

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Renato Gomes Pereira

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE BENS
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Porto Alegre
2018

Renato Gomes Pereira

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE BENS
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista Direito
do Estado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque.

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer aos meus pais e à minha irmã pelo apoio e por me ajudarem a superar mais um desafio em minha vida. Sem eles, nada disso seria possível.

Agradeço a todos os professores do curso e aos funcionários, que se mostraram sempre dispostos a ajudar em tudo o que era preciso.

Quero fazer um agradecimento especial à querida Heidy Hofmann, que sempre colaborou para que tudo desse certo e, ao fim, tornou-se uma grande amiga.

Por fim, agradeço ao Prof. Marcelo Schenk Duque pela orientação, uma vez que se mostrou sempre disponível, interessado e, sobretudo, amigo.

RESUMO

O direito ao esquecimento, que é um conceito relativamente recente, apresenta-se como um mecanismo capaz de estancar a comunicação, divulgação e comercialização de informações acerca de acontecimentos pretéritos relacionados à determinada pessoa inseridos na chamada “sociedade da informação”, que nada mais é do que o universo informacional instantâneo a que a sociedade atualmente é submetida. Em outras palavras, é o direito que o indivíduo tem de ver a exposição de certo fato de sua vida bloqueada ou suprimida do âmbito coletivo. Trata-se de um instrumento facultativo do indivíduo, cuja aplicação tem como principal obstáculo a colisão de direitos fundamentais (direito de informação x direitos de personalidade) evidenciada em relações protagonizadas por particulares. Partindo disso, tem como enfoque o presente estudo a aplicação do direito ao esquecimento por meio da ponderação de bens constitucionais, o que se verificará com base em doutrinas e artigos especializados no tema.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento – Liberdade de expressão – Direito de informação – Direitos de personalidade – Colisão de direitos fundamentais – Ponderação de bens constitucionais.

ABSTRACT

The right to be alone, emerging in Brazil, presents itself as a mechanism capable of stopping the communication, dissemination, and commercialization of information about past events related to a particular person. In other words, it is the individual's right to see a certain fact of his life (or his name) blocked or suppressed from the collective sphere. It is an optional instrument of the person, whose application has as main obstacle the collision of fundamental rights (right of information vs rights of personality) evidenced in relations carried out by individuals. Based on this, the present study focuses on the application of the right to be alone by weighing constitutional assets, which will be verified based on doctrines and articles specialized in the subject.

Key-Words: Right to be alone – Right of information – Rights of personality – Collision of fundamental rights – Weighing constitutional assets.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA CONTROVÉRSIA.....	9
1.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.....	10
1.2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA.....	19
2 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO	30
2.1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
2.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO RESULTADO DA PONDERAÇÃO DE BENS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

Diferentemente de outrora, estamos todos inseridos hoje em uma sociedade caracterizada pela velocidade, seja dos fatos ocorridos, do modo como esses são disponibilizados para o grande público, de tudo que é lembrado e registrado, bem como daquilo que é esquecido e deixado para trás. Hodiernamente, a instantaneidade dos acontecimentos é característica também da sua divulgação, de maneira que o público em geral tem ao seu bel-prazer uma quantidade inesgotável de informações, que se renovam incessantemente e são servidas a todos como uma espécie de *buffet*.

Diversas nações ainda lutam para superar os frutos amargos colhidos de um passado de censura. Em decorrência dessa, assim como da repressão e obscuridade que permearam inúmeras formas de organização social ao longo da história, um cenário mais aberto e apto a difundir informações e notícias se fazia necessário.

No mundo já globalizado, as liberdades de expressão e informação surgiram como o carro-chefe desse enfrentamento diário. A vontade e a necessidade de mudanças, aliadas às inovações científicas e tecnológicas de comunicação, deram campo para o nascimento da chamada sociedade da informação, entendida como o contexto social que propicia, de forma instantânea, o acesso de todos a informações sobre tudo e todos, funcionando como uma espécie de rede.

Acontece que essa rede de informações e interatividade a que estamos todos submetidos também implica consequências negativas, sobretudo na ótica do ser individual, que é, principalmente, a quem cabe deliberar sobre a própria privacidade ou anonimato. Nesse passo, fins de se pleitear um controle daquilo que é divulgado, veiculado e comercializado, surgiu o que se chama hoje de direito ao esquecimento.

A corrente majoritária defende que o direito ao esquecimento teve a sua primeira manifestação nos Estados Unidos, em 1970, mas ganhou força e passou a se desenvolver de fato na União Europeia a partir da década de 1990. Desde então, vem crescendo e se consolidando cada vez mais a compreensão sobre a importância de direitos que tragam no seu bojo a ideia de esquecimento, levando-se em conta que o ser humano, compreendido como um ser que erra, aprende,

amadurece e evolui, deve ter a possibilidade de ver seus erros (ou quaisquer fatos relacionados a ele) deixados para trás.

Ocorre que a aplicação do direito ao esquecimento tem como entrave a colisão de direitos fundamentais. Destarte, este trabalho tem como objetivo esmiuçar o papel dos direitos fundamentais conflitantes, bem como explorar a ponderação dos bens constitucionais envolvidos na controvérsia, fins de determinar a forma de aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto.

Para isso, o presente estudo tomou como base a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, jurisprudências das Cortes Superiores, bem como doutrinas e artigos científicos referentes ao assunto, que o tratam de forma extremamente atual.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA CONTROVÉRSIA

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como uma concretização histórica do princípio da dignidade da pessoa humana. Servem, outrossim, como um instrumento de legitimação de regimes políticos; o esforço adotado pelo Estado para torná-los efetivos e eficazes acaba sendo diretamente proporcional à legitimidade que adquire perante a comunidade internacional.¹

No que se refere ao Brasil, a Constituição Federal de 1988, em comparação com o direito constitucional positivo que se tinha até então, trouxe evidentes inovações, dentre outras, no que diz respeito ao tratamento dos direitos fundamentais. É correto sustentar, inclusive, que a partir desse marco, a matéria passou a ser tratada com a merecida relevância.²

É verdade que alguns direitos de personalidade, como o da intimidade, vida privada e imagem, já vinham alcançando reconhecimento nos tribunais brasileiros anteriormente ao advento da Carta Magna; no entanto, tão somente com a implantação do texto constitucional esses direitos passaram a ter uma proteção expressa. Nesse sentido, importa dizer que, tanto a Constituição da Itália de 1947, quanto a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, serviram como base e referência ao constituinte brasileiro, no que diz respeito a colocar a proteção desses direitos como algo obrigatório e imprescindível.³

Da mesma forma em que nosso texto constitucional protege os direitos individuais, também resguarda e garante aos indivíduos e às instituições a livre manifestação de ideias, opiniões e pensamentos, atividade intelectual, artística, científica, bem como o acesso à informação.⁴Fins de solidificar o perfil de Estado Democrático de Direito que buscava ter o Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a liberdade de expressão e informação como um direito fundamental,

1 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 19.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

3 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 128.

4 JÚNIOR, José Ribamar Mendes. *Os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa: a condenação antecipada do acusado ante a exposição massificada da mídia*. Palmas: Revista ESMAT, 2015, p. 35.

impossibilitando a sua censura, de modo a torná-lo, inclusive, uma espécie de termômetro do regime democrático.⁵

Todavia, embora a liberdade de expressão e informação consista em garantia básica da democracia, não representa direito absoluto, na medida em que a sua subsistência depende de uma convivência harmoniosa com os direitos que compõe o princípio geral da dignidade da pessoa humana, aos quais o cidadão faz jus.⁶

Ocorre que tal convivência, na prática, não se dá da forma pacífica idealizada, sendo de possível constatação uma recorrente colisão de direitos. E, na busca por solucionar essas colisões, Roque Stoffel⁷ defende que não se atribua uma primazia absoluta a um dos referidos direitos, mas que se assegure a aplicação das normas conflitantes, mesmo que o resultado disso seja a atenuação de um deles.

1.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Inicialmente, pode-se dizer que a liberdade de expressão e informação é deduzida da liberdade de manifestação do pensamento, tendo elas abrigo na Constituição Federal de 1988⁸, por meio do art. 5º, incisos IV e IX, assim como pelo art. 220, §§ 1º e 2º. Ambas as modalidades constituem direitos fundamentais e andam sempre unidas e de forma complementar, na medida em que a liberdade de

5 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. Cit.*, p. 159.

6 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 94.

7 STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000, p. 38.

8 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. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. 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. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Da Justiça, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 maio 2018).

pensamento teria um escasso valor se ausente fosse a possibilidade de expressar ou difundir esse pensamento.⁹

O direito brasileiro trata desse assunto também por instrumentos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem em seu art. XIX a seguinte redação: “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.¹⁰ José Ribamar Mendes Júnior defende que inexistente democracia sem liberdade de expressão, uma vez que, sempre que essa é cerceada por meio da limitação da opinião de um indivíduo, tem-se, simultaneamente, uma ameaça a demais direitos fundamentais e ao próprio Estado Democrático de Direito.¹¹

A liberdade de pensamento pode ser compreendida de duas maneiras: interior e exterior. A primeira diz respeito à atitude intelectual que, de forma íntima e livre, o indivíduo adota, interiorizando uma crença que é a sua verdade; a segunda, por sua vez, assume a aparência de liberdade de posicionamento, que pressupõe uma comunicação do ser individual com o meio em que se encontra.¹²

Importa referir que a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento pressupõe um reconhecimento de que ao cidadão é possibilitada uma vasta liberdade de ter qualquer opinião acerca de determinado assunto ou de simplesmente não ter; no caso de tê-la, uma vez exteriorizada, impõe-se que o Estado e a sociedade como um todo a levem em consideração, fins de que se alcance o fortalecimento do pluralismo democrático.¹³

A liberdade de pensar é primária, de onde decorrem direitos como o de opinar, expressar-se e de se comunicar, uma vez que se trata de uma liberdade de foro íntimo, que apenas encontra um limite no esgotamento da convicção interna do indivíduo. Nessa linha de raciocínio, entende Marilene Talarico Martins Rodrigues que a liberdade de expressão se fundamenta na autonomia individual do ser humano, que, ao expor ideias e pensamentos próprios, está se valendo das

9 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 159/160.

