi e o Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ, este sobre a célebre Chacina da Candelária. Ambos foram estampados no mesmo Diário de Justiça Eletrônico e tiveram como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

No caso da Chacina da Candelária, importante destacar uma passagem do voto do Relator, onde utilizou-se da ponderação dos bens jurídicos através da proporcionalidade, veja-se:

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

No que se refere ao primeiro caso, o do senhor Jurandir Gomes de França, a 4ª Turma do STJ, entendeu pela violação da vida privada e sobre o interesse público e historicidade dos fatos. O programa da TV Globo poderia ter exibido o documentário sem a menção à pessoa que já havia sido absolvida, nesse caso, foi reconhecido o seu direito de ser deixado em paz. A Rede Globo foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais em virtude da violação ao direito ao esquecimento.

Todavia, no que tange ao caso de Aída Curi, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi diferente, entendeu-se que não havia sido violado o direito ao esquecimento, tendo em vista que se tratava de fato histórico, de interesse público, que não poderia ser contado sem se mencionar o nome da vítima.

Neste caso, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento de domínio público, mas seria impraticável a atividade da imprensa retratar o caso Aída Curi sem Aída Curi.

Estas considerações são importantes e devem ser ponderadas utilizando a proporcionalidade, ficando claro em quais situações os direitos de personalidade poderão ser aplicados ou não diante do caso concreto.

10. CONCLUSÃO

No presente artigo, debateu-se acerca de um assunto muito discutido nos dias de hoje, o excesso do exercício do direito a liberdade de expressão do pensamento, uma vez que não se tem total precisão sobre quais situações deve a violação da vida privada ser relativizada.

Foram abordadas as diferenças pertinentes entre regras e princípios, ressaltando que a possível colisão entre cada um é solucionada de forma diferente. A ideia a que se referem as regras é que elas devem previamente serem respeitadas e no caso de uma colisão entre as mesmas, a medida adotada será através da subsunção ou dependendo do caso concreto, a ponderação. No que diz respeito aos princípios, eles estipulam que um fim seja alcançado, não sendo aqui, a técnica da subsunção a melhor medida a ser usada, não sendo assim, suficiente para a solução de um conflito entre princípios, nesse caso, a ponderação é a técnica mais adequada.

Na colisão existente entre a liberdade de expressão versus inviolabilidade da vida privada, o que observamos no estudo realizado é que o intérprete apresenta uma grande dificuldade ao escolher qual a técnica deve utilizar-se para solucionar o conflito.

Restou por necessidade trazer ao presente estudo dois princípios os quais são tratados como sinônimos, quando na verdade são diferentes, sendo eles: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Na proporcionalidade apura-se se um princípio será ou não promovido, ao mesmo tempo em que também, verifica-se em que

medida poderá ser restringido, já na razoabilidade, averigua-se a equivalência entre a medida e o critério.

No mais, foi abordado um assunto que tem causado opiniões diversas, tema este, pouco conhecido “o direito ao esquecimento”, considerado como um direito de personalidade, o qual causou dificuldade de falar e discutir livremente, pelo fato de não se ter muitos escritos sobre o mesmo.

Apesar de uma notícia possuir um caráter de interesse público, uma vez lançada na mídia através da internet, considera-se o fato sendo eternizado, tendo em vista que a qualquer momento as pessoas podem ter acesso a notícias ocorridas há muito tempo, não descartando a possibilidade de serem revelados os nomes das pessoas envolvidas, bem como imagens e vídeos. Nesse caso, considera-se como sendo impossível ser esquecido por algo cometido no passado, uma vez que a ferramenta da internet disponibiliza de um modo prático e eficaz o conteúdo.

Contudo, como todo conhecimento novo causa medo e curiosidade, o direito ao esquecimento envolve direitos fundamentais que fazem parte da Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso X, in verbis: *“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”*.

Apesar da notícia veiculada mostrar relevância quanto ao interesse público, o cidadão tem o direito de ser esquecido após pagar a sua pena. Ninguém é obrigado a conviver com um erro cometido no passado.

Apesar de ser um assunto novo no âmbito jurídico, os direitos nos possibilitam acesso às condições básicas do exercício da cidadania, através do conjunto de políticas planejadas pelos gestores com o intuito de atender a todos igualmente.

Vale ressaltar que é relevante que pactuemos com a decisão judicial dos casos reais relatados neste trabalho, onde se pôde ver ser cumprido da melhor maneira sem auferir nenhum direito do cidadão.

Nos casos mencionados, a Corte do Tribunal enfrentou uma colisão dos princípios, de um lado a liberdade de expressão versus direito ao esquecimento, onde a decisão foi sabiamente amparada legalmente, protegendo os envolvidos e sem fugir da lei.

Cumpra a cada um continuar lutando pelos direitos de expressar-se livremente, manifestar pensamentos, como também, ser deixado em paz e recair no esquecimento.

Vale ressaltar que o principal fator que ainda causa conflito quanto ao que se diz recepcionar o direito ao esquecimento é em como conciliar esse direito com o direito da

liberdade de expressão e de imprensa com o direito à informação, uma vez que não se pode falar em regras, aqui, as decisões são baseadas em debates principiológicos e casuísticos.

O direito ao esquecimento tem maior relevância quando aplicado à internet, tendo em vista que a partir do momento em que uma informação é inserida nas redes sociais e consequentemente, divulgada, o fato se eterniza, não sendo possível “apagá-la” de uma forma rápida e eficaz como ocorre com a divulgação.

Por fim, a defesa quanto ao direito ao esquecimento não está vinculada na hipótese de ser possível alterar os fatos que realmente ocorreram, o que almeja nesse direito é a possibilidade de não mais ser trazido à tona algo que já foi divulgado anteriormente, sem que haja um motivo específico para tal. O direito ao esquecimento deve ser analisado em cada caso concreto para que enfim, seja respeitado, não esquecendo que deve prevalecer a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. Malheiros Editores. 2013;

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Artigo Científico. Acesso em 21/02/2015. Link: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Consultor Jurídico, São Paulo, 05 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em 05/03/2015

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FONTES, Jamile Magalhães Barreto. O direito ao (não) esquecimento como um direito humano. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/jamile_fontes.pdf. Acesso em 02/05/2015.

LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3140/2891>. Acesso em 02/05/2015

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.