10 JÚNIOR, José Ribamar Mendes. *Op. Cit.*, p. 35/36.

11 *Id.*

12 ARION, Sayão Romita. Colisão de Direitos: liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 56.

13 MACEDO, Caio Sperandéo de. Liberdade de expressão e o processo democrático na sociedade da informação. Porto Alegre: Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 32, 2015, p. 129.

garantias constitucionais para desenvolver sua personalidade. É correto dizer que essa liberdade está relacionada diretamente à atividade intelectual, na medida em que a primeira propicia a segunda; por conseguinte, acaba tendo relação também com a crítica, uma vez que essa traduz uma convicção filosófica ou política de quem a profere. Desse modo, não é errado afirmar que, com a tutela da livre manifestação intelectual, tem-se a tutela da crítica.¹⁴

Qualquer forma de expressão de um pensamento ou posicionamento implica inevitavelmente uma comunicação com o mundo exterior, a qual pode ocorrer, por exemplo, de forma individual, com o exercício da atividade intelectual. Todavia, ela também pode se dar pelos meios de comunicação de massa, que se caracterizam pela grande produção de informação, bem como pelo largo alcance e pela celeridade de absorção por parte daqueles que dela são alvo, de modo que essas informações acabam por exercer uma importante função na disseminação de ideologias, opiniões e notícias e, assim, ajudam a formar e robustecer a opinião pública.¹⁵

Nesse sentido, revela destacar e esmiuçar no que diferem a liberdade de expressão e o direito de obter informação: a primeira, Paulo César Salomão coloca como algo mais abstrato, como o livre pensamento por qualquer meio, no qual se identifica uma função social de difundir uma posição ou um pensamento já existente; no que toca ao segundo, classifica como algo mais palpável, como a divulgação de fatos e dados específicos apurados de forma objetiva, carregando uma função social de contribuir para a formação de um de pensamento. Consoante o entendimento desse estudioso, ambos, quando aglutinados, comporiam o chamado “direito da comunicação social”.¹⁶

Hodiernamente, como visto, não se confunde mais a concepção de direito à informação com a simples liberdade de externar um pensamento; consiste, sim, em aprender fatos e notícias, servindo essas últimas como um instrumento de repassar conhecimento. Constitui o direito de informação um alicerce da sociedade e da democracia, mostrando-se de três maneiras: o direito de informar, ser informado e se informar. O primeiro traduz uma atitude ativa e relacional; o segundo, uma atitude

14 RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Liberdade de expressão e liberdade de informação: direitos fundamentais e democracia. Porto Alegre: Lex, Magister, 2012, p. 131/132.

15 JÚNIOR, José Ribamar Mendes. *Op. Cit.*, p. 37.

16 SALOMÃO, Paulo César. O confronto entre o direito à intimidade e o direito à informação. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 66, 2006, p. 18.

ativa e de cunho pessoal; o terceiro, por sua vez, corresponde a uma atitude passiva e receptiva.¹⁷

Vale ressaltar a imprescindibilidade do direito de ser informado, apresentando-se como uma garantia indiscutível, porquanto não teria sentido proteger a liberdade de expressão e a liberdade de informação sem que se tutelasse o direito do receptor.¹⁸

Por oportuno, cabe dizer que José Afonso da Silva¹⁹ estabelece uma distinção entre liberdade de informação e direito de informação, atribuindo àquela um caráter mais pessoalizado e, a esse, uma feição coletiva, na medida em que o último se caracteriza por ser um “direito coletivo da informação ou direito da coletividade à informação”. Defende que, a partir do momento em que a todos é assegurado o acesso à informação, trata-se a questão de um interesse geral contraposto ao interesse individual, em que a referida garantia incorpora uma função predominantemente coletiva e social.

Destarte, vedada qualquer forma de restrição, a Constituição Federal de 1988²⁰ garante a todos o direito de acesso à informação, por meio do já mencionado art. 220, §§ 1º e 2º, e do inciso XIV, do art. 5º, bem como assegura e protege o direito de ser informado, dispondo expressamente sobre isso no inciso XXXIII, do mesmo art. 5º.

No que toca aos dispositivos que dizem respeito ao direito de acesso à informação, pode-se dizer que representam a garantia que cada cidadão detém de buscar aquelas informações que desejar e que lhe convierem e, no caso dos profissionais da comunicação, não apenas isso, mas também a garantia do acesso às fontes de informação, assim como o direito ao seu sigilo.²¹

17 Id.

18 JÚNIOR, José Ribamar Mendes. *Op. Cit.*, p. 38.

19 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2014, p. 262/263.

20 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: XIV - É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. XXXIII – Todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Da Justiça, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 junho 2018).

21 RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Op. Cit.*, p. 137.

Sendo o livre ingresso às fontes semeadoras de notícias um direito pertencente e assegurado a qualquer cidadão, o que tem possibilidade de sofrer variação é o âmbito de proteção desse direito, uma vez que a fonte pode ser pública ou privada. Se as informações forem de natureza pública, com exceção daquelas cujo conteúdo possa comprometer direitos personalíssimos ou a segurança da sociedade, a regra é não haver impedimento; tal fato, importa dizer, deve-se ao regime democrático em que vivemos, o qual prestigia o princípio da publicidade dos atos administrativos. Por outro lado, se as informações advierem de pessoas ou instituições privadas, em decorrência do predomínio do princípio da privacidade, que prepondera no ambiente privado, haverá uma restrição maior no seu acesso.²²

O direito de ser informado é uma garantia constitucional que concede ao cidadão o direito de receber dos órgãos públicos informações pertinentes a negócios da administração, estando em evidente consonância com o princípio da publicidade dos atos e negócios públicos. É um direito essencial ao exercício da cidadania por parte do indivíduo, fazendo ele *jus* ao recebimento de informações e notícias corretas e verdadeiras.²³

Não há como deixar de mencionar que todos os direitos e garantias anteriormente referidos foram abrigados na Constituição Federal de 1988 como uma espécie de resposta à realidade que outrora se viveu no Brasil, qual seja, a da censura. Tal preocupação constitucional teve respaldo no fato de ter sido a censura utilizada, em décadas passadas, como um instrumento de repressão política e ideológica que costumava ser usado contra os que destoavam em opinião e postura daqueles que detinham o poder. Partindo disso, a Carta Magna vedou a censura, de modo a garantir a proteção de todo e qualquer tipo de manifestação – artística, cultural, intelectual e científica –, bem como da comunicação social (art. 220, §1º) em todas as suas formas.

Paulo César Salomão explica a liberdade de comunicação social como aquela que abrange e aglutina as liberdades de expressão e informação, dispondo de três elementos imprescindíveis à sua composição: a pluralidade de destinatários, em que se pressupõe um caráter coletivo e não há reciprocidade; o princípio da

22 Ibid., p.138.

23 Id.

máxima difusão; e a utilização de meios apropriados, como a imprensa escrita, meios audiovisuais e eletrônicos.²⁴

No que diz com o direito da informação, existe uma distinção essencial quando se trata de cidadãos em geral e profissionais da informação. Para aqueles, é uma garantia que surge, antes de mais nada, como um direito negativo, eis que se baseia no não impedimento de buscarem informação, bem como na impossibilidade de sofrerem sanções quando dessa busca; já para os citados profissionais, além de um direito negativo, é, principalmente, um direito positivo, porquanto é atribuído a eles não apenas o direito de obter essa informação, mas também o dever de transmiti-la. Daí surge e se justifica o direito desses últimos de acessar as fontes de informação, que é o que possibilita, ao final, a divulgação. Pode-se diferenciá-los, ainda, na forma como exercem o direito de informação que detêm: cidadãos comuns o fazem em conjunto com a liberdade de expressão que lhes é pertinente, enquanto que para os jornalistas a questão é mais ampla, uma vez que se concentram os direitos de expressão e criação.²⁵

Outrossim, na medida em que o acesso à informação é direito fundamental assegurado ao cidadão, vale reforçar que a imprensa não apenas detém a liberdade de informar, mas também tem o dever de fazê-lo. Assim, recai sobre os órgãos que a integra, a responsabilidade de exercer essa função social tão relevante, por meio da investigação, apuração e denúncia dos fatos, bem como pela fiscalização da atuação dos agentes públicos em todas as áreas. Importa dizer que essa função social é parte decisiva na manutenção da democracia, bem como para que ela se efetive e aconteça plenamente.²⁶

Diante da evidente relevância que tem a imprensa, é oportuno recordar as antigas, porém atuais, palavras proferidas por Karl Marx, que assim ponderou:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o veículo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa

24 SALOMÃO, Paulo César. *Op. Cit.*, p. 19.

25 *Id.*

26 SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação: liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 220.

livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão de sabedoria.²⁷

Não se discute de forma alguma a importância histórica e atual da consagrada expressão “liberdade de imprensa”. Ocorre que, nos dias atuais, a disseminação de informações se dá de forma mais ampla, com uma variedade maior de formas de difusão de notícias, razão pela qual é possível dizer que a referida expressão vai, com o passar do tempo, perdendo espaço e terreno para o que se entende por liberdade de informação jornalística ou midiática.²⁸

É nessa liberdade de informação jornalística que se centra a liberdade de informação nos tempos atuais e se possibilita o direito coletivo de obtê-la. Nesse sentido, a liberdade de informação jornalística a que se refere a Constituição Federal de 1988 não se atém à simples liberdade de imprensa, que sempre teve uma ligação muito forte com a publicação de veículo impresso de comunicação; assume, portanto, feições mais modernas, na medida em que passa a alcançar qualquer forma de difusão de notícias, comentário e opiniões por qualquer veículo de comunicação social, em que se inclui a imprensa.²⁹

Leciona José Afonso da Silva:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um *direito fundamental* de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm o *dever*. Reconhece-se-lhes o *direito de informar* ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o *dever de informar* à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.³⁰

É sabido que a informação jornalística, seja ela escrita, falada ou transmitida por meio televisivo, desempenha uma função social relevante, uma vez que consiste em um veemente instrumento de formação da opinião pública. Também é verdade que tem ela o condão de exteriorizar e emitir às autoridades o pensamento e a vontade da população, de modo a atuar como uma espécie de quarto poder, ao lado

27 MARX, Karl. A liberdade de imprensa, p. 42. *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 248.

28 SALOMÃO, Paulo César. *Op. Cit.*, p. 19.

29 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 248.

30 *Ibid.*, p. 249.

do Legislativo, do Executivo e do jurisdicional; assim, constitui uma defesa contra todo excesso de poder e exerce um controle sobre a atividade político-administrativa, protegendo a coletividade.³¹

Todavia, a imprensa, independentemente da forma por meio da qual esteja disseminando informações, nem sempre atende ao interesse público. Com a preponderância de interesses econômicos (ou de outra ordem), abre-se a possibilidade de uma realidade distinta, em que o tipo de informação transmitida passa a satisfazer esses outros interesses, não se verificando mais um direito à informação ou liberdade de expressão, mas um abuso de direito. E, infelizmente, mostra-se cada vez mais comum a utilização tendenciosa dos meios de comunicação por autoridades ávidas por promoção, assim como por profissionais da mídia que encontram no sensacionalismo uma forma de promover, engrandecer ou denegrir aquilo que lhes convêm, gerando vantagens para ambos, portanto. Tem-se, assim, sem sombra de dúvida, o uso distorcido daquele que é uma das conquistas mais importantes da população, qual seja, o direito de obter informações e notícias verdadeiras.³²

Nessa senda, há que se saber diferenciar interesse público de interesse para o público, porquanto a liberdade de informação somente assume a condição de direito fundamental quando suportada e justificada pelo interesse público. Com base nisso, é importante que se diga que nem todo interesse do público se mostra digno desse direito fundamental; a mera curiosidade sem uma razão forte que a sustente, o simples prazer pela desgraça dos outros e a fofoca não podem ser considerados informação jornalística, por exemplo.³³

Na tentativa de exercer uma auto defesa diante do contexto acima destacada, comunicadores sociais alegam levar à coletividade exatamente o que ela gosta e deseja consumir. De fato, ao analisarmos a situação de forma prática, toda notícia provocadora, escandalosa e sensacionalista tende a aumentar a audiência do meio de comunicação que a veiculou e, por conseguinte, garantir-lhe um retorno financeiro maior. Ocorre que, como já visto, tal tipo de informação não pode ser compreendido como um direito fundamental, tampouco ser merecedor de alguma forma de proteção. Isto é, a intimidade do indivíduo não pode ser ignorada e

31 FODERARO, Salvatore. *Libertà di stampa*, p. 11 et. sec. *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 249.

32 SALOMÃO, Paulo César. *Op. Cit.*, p. 21.

33 *Ibid.* p. 22.

colocada de lado em prol daquilo que muitas vezes acaba sendo apenas um alimento da superficialidade dos demais.³⁴

Hodiernamente, tudo que envolve divulgação de informações não abrangidas pelo real interesse público repercute no meio social de maneira muito mais elevada e instantânea do que em décadas passadas. Vivemos e interagimos em uma sociedade globalizada, tendo a introdução da tecnologia propiciado modificações nas relações interpessoais e na própria sociedade como um todo. A esse fenômeno, no ano de 1993, durante o Conselho Europeu de Copenhaga, Jacques Delors atribuiu o nome “sociedade da informação”.³⁵

Poder-se-ia definir a sociedade da informação, então, como uma “nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações”.³⁶

Toda e qualquer informação pode ser usada para diversas finalidades, bastando, para tanto, que se encontre disponível. E, no que toca à disponibilidade de informações, é seguro dizer que, dentre os mais variados meios de comunicação, a internet é considerada atualmente o carro-chefe da interatividade, apresentando-se como um território livre, autônomo, não planejado e incontrolável.³⁷

Não obstante a aparência convidativa dos meios de comunicação, sobretudo os virtuais, podem ser de extremo risco quando mal usados. A velocidade assombrosa com a qual circulam as informações já não permite mais que se pense tão somente em mecanismos que busquem garantir a sua abstenção ou repressão, fazendo-se necessário, dessa forma, o uso de meios eficazes para evitar ou minimizar efeitos prejudiciais futuros que eventualmente decorram delas. Em outras palavras, pode-se dizer que os meios de comunicação vêm avançando de um modo tão significativo que a proteção de dados já é incerta.³⁸

34 Ibid., p. 23.

35 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 952, 2015, p. 86.

36 VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. p. 176 *apud* CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. Cit.*, p. 86.

37 CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. Cit.*, p. 87.

38 RULLI JÚNIOR, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo. Apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. Palmas: Revista ESMAT, v. 5, n. 6, 2013, p.13.

O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia.³⁹

“Superinformacionismo” é outra denominação de que alguns estudiosos se valem para explicar esse contexto que nos envolve, que cria e estimula um condensado de informações sobre tudo e todos, independentemente de vontade. No entanto, essa cadeia de informações poderia encontrar um limite quando confrontada por direitos fundamentais (direitos de personalidade) e pela lei.⁴⁰

1.2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA INVOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA

Indubitavelmente, a liberdade, em todas as suas possíveis formas, seja na exposição de ideias, posicionamentos e informações, nos acontecimentos sociais, na faculdade que cada ser individual tem de pensar e questionar sem censura, traduz a ideia de democracia ambicionada pela sociedade contemporânea. Da mesma maneira, é fato que a conquistada liberdade de manifestação do pensamento significa e evidencia um amadurecimento social no sentido de rechaçar a possibilidade de voltarmos a sofrer repressões antidemocráticas. Não obstante, esse cenário não tem o condão de atribuir a essas importantes garantias a condição de direitos absolutos, a partir do momento em que estão elas sujeitas a sofrer colisão com direitos igualmente fundamentais, como os denominados direitos de personalidade.⁴¹

Os direitos de personalidade são reconhecidos como direitos autônomos e dos quais todo indivíduo é titular, sendo considerados pela doutrina como emanações da própria dignidade da pessoa humana, de forma que se mostram

39 CASTELLS, Manuel. A sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rededo_conhecimento_a_acao_politica.pdf *apud* RULLI JÚNIOR, Antonio. *Op. cit.*, p.14.

40 RULLI JÚNIOR, Antonio. *Op. cit.*, p. 15.

41 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 13.

indispensáveis a pessoas individualmente consideradas. Luís Roberto Barroso⁴² atribui aos direitos de personalidades duas características essenciais: a primeira é que esses direitos, imputados a todos os seres humanos, apresentam-se de forma oponível a toda a coletividade e ao Estado; a segunda consiste no fato de que nem sempre a violação desses direitos enseja um prejuízo com repercussões de ordem econômica ou patrimonial.

Consoante leciona o autor supra referido, a doutrina especializada tem recorrentemente classificado os direitos de personalidade em dois grupos: os direitos à integridade física, em que são considerados os direitos à vida, ao próprio corpo e ao cadáver; e os direitos à integridade moral, estando inseridos aí os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome, ao direito moral do autor e outros.⁴³

No presente estudo, dispõem de mais acentuada relevância os direitos pertencentes ao segundo grupo, tendo particular ênfase os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Esses direitos estão expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, que, exaltando a dignidade da pessoa humana, abrigou dispositivos voltados à tutela da personalidade, como nos incisos V e X, do art. 5º, que dispõe, respectivamente, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dada a grande relevância dos direitos individuais – reconhecidos no texto constitucional como direitos fundamentais – passaram eles a gozar de regime jurídico especial, adquirindo a garantia de “cláusulas pétreas”, por meio da redação do §4º, IV, do art. 60 do mesmo diploma, o qual afirma que “§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”. Ademais, revela destacar que o Código Civil de 2002⁴⁴ reserva um

42 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. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, v.4, n.16, 2003, p. 72/73.

43 Id.

44 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. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de

capítulo para discorrer exclusivamente acerca dos direitos de personalidade, fazendo-o do art. 11 ao 21.

Os direitos de personalidade são aqueles próprios da pessoa em si mesma enquanto ente humano, que a ela pertencem desde o primeiro dia de vida, e que consistem naquilo que é imprescindível ao conteúdo da sua personalidade. Pode-se dizer que é uma classe de direitos que concede às pessoas um poder que visa à proteção da essência da sua personalidade.⁴⁵

José Afonso da Silva⁴⁶ entende a vida humana como não sendo tão somente um conjunto de elementos materiais, mostrando-se, também, composta por valores imateriais e morais; nesse sentido, assevera que a moral individual se traduz na honra da pessoa, ou seja, na reputação e na boa fama que fazem parte da vida humana como dimensão imaterial. A compreensão do valor da moral individual que detém cada cidadão é de extrema importância, na medida em que, se ausentes fossem ela e seus atributos, reduzir-se-ia a pessoa humana a uma condição animal de pequena significação. Por essa e outras razões, a integridade moral do indivíduo ganhou feição de direito fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

A honra é um dos sentimentos mais apreciados da personalidade, e o fundamento da sua correspondente garantia constitucional radica no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que é atributo concernente a todo

morto, terá legitimção para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815). (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Da Justiça, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 09 junho 2018).

45 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 131/132.

46 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 203.

indivíduo, não tendo relevantes considerações acerca de raça, religião ou classe social. A partir da constitucionalização da honra, passa a ter ela uma elevação na força normativa, de modo a não ter qualquer compatibilidade com concepções de meritocracia.⁴⁷

O direito à honra foi uma das primeiras manifestações que buscaram defender valores morais da pessoa humana. O termo provém do latim *honor*, que aponta a própria dignidade do indivíduo que pauta a sua vida na honestidade e nos ditames da moral.⁴⁸ Todavia, honra não é sinônimo e não se confunde com decoro, que é entendido como correção moral e tudo aquilo que encontra abrigo na honestidade. Honra tem uma concepção mais ampla.⁴⁹

Para José Afonso da Silva⁵⁰, honra é o conjunto de qualidades e virtudes que formam e caracterizam a dignidade de uma pessoa, assim como a reputação, o bom nome e o respeito dos concidadãos. Assevera que toda pessoa tem o direito fundamental de resguardar e zelar por essas qualidades, preservando, assim, a própria dignidade, mesmo quando fictícia e contra ataques da verdade. Isso porque tudo aquilo que se mostra contrário à dignidade deve permanecer em segredo da própria pessoa.

O jurista italiano Adriano de Cupis classifica a honra como objetiva e subjetiva; a primeira diz com a dignidade pessoal humana refletida na consideração dos outros, enquanto que a segunda se refere ao reflexo da dignidade no sentimento da própria pessoa. Em outras palavras, honra objetiva seria a reputação construída por alguém no meio social a que pertence; honra subjetiva, por sua vez, seria a estima que a pessoa tem dela mesma, de acordo com o entendimento que constrói da sua própria moralidade.⁵¹

Na seara daquilo que se compreende por honra objetiva, não sempre o real comportamento da pessoa vai condizer com a imagem que os outros fazem dela, ou com aquela conduta entendida e adotada pelo coletivo como modelo indicador de probidade. De qualquer sorte, independentemente da veracidade dos elementos

47 Ibid., p. 135.

48 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 108.

49 ARION, Sayão Romita. *Op. Cit.*, p. 60.

50 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 211.

51 CUPIS, Adriano de. *Teoria e pratica del diritto costituzionale*. p. 112. *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 134/135.

colocados à luz da coletividade, tal situação pode sujeitar a pessoa a um desprezo por parte daquela.⁵²

Nesse toar, refere José Martinez de Pisón Caveró que:

Baseado a honra na dignidade da pessoa, inerente a sua própria condição, não se pode negar que, de acordo com o texto constitucional, o ataque à honra será aquele que seja àquela dignidade, independentemente dos méritos ou deméritos ou qualquer outra circunstância: assim, chamar prostituta uma mulher pode ser constitutivo de delito de injúria se esta expressão ataca a sua dignidade pessoal, independentemente de que exerça tal “profissão”, já que proferir tal expressão, em determinadas circunstâncias, pode-se considerar lesivo a sua dignidade, porquanto supõe desprezo ou desonra.⁵³

Não se configurando absoluto ou ilimitado, o direito à honra encontra limite na legislação penal brasileira, a qual, em determinadas hipóteses de crimes contra a honra, prescreve a *exceptio veritatis*, isto é, a exceção da verdade, por meio da qual o agente tem de provar a veracidade daquele fato que imputou a outrem. Os crimes contra a honra têm previsão expressa no Código Penal⁵⁴ nas formas de calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Na primeira forma, a exceção da verdade em regra é permitida, excetuando-se os casos apontados no §3º do correspondente artigo; na segunda forma, em regra não é admitida, somente o sendo no caso de a ofensa ter relação com funções públicas (parágrafo único do mencionado artigo); na terceira forma, é vedada em qualquer hipótese.⁵⁵

É de conhecimento geral que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos protegem a pessoa que tiver atacada a sua honra ou reputação. Contudo, é imperioso mencionar que a informação que afetar a honra de um indivíduo, se fizer referência a fatos de relevância pública que questionem a honradez de uma figura pública, tiver relação

52 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 108.

53 CAVERO, José Martinez de Pisón. *El derecho a la intimidad em la jurisprudencia constitucional*, p. 104 *apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. Cit.*, p. 136.

54 Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (...) § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 09 junho 2018).

55 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. Cit.*, p. 135.

com pessoa privada envolvida em tema de relevância pública ou envolver um interesse legítimo dos membros da sociedade em debater assunto que reflita diretamente nessa mesma sociedade, será lícita e legítima.⁵⁶ Aqui, tem-se uma clara amostra da colisão de direitos fundamentais ocorrida entre o direito à honra e a liberdade de expressão, que invariavelmente ocorre.

Sobre isso, Luís Roberto Barroso⁵⁷ afirma que a doutrina admite, excepcionalmente, o impedimento da divulgação de acontecimentos verídicos, porém detratores, da honra individual. Explica que tal exceção se dá quando esses fatos contêm caráter exclusivamente privado, ou seja, sem repercussão na sociedade, de maneira que o interesse público na sua divulgação não esteja presente.

O direito à intimidade é por muitos tratado como um sinônimo do direito à privacidade; outros, por sua vez, supõem a intimidade como se estivesse inserida na vida privada, ou seja, como se ambas fossem círculos concêntricos imaginários, sendo a primeira um círculo de menor raio que a segunda.⁵⁸ Todavia, a Constituição Brasileira de 1988, por meio do art. 5º, X, conforme já visto no presente, promove uma distinção entre os conceitos de intimidade e privacidade.

A intimidade pode ser compreendida como “a esfera secreta na vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”⁵⁹; portanto, o direito à intimidade seria aquele que nos preserva e protege do conhecimento alheio, de modo a impedir a ciência dos demais daquilo que diga respeito somente a nós mesmos.⁶⁰

Noutros termos, poder-se-ia colocar esse direito como aquele que abarca a discricção da pessoa no que toca aos acontecimentos e desenvolvimento da sua vida, incluindo-se aí a vida amorosa ou conjugal, lembranças de família, saúde física e mental, costumes domésticos, confidências e outros elementos que permanecem reservados por essa pessoa a familiares, amigos e quem mais lhe convier. É de se ressaltar, assim, a importância de que seja assegurado a cada indivíduo o direito de

56 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 112.

57 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 76.

58 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 119.

59 DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação, p. 69 *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 209.

60 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Op. Cit.*, p. 118.

estabelecer até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deverão ser comunicados aos demais.⁶¹

E, nesse sentido, assim refere Edilsom Pereira de Farias⁶²:

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder público, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.

Para Roque Stoffel, a intimidade pode ser vista como o exercício de um direito peculiar, a partir do momento em que a divulgação de elementos como as convicções pessoais, o segredo sob juramento e também os segredos mais particulares, ocasiona um constrangimento do indivíduo e seu foro íntimo. Sobre isso, afirma que, no caso de alguém tomar conhecimento de algo absolutamente íntimo de outrem por razões meramente casuais, não se tem identificada uma violação de intimidade; todavia, na hipótese de essa mesma pessoa divulgar a informação da qual tomou ciência, seja por qualquer meio de comunicação, tem-se configurada a violação.⁶³

Acerca do tema, revela destacar a diferença que se verifica na proteção da intimidade de pessoas públicas e pessoas privadas. A pessoa que se põe diante do público, seja assumindo cargo público, como artista ou de outra maneira, de uma certa forma abre mão da sua privacidade, do que se presume que aceita, implicitamente, ser exposta. Por essa razão, o direito à intimidade acaba proporcionando proteção e preservação maiores às pessoas comuns do que às pessoas públicas e célebres, na medida em que essas últimas buscam uma auto exposição de forma voluntária, vendo-se obrigadas a abdicar parcialmente da intimidade como preço do prestígio desejado. Contudo, é imperioso esclarecer que as pessoas públicas realmente têm a sua intimidade limitada, como visto, mas jamais suprimida. Isso porque uma hipotética supressão englobaria também a esfera

61 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. Cit.*, p. 138/139.

62 *Ibid.*, p. 140.

63 STOFFEL, Roque. *Op. Cit.*, p. 24.

mais íntima possível do indivíduo, cuja divulgação só seria permitida com o consentimento expresso do envolvido.⁶⁴

Ademais, José Afonso da Silva defende que o direito à intimidade abrange, em um sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. A primeira se refere à casa como asilo inviolável, ao direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, bem como à liberdade das relações familiares no que toca a viver junto a outros sob o mesmo teto; no segundo, que contempla também os direitos de expressão e comunicação, situa-se a proteção dos segredos pessoais, os quais dizem respeito apenas aos correspondentes; o terceiro, por sua vez, é aquele que obriga o indivíduo que exerce uma profissão regulamentada (advogado e médico, por exemplo), que lhe proporciona o conhecimento de segredos de outrem, a guardá-los com fidelidade. Em todos os exemplos citados, o referido direito assegura a proteção de segredos dos seus titulares e, por conseguinte, a preservação da esfera íntima desses.⁶⁵

De qualquer sorte, o que se busca com a proteção da intimidade é garantir a preservação da faceta mais particular da personalidade do indivíduo, não se permitindo que ela fique exposta e a mercê da indiscrição alheia, de modo a ser logrado êxito no que tange à satisfação de exigências de isolamento moral do sujeito.⁶⁶

Como já destacado, comumente a doutrina entende a intimidade e a privacidade como elementos que se confundem. Acontece que a expressão “vida privada” nem sempre é empregada da mesma forma, sendo, por vezes, em sentido mais abrangente e, em outros momentos, em um sentido restrito. A primeira forma se equivale à expressão “intimidade”, considerando-se aí uma ampla proteção da parte da personalidade que não se pretende ver ao alcance do conhecimento do público; a segunda forma, em que se considera a vida privada em sentido estrito (*stricto sensu*), pode ser compreendida como um dos elementos que compõem a intimidade. Logo, em sendo evidente o fato de que a Constituição da República escolheu tutelar o conceito “vida privada” de maneira autônoma (art. 5º, X), pode-se entender que o constituinte o fez em sentido estrito.⁶⁷

64 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 142/143.

65 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 209/210.

66 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 145.

67 *Ibid.*, p. 145/146.

Para José Afonso da Silva⁶⁸, é como se a vida das pessoas compreendesse um aspecto exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e atividades públicas, sujeitando-a a divulgações por parte de terceiros; e um aspecto interior, que leva em conta a própria pessoa, seus familiares e amigos. Nessa perspectiva, a concepção de vida privada adotada pela Carta Magna seria a segunda, sendo ela inviolável.

No que toca ao direito à imagem, importa consignar, inicialmente, que a Constituição Federal de 1988 declara inviolável a imagem das pessoas por meio do já mencionado art. 5º, X, bem como assegura, na alínea “a” do inciso XXVIII desse mesmo artigo, a proteção à reprodução de imagem e voz humanas, com esta redação: “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Para se falar de direito à imagem, é necessário dizer que a ideia de imagem, na perspectiva da ordem jurídica, não é considerada e assegurada em sentido lato, como, por exemplo, na representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada de pessoa, animal ou objeto; restringe-se, em verdade, à fiel reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer. Em um linguajar jurídico, poder-se-ia dizer que o direito à imagem “compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação e difusão dela”.⁶⁹

Não é incomum que seja o direito à imagem da pessoa confundido com algum dos outros direitos de personalidade, na medida em que, historicamente, a imagem aparece ligada à honra ou à intimidade como sua manifestação.⁷⁰ Nesse sentido, mais especificamente no que se refere à relação da imagem com a intimidade, cabe mencionar que Warren e Brandeis fazem, em seu artigo, alusão àquela como uma manifestação do *right to privacy*, quando sustentam que “se, então, as decisões indicam um direito geral à privacidade para os pensamentos, emoções e sensações; essas devem receber a mesma proteção, quer expressa por escrito ou em conduta, em conversação, em atitudes, ou em expressão facial”.⁷¹

68 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 210.

69 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 148.

70 STOFFEL, Roque. *Op. Cit.*, p. 16.

71 WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. p. 206 *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 149.

Não obstante o fato de essa confusão ocorrer com certa frequência, o direito da pessoa à própria imagem se distingue dos demais, sendo compreendido de forma independente. Tanto assim o é que, em determinadas situações, é possível verificar a disposição da imagem do indivíduo sem que as esferas íntima, secreta ou da vida privada *stricto sensu* dele sejam atingidas. Como exemplo disso, podemos imaginar uma pessoa que autoriza a publicação ou exposição pública de uma foto ou retrato seus para determinado fim, que pode ser comercial ou outro; nessa situação, tanto a imagem quanto a intimidade da pessoa estariam sendo exploradas. No entanto, se a mesma pessoa, em momento posterior, permitir a utilização da mesma foto ou retrato em uma nova circunstância, sofreria ela uma exploração tão somente da imagem, na medida em que a sua intimidade já teria sido “invadida” na primeira exposição.⁷²

Poder-se-ia, outrossim, constatar uma situação em que se desvincula o direito à imagem do direito à honra, na hipótese de, por exemplo, ocorrer a publicação e divulgação da imagem de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência. Se, desse caso, não decorrer qualquer prejuízo à reputação do indivíduo, mesmo não havendo a sua concordância com a publicação, não se tem afetada a honra da pessoa, mas apenas a imagem.⁷³

Para Arion Sayão Romita, o direito à imagem apresenta uma dupla noção: imagem-atributo da personalidade e imagem-retrato. A primeira, consoante sustenta esse autor, é a faceta que se relaciona com a intimidade, a vida privada e a honra, correspondendo ao mesmo preceito constitucional dessas citadas, uma vez que se mostra no trato das relações sociais mantidas pela pessoa e se avizinha à reputação. Diz, também, com a identidade da pessoa, fazendo referência a aspectos subjetivos que possibilitam individualizá-la, de forma a estabelecer uma distinção entre ela e as outras na multiplicidade de suas características físicas, mentais e sociais. Já a segunda diz respeito à representação da forma ou do aspecto externo do ser individual, seja por meios técnicos (fotografia, cinema, televisão) ou artísticos (desenho, gravura, escultura, pintura); relaciona-se essa acepção, outrossim, com manifestações exteriores da personalidade, como expressões e gestos.⁷⁴

72 FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.*, p. 150.

73 *Ibid.*, p. 152.

74 ROMITA, Arion Sayão. *Op. Cit.*, p. 63 *et seq.*

Importa consignar que, na prática, considerando-se ambas as noções suprarreferidas, a imagem de pessoas – sobretudo as célebres – tem sido cada vez mais atingida, desrespeitada e violada pelo crescente interesse de fotógrafos e cinegrafistas por registros que exponham as suas intimidades. É o que destaca Anderson Schreiber, ao afirmar que tal prática vem, na maior parte das vezes, justificada com base no local em que a imagem foi captada ou no “caráter público” da pessoa retratada.⁷⁵

Sobre isso, o referido autor faz importantes observações. No que diz com a invocação da publicidade do local como justificativa para o registro fotográfico, entende que se apresenta claramente imprópria em circunstâncias onde a utilização da tecnologia se torna artifício inesperado e até malicioso. Como exemplo, pode-se imaginar uma praia em que casais permanecem, na qual uma eventual troca de intimidade desses pode ser facilmente captada à longa distância, ampliada e editada, de modo que, “suprindo-se a precária iluminação natural, um afago à meia-luz acabe se convertendo em uma cena de alta definição e impactante clareza”⁷⁶. Isto é, descaracteriza-se o ambiente exclusivamente em prol da exposição dessas pessoas. Já em relação ao “caráter público” atribuído a determinadas pessoas, rejeita veementemente a qualificação de qualquer pessoa como pública no sentido de que nenhum aspecto de sua vida privada se salve de lentes inconvenientes e indiscretas.

Nesse toar, Anderson Schreiber faz a seguinte constatação:

A taxação de atrizes, atletas, políticos, como “pessoas públicas”, a autorizar uma espécie de presunção de autorização à divulgação de suas imagens, ou a suscitar, ainda, o perverso argumento de que a veiculação na mídia mais beneficia do que prejudica aqueles que dependem da exposição ao público, representa a ingerência alheia em seara atinente apenas ao próprio retratado.⁷⁷

Ao se levar em conta esse cenário, independentemente de a exposição pública não autorizada render frutos, despertar na pessoa orgulho e satisfação, ou gerar dor, sofrimento e humilhação, não se pode olvidar que todas essas possíveis consequências dizem respeito à subjetividade do retratado e, assim, não podem ser condições para a tutela da sua personalidade.⁷⁸

⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 36/37.

⁷⁶ Idem

⁷⁷ Id.

⁷⁸ Id.

2. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é, essencialmente, aquele que todo ser humano tem de não permitir que qualquer fato ocorrido em um determinado momento da sua vida, mesmo que verídico, seja exposto ao público e lhe cause sofrimento; pode ser entendido, então, como o direito de ser deixado em paz.⁷⁹

Assim, cuida-se de um direito de forte raiz constitucional e legal, na medida em que intimamente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos de personalidade (honra, intimidade, vida privada e imagem), que contam com previsão expressa nos arts. 1º, III; e 5º, X, respectivamente, da Constituição Federal de 1988⁸⁰.

Embora tenha tido esse direito uma relação pioneira com o direito penal, a sua aparição nas relações civis, aliada ao avanço notório das tecnologias de comunicação, fez com que o número de situações ensejadoras da busca da referida tutela aumentasse, vindo o direito brasileiro a estabelecer, no ano de 2012, por meio do Enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁸¹

E, a partir do aumento supra referido, passou a se destacar com mais veemência o principal entrave presente na aplicação desse direito, qual seja, a colisão entre os direitos fundamentais envolvidos, como se verá mais à frente.⁸²

79 PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação (Jurisprudência comentada). Belo Horizonte: De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 22, 2014, p. 273.

80 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: III - a dignidade da pessoa humana. 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. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário da Justiça, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 junho 2018).

81 PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 274.

82 CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. cit.*, p. 103.

2.1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é imperioso recordar que a inclusão dos direitos fundamentais nas constituições do mundo inteiro se deu em forma de resposta aos períodos da história marcados pelo autoritarismo. Em outras palavras, é fruto da reação do constituinte e das forças sociais e políticas nele simbolizadas à restrição e, por vezes, ao extermínio das liberdades fundamentais do indivíduo por parte do Estado, o que explica o fato de a teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais ser aceita e consolidada há um tempo bastante considerável.⁸³

Nesse sentido, cabe dizer que a doutrina clássica costumava adotar os direitos fundamentais e compreendê-los precipuamente como o limite aos arbítrios do poder público. Dessa forma, defendia-se unicamente a eficácia vertical dos direitos fundamentais, haja vista a relação de subordinação que se evidenciava entre Estado e particular.⁸⁴

Não obstante, com o passar do tempo, começou a se dar mais atenção e importância à relação existente entre particulares, na medida da crescente percepção de que as ofensas aos direitos fundamentais não partiam somente do Estado, mas também dos indivíduos. A partir desse cenário, emerge a promissora teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que busca cuidar das relações estabelecidas entre pessoas naturais e/ou jurídicas de direito privado, colocando sob os holofotes do direito a existência de um vínculo dos agentes privados aos direitos fundamentais.⁸⁵

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, além de vincularem todos os poderes públicos, prestam-se os direitos fundamentais a exercer a sua eficácia também no meio jurídico privado, ou seja, no terreno das relações jurídicas entre particulares. A eficácia horizontal, também alcunhada de eficácia em relação a terceiros, privada ou externa, teve o seu mais intenso desenvolvimento na doutrina e jurisprudência constitucional alemã, na segunda metade do século XX, tendo provocado, posteriormente, um importante interesse também da doutrina europeia como um todo.⁸⁶

83 ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, vol. 2(2), 2011, p. 66.

84 SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 7(2), 2016, p. 2.

85 *Id.*

86 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 374/375.

Mais especificamente, foi nos anos 50 e 60 do século passado que este tema passou a ser objeto recorrente de discussão jurídica, assumindo a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*, o que se entende por “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”. Conforme visto, o surgimento e também o mais incisivo estudo acerca do assunto se deu na Alemanha, algo que, consoante refere Marcelo Schenk Duque, não foi obra do acaso. Afora a indiscutível capacidade usualmente demonstrada pelos juristas alemães em equacionar imbróglis jurídicos, é importante mencionar que a indigesta herança deixada pelo exacerbado patriotismo que assolou o país em período que precede o suprarreferido, bem como as consequências drásticas que desse movimento (estatal e privado) advieram, como a violação da liberdade dos particulares, prestaram-se a estampar a urgência de um fortalecimento dos direitos fundamentais, na medida em que se compreendeu que esses poderiam ser feridos não só pelo Estado, mas também pelas organizações privadas.⁸⁷

Defende Ingo Wolfgang Sarlet que a identificação de uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares parte da constatação de que a realidade presente no Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais tinham exclusivamente o fito de proteger o indivíduo de violações por parte dos poderes públicos, bem como em que havia uma importante separação entre Estado e sociedade, a qual induzia a um entendimento dos direitos fundamentais apenas no sentido das relações verticais, já não era mais bastante em si mesma.⁸⁸

Identifica-se uma eficácia horizontal, então, no Estado social de Direito, o qual não somente apresenta um aumento das suas funções, como também abriga um novo modelo de sociedade, que cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de modo que a liberdade individual passa a carecer também de proteção contra os mais fortes integrantes dessa sociedade, que vêm a ser os detentores de poder econômico e social, pois nessas esferas é que as liberdades se mostram particularmente ameaçadas.⁸⁹

87 DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40/41.

88 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 377.

89 *Ibid.*, p. 378.

Cabe ressaltar que, embora a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seja tema “encorpado” e comumente abordado em países europeus, bem como não se olvidando o fato de já identificarmos no nosso país, nos dias de hoje, estudos de grande valor acerca da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, trata-se de assunto que ainda anseia um melhor e merecido enfrentamento no direito pátrio.⁹⁰

De qualquer sorte, independentemente de o assunto não encontrar previsão expressa na constituição, veio a preencher discussões no âmbito do direito de família e sucessões, contratual e outros. Contudo, mostrou-se um tema adaptável, principalmente, às relações do direito do trabalho, que por sua vez consistiu em terreno fértil para tal, haja vista as usuais relações estabelecidas entre sujeitos privados, nas quais, mesmo sem a presença do Estado como parte, podem os direitos fundamentais incorporar relevante significado.⁹¹

Muito se debate a real relevância presente na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Poder-se-ia dizer, nesse sentido, que esses direitos geram uma proteção multidirecional, uma vez que concepções de valor traduzem algo indivisível. De uma forma prática, adquire grande importância na medida em que, por meio dela, pretende-se estabelecer critérios aptos a solucionar conflitos entre direitos fundamentais presentes nas relações privadas e, em meio a evidentes controvérsias que o assunto enseja, tem boa aceitação o fato de que o direito privado não pode ser excluído e/ou imune à proteção dos direitos fundamentais.⁹²

Nesse sentido, assim leciona Marcelo Schenk Duque⁹³:

Ademais, consequência lógica da vinculação do legislador privado aos direitos fundamentais é que a interpretação e a aplicação do direito privado têm que observar esses direitos. Nesse sentido, o juiz tem o dever de examinar se a interpretação e aplicação de prescrições de direito privado no caso concreto acabam por violar direitos fundamentais. Nessa conexão de elementos, a favor do reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas fala a constatação de que uma norma de direito fundamental tem que ser interpretada da forma que lhe garanta maior efetividade possível, ainda que com isso nada esteja dito quanto à forma em que os sujeitos privados vinculam-se aos direitos fundamentais.

90 Ibid., p. 374/375.

91 DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. Cit.*, p. 41.

92 Ibid., p. 57/58.

93 Id.

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são compreendidos como fundamento de uma ordem de valores objetiva, é natural o reconhecimento de sua eficácia em relações privadas. Isso porque, de uma concepção de que tal ordem deve incidir em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, pode-se concluir que o conteúdo dos direitos fundamentais deve considerar não apenas uma liberdade que necessita ser protegida das intervenções do Estado, mas também possíveis violações em relações entre particulares. É correto afirmar, portanto, que o direito privado não pode receber tratamento diverso dos demais, como se estivesse à margem do texto constitucional, pois há que se preservar a coerência no ordenamento jurídico, uma vez que agressões aos direitos fundamentais podem ocorrer em qualquer âmbito.⁹⁴

Diante deste contexto, importa salientar a compreensão de uma perspectiva jurídico objetiva dos direitos fundamentais, em que esses têm o condão de traduzir determinados valores que o Estado deve não apenas considerar e respeitar, mas também estimular e promover o respectivo respeito, de maneira ativa e incisiva, fins de assegurar uma proteção global desses direitos. Justifica-se tal entendimento na medida em que é possível verificar uma convergência de opiniões no que se refere ao fato de que a esfera privada também abrange situações de desigualdade causadas pela imposição de um poder social maior sobre um menor, constatando-se, muitas vezes, agressões à liberdade individual.⁹⁵

A bem da verdade, há aqueles que sustentam a tese da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais (*State Action*), ou seja, não reconhecem uma eficácia desses direitos na conexão entre indivíduos, baseando-se na ideia de que apenas são aplicáveis num contexto protagonizado por particular e Estado. Como exemplo de adoção desse entendimento, poder-se-ia citar os Estados Unidos, que abraçam e defendem tão somente a eficácia vertical dos direitos fundamentais, o que se explica pelo fato de a Constituição desse país ter surgido em 1787, período em que os direitos em voga eram oponíveis apenas ao Estado. Esse conceito pressupõe, portanto, que os direitos fundamentais existem para protegerem os particulares do poder estatal, conservando, todavia, a prerrogativa de aqueles reclamarem tais direitos a este.⁹⁶

94 Ibid., p. 59.

95 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 378/379.

96 SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. *Op. Cit.*, p. 9.

No entanto, no que toca aos que defendem a possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os quais representam a maioria, há que se destacar que não existe um consenso acerca da intensidade e da forma em que se dá essa eficácia. E, assim, evidenciam-se duas teorias: a da eficácia horizontal direta (imediate), e a da eficácia horizontal indireta (mediata).

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi concebida na Alemanha, recebendo a denominação de *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*, tendo tido, como um dos seus primeiros defensores, o juiz do Tribunal Federal do Trabalho Hans Carl Nipperdey.⁹⁷

Essa teoria, não obstante a própria denominação, não prega, necessariamente, a aplicação de todos os direitos fundamentais no âmbito jurídico privado; importa, nesse sentido, uma apreciação do caso concreto, em que se pode constatar uma frequente aplicação nos direitos relacionados à dignidade humana, bem como àqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade. Entretanto, cabe dizer que se trata de uma ressalva de pequeno valor prático, eis que a grande maioria dos direitos fundamentais carrega as características suprarreferidas.⁹⁸

Cuida-se de uma teoria que defende a desnecessidade de os direitos fundamentais se transformarem para que possam incidir nas relações privadas, ganhando feição de direitos cuja aplicação cabe em face de demais particulares; sendo, portanto, permitido aos indivíduos pleitear os seus direitos de forma semelhante àquela verificada quando se trata de eficácia vertical.⁹⁹

Segundo Marcelo Schenk Duque, pode-se entender essa teoria de acordo com o que preceituam seus fundadores, afirmando-se que:

Os direitos fundamentais vigem diretamente nas relações privadas, na forma de mandamentos e proibições, não carecendo da mediação das normas de direito privado, como, por exemplo, as cláusulas gerais. Pregam, com isso, uma revolução jurídico-privada constitucional (*verfassungsprivatrechtlichen Revolution*), em um quadro no qual o direcionamento estatal como critério de aplicação dos direitos fundamentais tombou.¹⁰⁰

97 Ibid., p. 10/11.

98 DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. Cit.*, p. 107.

99 Id.

100 Ibid. p. 108.

Dessa forma, apresenta-se possível uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não se fazendo imprescindível qualquer intercessão legislativa.¹⁰¹

Como exemplo disso, poder-se-ia citar o RE 201.819¹⁰², que faz referência à exclusão de um sócio da UBC – União Brasileira de Compositores – em que esse não obteve a chance de exercer o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. A situação em voga restou apreciada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual entendeu que o caso concreto propiciava a aplicação imediata dos direitos fundamentais, como se depreende da seguinte ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por sua vez, alcunhada de *Mittelbare Drittwirkung*, também teve o seu berço na Alemanha, sendo a teoria predominante nesse país, uma vez que é o entendimento adotado pelo respectivo Tribunal Constitucional Federal.¹⁰³

No entendimento desta teoria, não pode haver uma transmissão do conteúdo jurídico e subjetivo dos direitos fundamentais para as relações entre particulares de uma forma direta, uma vez que a incidência daqueles ocorre por meio da legislação infraconstitucional.¹⁰⁴ Em outras palavras, faz-se necessário que haja uma intermediação legislativa para que os direitos fundamentais se concretizem de modo adequado nas relações privadas; assim, as cláusulas gerais do direito privado funcionariam como uma espécie de fluxo de infiltração dos valores fundamentais nessas relações.¹⁰⁵

101 SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. *Op. Cit.*, p. 11.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. RE nº 201.819. Relator Ministro Luiz Fux. 27 outubro 2016. Disponível em: <stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(EFICÁCIA+DOS+DIREITOS+FUNDAMENTAIS+RE+201.819)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybjd3roz. (Acesso em: 29 junho 2018).>

103 SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. *Op. Cit.*, p. 10.

104 DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. Cit.*, p. 196.

105 SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. *Op. Cit.*, p.10.

Pode-se afirmar, então, que os têm os direitos fundamentais o dever de efetivar as cláusulas gerais como linhas diretivas de interpretação, atribuindo-lhes o peso adequado ao caso concreto. Não se deve olvidar que essa efetivação tem de se dar sempre de modo a se preservar o espírito do direito privado, o qual tem estreita relação com a autonomia privada.¹⁰⁶

A ideia de que ofensas e violações a direitos fundamentais possam partir de particulares e atingir também particulares, assumindo o Estado uma função de guardião desses direitos, importa sobremaneira quando se fala em direito ao esquecimento. Isso porque o direito de ser esquecido (*the right to be alone*) pode ser entendido como um “instrumento” que anseia e busca a preservação da dignidade humana, protegendo-a de exposição exercida, principalmente, por meios de comunicação, que por sua vez têm na disseminação de informações uma razão de existir. Tem-se, dessa forma, uma colisão de direitos fundamentais (direitos de expressão e informação x direitos de personalidade) em uma relação estabelecida entre particulares, da qual se discorrerá a seguir.

2.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO ENQUANTO RESULTADO DA PONDERAÇÃO DE BENS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

Gustavo Carvalho Chehab defende que um indivíduo não alcança o bem estar apenas pelas conquistas pessoais e/ou satisfação das necessidades essenciais, mas também quando se vê capaz de superar e esquecer erros e frustrações do passado. Nesse sentido, revela dizer que, guardando relação direta com a privacidade, o direito ao esquecimento possibilita que o cidadão se mantenha na solidão, na reserva ou no anonimato, uma vez que fatos e dados que lhe dizem respeito permanecem ou retornam ao seu âmbito de disponibilidade individual.¹⁰⁷

Pode-se compreender o direito ao esquecimento, de forma objetiva, como a faculdade que o titular de um dado ou elemento pessoal tem para vê-lo apagado, bloqueado ou exterminado, pelo transcorrer do tempo, uma vez que afronte os seus direitos fundamentais. É, então, uma espécie de caducidade, onde determinada

106 DUQUE, Marcelo Schenk. *Op. Cit.*, p. 196.

107CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. Cit.*, p. 90.

informação, por ofender direitos atinentes à personalidade, parece ou deveria perecer.¹⁰⁸

Para Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, no que tange à natureza jurídica, atualmente o direito ao esquecimento é compreendido como um dos aspectos do direito de personalidade, demonstrando relação estreita com a proteção à intimidade e à privacidade. Tendo sido esse direito inicialmente associado ao ramo do direito penal, visava a evitar uma punição excessiva e demasiadamente prolongada ao ex-detento, garantindo efetividade a sua ressocialização, uma vez que a vinculação do crime ao agente por tempo indeterminado constitui tratamento degradante, não podendo uma pena ter caráter perpétuo¹⁰⁹

Todavia, com as evoluções sociais e o decurso do tempo, o direito ao esquecimento passou a integrar o ramo do direito civil, na medida em que, com o crescimento vertiginoso de novas tecnologias de disseminação de informação, tem sido trazido esse tema também para o domínio das relações de consumo, sobretudo quando relacionados a provedores de internet e seus usuários.¹¹⁰

Fábio Vinícius Maia Trigueiro afirma que uma pessoa ter a possibilidade de impedir que um acontecimento pretérito negativamente avaliado e que lhe diga respeito seja divulgado se justifica na medida em que, por vezes, a manutenção de determinados fatos, seja na esfera criminal ou civil, pode ter o condão de perpetuar e amplificar as sanções e os danos outrora experimentados por ela.¹¹¹

Revela destacar, contudo, que o direito ao esquecimento não tem relação com apagar fatos ou reescrever a história, mas sim com prever a possibilidade de se discutir acerca do uso que é dado aos fatos pretéritos, com ênfase na finalidade com a qual são eles lembrados.¹¹²

Em razão da própria natureza, é um direito que deve ser exercido *in natura*. Isso significa dizer que, se tem ele por finalidade que um dado ou fato seja extinto ou bloqueado, é justamente a sua não veiculação ou utilização o que mais importa para o titular do direito, eis que a paz, a privacidade, o anonimato e uma nova vida são

108Ibid., p. 88

109KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. São Paulo: Revista de direito do consumidor, v. 22, n. 89, 2013, p. 463.

110Id.

111TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 24, n. 98, 2016, p. 89.

112PAIVA, Bruno César Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 274.

tudo aquilo que busca aquele que quer ver um acontecimento específico ou o seu próprio nome esquecido.¹¹³

Como exemplo, imaginemos uma atriz que, ainda em princípio de carreira, autoriza que imagens suas de nudez sejam veiculadas em determinada revista masculina. Supondo que essa atriz, anos depois, venha a trabalhar como apresentadora de programa de televisão voltado ao público infantil, é evidente que a veiculação daquelas imagens do passado, extirpadas do contexto original, podem vir a lhe causar danos. Logo, embora não se tenha configurada uma violação à imagem (pois, à época, a veiculação das imagens foi autorizada), verifica-se um atentado à privacidade, eis que a vida da ex-atriz se encaminhou em sentido distinto daquele anterior. Assim, fins de evitar a continuidade da exposição das imagens e, por conseguinte, a natural associação a que seguiria submetida a ex-atriz, a ferramenta da qual poderia ela se valer é a do direito ao esquecimento.¹¹⁴

Do exemplo citado, é possível depreender que, visando o direito ao esquecimento à proteção dos direitos de personalidade do indivíduo, busca, simultaneamente, a preservação da dignidade humana.

Importa salientar, nesse sentido, que a dignidade humana não foi incluída pela Constituição Brasileira no rol dos direitos fundamentais; restou, todavia, atribuída a ela a condição de fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III, da CF/1988), servindo de base para vários direitos fundamentais. Marcelo Schenk Duque assevera que “a proteção da dignidade humana traduz um fim supremo de todo o direito, de modo que a sua afirmação como fundamento do Estado lhe conduz ao cume do ordenamento jurídico”.¹¹⁵

Assim, é correto afirmar, sobretudo tomando por base a doutrina alemã, que a dignidade humana representa um princípio constitutivo da Carta Magna, o que se suporta no entendimento de que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário, tendo em vista que o ente estatal deve ter a figura humana como fim e não como meio de atividade.¹¹⁶

Nesse sentido, assim leciona Marcelo Schenk Duque:

113CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. cit.*, p. 90/91.

114SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 466.

115DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 235 *et. seq.*

116Ibid., p. 238.

O Estado de direito funda-se no reconhecimento da dignidade humana, que intermedeia o conteúdo e direção das tarefas estatais de garantia da segurança, da liberdade e de igualdade social. A Constituição, ao prever a garantia da dignidade humana, torna nítidas as estruturas elementares do Estado de direito, no momento em que reconduz as configurações do direito ordinário e a própria vontade política ao núcleo dessa garantia.¹¹⁷

Considerando que boa parte da doutrina entende que o conteúdo da dignidade da pessoa humana constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet indaga sobre até que ponto pode ela ser tida como absoluta, ou seja, se caberia, em alguma hipótese, a sua relativização.¹¹⁸

Consoante esse autor, em decorrência de práticas adotadas por certa pessoa (ou um grupo delas), a dignidade está sujeita a sofrer violação, razão pela qual enseja proteção. É verdade que nenhum comportamento do ofensor resultará na perda da sua dignidade, que é prevista para todos; assim, questiona se, a partir de um eventual e específico comportamento ou ato indigno, seria possível afetar a dignidade do ofensor, relativizando esse bem constitucional.¹¹⁹

Pois, sobre isso, Ingo Wolfgang Sarlet defende, especialmente levando em conta casos extremos que resultam, por exemplo, em humilhação, que a resposta ao questionamento anterior é positiva. Sustenta, nesse sentido, que, não obstante o caráter elementar da dignidade da pessoa humana, infelizmente não se pode descartar que está ela sujeita a uma relativização no sentido de que alguém (seja juiz, legislador, administrador ou particular) sempre irá decidir acerca do seu conteúdo, partindo do pressuposto de que houve (ou não) uma violação no caso concreto.¹²⁰

Conforme observado, o principal desafio, então, na aplicação do direito ao esquecimento encontrar a forma mais coerente e justa de lidar com a colisão dos direitos fundamentais envolvidos e a relativização da dignidade da pessoa humana. É verdade que, por força do princípio da unidade da constituição, entende-se que não há hierarquia jurídica de normas constitucionais, sobretudo se tratando de direitos fundamentais, porquanto carregam o mesmo status jurídico. No entanto, o conflito entre eles é hipótese perfeitamente possível, que se verifica a partir do

117Ibid. p. 239.

118SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 142.

119Ibid., p. 144.

120Ibid., p. 150.

momento em que o seu exercício por parte do titular encontra limite no exercício por parte de outro titular.¹²¹

As liberdades de expressão e comunicação nem sempre se apresentam comedidas e adequadas aos limites de seu exercício, razão pela qual é até comum que ocorra a colisão delas com a intimidade da vida privada. Isso decorre da essencial heterogeneidade desses diversos direitos fundamentais, que, aliada a uma pluralidade de outros valores fundamentais individuais e coletivos, vem a inviabilizar, muitas vezes, a realização em absoluto desses direitos.¹²²

Acerca disso, importa dizer que, verificando-se a colisão de direitos fundamentais, não se pode, em regra ou de maneira abstrata, afastar completamente o âmbito de incidência de um direito fundamental em detrimento do outro; deve-se aplicar, portanto, o princípio da harmonização e da concordância prática, fins de se efetuar uma ponderação dos bens constitucionais confrontados e, assim, não sacrificar *in totum* nenhum deles.¹²³

Robert Alexy defende que se leve em consideração o peso dos princípios em que se fundam os direitos fundamentais conflitantes, estabelecendo-se, assim, uma “relação de procedência condicionada”, da qual seria possível concluir sobre qual daqueles deve ceder no caso concreto. Não se olvide, entretanto, que na resolução do conflito é necessário preservar o núcleo essencial dos direitos envolvidos, não os restringindo casuisticamente.¹²⁴

Partindo-se do pressuposto de que não há direito absoluto, Bruno César Ribeiro de Paiva defende que, diante de um conflito de normas constitucionalmente estabelecidas, a solução mais apropriada para compatibilizar os preceitos conflitantes é a ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade. Desse modo, segundo o autor, estar-se-ia mais próximo da justiça social.

Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, por sua vez, sustenta que não se pode descartar a hipótese de o direito ao esquecimento ser sacrificado em prol da liberdade de informação. Assevera, contudo, que se o fato alvo da análise não carregar nenhum interesse público, a sua permanente exposição poderá ofender seriamente a intimidade da pessoa.¹²⁵

121JÚNIOR, José Ribamar Mendes. *Op. Cit.*, p. 41.

122TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. *Op. Cit.*, p. 98.

123CHEHAB, Gustavo Carvalho. *Op. Cit.*, p. 104.

124Id.

125KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Op. Cit.*, p. 464.

Como se pode observar, apontar qual interesse deve preponderar, na medida em que se cuida de valores importantes e, via de regra, antagônicos, não é tarefa simples.

No que se refere à efetiva aplicação em casos concretos, importa mencionar o conhecido caso *Lebach*, decidido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1973. Esse caso tratou de um indivíduo condenado e preso por homicídio de vários soldados, cometidos durante um roubo de armas. Pouco antes de ser solto, o indivíduo pleiteou que uma rede de televisão fosse impedida de fazer um documentário acerca do ocorrido. O referido Tribunal decidiu por manter a decisão que havia proibido a veiculação do documentário, entendendo que a tutela dos direitos de personalidade, no caso, preponderava sobre a liberdade de comunicação. Para chegar a essa decisão, os julgadores se apoiaram na ideia de que a exibição do programa poderia comprometer seriamente a ressocialização do prisioneiro, bem como que não estava demonstrado um significativo interesse público na informação que seria transmitida, levando-se em conta os muitos anos que já haviam passado desde o cometimento do crime.¹²⁶

No entanto, em 1999, época em que, diante de casos que envolvessem colisão de direitos de personalidade, a jurisdição constitucional alemã já demonstrava uma tendência mais favorável à proteção da liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional apreciou o caso *Lebach II*, no qual outro canal de televisão pretendia exibir programa atinente ao mesmo crime (objeto do primeiro julgamento *Lebach*). Nesse novo julgamento, a Corte alemã, em homenagem à liberdade de comunicação, afastou a proibição de veiculação do programa, sob argumentos que expunham distinção entre os casos. Foi sustentado, dessa vez, que neste novo programa televisivo não se verificava o mesmo risco para a ressocialização do autor dos crimes, tendo em vista que haviam decorrido vários anos desde a sua soltura. Ou seja, neste novo momento, ainda que não se tenha constatado a presença de um relevante interesse público, o fato é que não estava mais caracterizada uma violação aos direitos de personalidade do agente.¹²⁷

126SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira* (parecer doutrinário). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. p.35. (Acesso em: 01 julho 2018).

127Id. (Acesso em: 01 julho 2018).

No que toca à jurisprudência nacional, o Superior Tribunal de Justiça também costuma adotar critérios associados à presença de interesse público para decidir sobre a aplicação ou não do direito ao esquecimento.

Senão, vejamos. O famoso caso que ficou conhecido como a “chacina da candelária”, em que houve uma sequência de homicídios, foi alvo de apreciação do STJ no ano de 2013, por meio do REsp n. 1334097¹²⁸, que analisou a situação de um sujeito apontado e julgado como autor dos crimes, e que, posteriormente, restou inocentado. A rediscussão do caso nas mídias sociais, mais de uma década após o seu desfecho judicial, trouxe de volta ao público a imagem do já inocentado, que buscou o seu direito de ser esquecido.

Este foi o entendimento da Corte Superior:

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.

Nesse exemplo trazido, entendeu-se pela total desnecessidade de vinculação da pessoa, seu nome e fisionomia, ao caso concreto. Ficou evidenciado que a exposição e divulgação do sujeito inocentado não se fazia imprescindível à veiculação da história nos meios de comunicação, que se faria compreensível ao grande público sem essa especificação, bem como que tal situação não vinha a reforçar a imagem do suposto autor como inocentado, mas sim como indiciado. Em sendo assim, teve reconhecido o seu direito ao esquecimento, que preponderou sobre as demais garantias envolvidas.

128BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1334097/RJ. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. (Acesso em: 01 julho 2018).

Por outro lado, o STJ, no mesmo ano de 2013, julgou o REsp n. 1335153¹²⁹, em que foi apreciado o caso de um homicídio que gerou repercussão nacional no ano de 1958, que ficou conhecido como caso “Aida Curi”. Meio século depois do ocorrido, o caso voltou a ser veiculado pelos meios de comunicação, com a divulgação do nome e imagem da vítima sem consentimento dos familiares, que buscaram uma reparação a título de indenização.

Este foi o entendimento:

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. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

Nesse caso, a pessoa é indissociável do caso concreto, porquanto se trata da vítima, que, mesmo que involuntariamente, é e sempre será participe da história, de forma que não há como se promover a narrativa dos fatos sem a sua presença. E, diante da impossibilidade de se efetuar essa separação, o interesse público acabou preponderando sobre o privado no julgamento, pois se entendeu que uma hipotética repressão à liberdade de informação jornalística se daria em uma proporção muito mais significativa se comparada ao reconhecido e compreensível desconforto gerado aos familiares da vítima.

Destarte, pode-se afirmar que a apreciação sobre a aplicação ou não do direito ao esquecimento tem como elemento norteador a presença de um interesse público relevante, que pode existir em diferente proporção e intensidade em cada caso concreto, ou simplesmente não existir. Trata-se, ao fim, de um exercício de ponderação que o julgador deve fazer entre o interesse coletivo e o particular, do

129BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1335153/RJ. 4º Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. (Acesso em: 01 julho 2018).

qual concluirá pela atenuação de um em prol da cristalina necessidade de se proteger o outro, aproximando-se a decisão, assim, da justiça e da legitimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho de pesquisa, foi possível entender o direito ao esquecimento não apenas como um direito emergente, mas também como uma manifestação de direitos já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo relação estreita com a privacidade e a intimidade, é compreendido pela corrente majoritária como um aspecto dos direitos de personalidade, que não busca apagar fatos específicos ou reescrever a história, mas sim garantir a possibilidade de se deliberar acerca do uso que é dado aos fatos pretéritos, no que se refere à maneira como serão lembrados e à repercussão que essas lembranças podem gerar.

A presente pesquisa exaltou a importância da liberdade de expressão e do direito de acesso à livre informação, garantias que oxigenam a democracia, enfatizando a liberdade de informação jornalística como um propulsor do interesse público.

Restou evidenciada, por outro lado, a dificuldade que a sociedade atual pode impor ao indivíduo que quer ver apagado determinado fato de sua vida, na medida em que, por meio dos mais variados veículos de comunicação, dispõe e repercute de forma instantânea conteúdos de todas as naturezas, inclusive aqueles com potencial para ofender os direitos de personalidade de um indivíduo, bem como a sua dignidade.

Por fim, prestou-se esse estudo a discutir a colisão dos direitos fundamentais envolvidos, assim como a aplicação do direito ao esquecimento no caso concreto, por meio da ponderação dos bens constitucionais relevantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Freire de. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direito e Práxis*, vol. 2(2), 2011.

ARION, Sayão Romita. Colisão de Direitos: liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

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. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, v.4, n.16, 2003.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 952, 2015.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

JÚNIOR, José Ribamar Mendes. Os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa: a condenação antecipada do acusado ante a exposição massificada da mídia. Palmas: Revista ESMAT, 2015.

MACEDO, Caio Sperandéo de. Liberdade de expressão e o processo democrático na sociedade da informação. Porto Alegre: Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 32, 2015.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. O direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de informação (Jurisprudência comentada). Belo Horizonte: De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 22, 2014.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Liberdade de expressão e liberdade de informação: direitos fundamentais e democracia. Porto Alegre: Lex, Magister, 2012.

RULLI JÚNIOR, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo. Apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. Palmas: Revista ESMAT, v. 5, n. 6, 2013.

SALOMÃO, Paulo César. O confronto entre o direito à intimidade e o direito à informação. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 66, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira* (parecer doutrinário). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>.

SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação: liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SILVA, Weverton de Castro; MASCARENHAS, Lucas Chaves. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 7(2), 2016.

STOFFEL, Roque. A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 24, n. 98, 2016.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário da Justiça, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário da Justiça, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.