

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE – FANESE
ASSOCIAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA “GRACCHO CARDOSO”
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ARACELE GUIMARÃES DOS SANTOS

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO LIMITADOR DO DIREITO DE
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Aracaju

2014

ARACELE GUIMARÃES DOS SANTOS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO LIMITADOR DO DIREITO DE
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
– como um dos pré-requisitos para obtenção de
grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva.

Aracaju

2014

ARACELE GUIMARÃES DOS SANTOS

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO LIMITADOR DO DIREITO DE
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Msc. Vítor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Msc. Augusto César Leite de Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus por toda benção e fé que me acompanharam durante essa jornada, aos meus pais, esposo e familiares por toda compreensão e incentivo, a minha filha por ser minha força diária na superação de tantos obstáculos e aos meus amigos pela ajuda e torcida.

AGRADECIMENTOS

Expresso os meus mais sinceros agradecimentos primeiramente a Deus, por toda proteção, amor e companhia que me dedicou durante essa jornada e sempre.

A minha filha Giulia que é meu alicerce e meu maior incentivo na busca e concretização dos meus sonhos. Obrigada por irradiar minha vida com sua existência. Te amo incondicionalmente!

Aos meus pais Mariza e Fernandes, por todo amor, dedicação e confiança e por serem exemplos vivos de dignidade, caráter e vida para mim. Não teria conseguido nada na vida sem a base que vocês me deram.

Ao meu esposo Fábio por todo incentivo, paciência e companheirismo. Com certeza tudo teria sido mais difícil sem você ao meu lado.

Aos meus irmãos, Fernandes Filho, Rogério e Felício por todo carinho e torcida.

A Direção da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, por toda a seriedade e compromisso com que encara suas prerrogativas e atribuições, nos proporcionando um ambiente incentivador e de plena confiabilidade.

A todos os professores que fazem o curso de direito, em especial ao Coordenador Prof. Pedro Durão e ao Coordenador Adjunto Prof Vitor Condorelli, por todo compromisso e paciência que nos foram dedicados.

Ao meu orientador Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva, por todo apoio, comprometimento e atenção para comigo durante a realização desse trabalho.

Aos meus amigos e amigas, em especial Daniele e Kátia por todos os momentos divididos, todo companheirismo e todo carinho. Conseguimos!

E por fim, a todos que de forma direta ou indireta contribuíram durante essa longa caminhada.

“Devemos trabalhar de forma que a memória coletiva sirva para a libertação e não para a servidão dos homens”.

Jacques Le Goff

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a compreensão da inserção do direito ao esquecimento como limitador ao direito de liberdade de informação e como garantidor da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade. Analisando-se as decisões jurisprudenciais das Cortes nacionais e europeia, bem como a parte doutrinária, percebem-se alguns pontos de relevância e diversos pressupostos para a resolução do conflito entre o direito de informação e o direito à privacidade, em casos em que fora invocado o direito ao esquecimento, dentro da atividade informativa dos meios de comunicação. De acordo com esse estudo foi possível obter o entendimento de que o interesse público da informação, a veracidade da mesma, os meios lícitos para aquisição e o decurso do tempo entre a ocorrência do fato e a sua divulgação são alguns dos requisitos impostos para se avaliar a existência ou não de danos às pessoas noticiadas ou aos seus familiares. O direito ao esquecimento assume papel de garantidor da dignidade da pessoa humana onde estão inseridos os direitos que compõem o direito à privacidade, na esfera informativa, eliminando-se, portanto o argumento de que o mesmo poderia servir de censura aos meios de divulgação de notícias. Qualquer conflito existente entre esses dois direitos fundamentais deverá ser solucionado por via judicial, onde o julgador se utilizará da ponderação entre os mesmos dentro do caso concreto para que dessa forma possa emitir uma decisão justa e que garanta de certa forma o exercício de ambos os direitos, ainda que um possa vir a se sobrepor ao outro na situação litigada. As decisões proferidas recentemente ampliaram significativamente a discussão sobre o referido tema, o que tem sido considerado de grande relevância para que o entendimento europeu possa vir a ser adotado futuramente nos julgados brasileiros.

Palavras-Chave: Direitos à privacidade; Direito a liberdade de informação; Direito ao esquecimento; Interesse público.

ABSTRACT

The current study has the purpose to comprehend the insertion of the right to be forgotten as a limiter of the freedom of information right and which ensures the human being dignity and the privacy right. Analyzing the jurisprudential decisions of national and European Courts, and also the doctrinaire part, it can be noticed some relevant points and several procedural prerequisites to solve the conflict between the information and privacy rights, in cases that the right to be forgotten was claimed, inside the informative activity of the communication channels. According to this study was possible to reach the understanding of the public interest on information, its veracity, the lawful ways to acquire it and the period of time since the fact occurred and its divulgation are some of the requirements to evaluate—whether exists or not damages to the people who were disclosed, or their relatives. The right to forgetfulness assumes the role of provider of a person's dignity, where the rights that compose the privacy right are inserted, at the communicatory scenario, therefore eliminating the argument that this right could censor the communication channels. Any existing conflict between these two rights might be decided in court, in which the judge will ponder both rights in the case, in order to launch a fair decision, guaranteeing somehow either rights, even though one can overlap the other in the litigated situation. Recent reinforced decisions have expanded significantly the discussion about the subject mentioned, fact that has been considered as a great relevance to the European understanding could be adapted to the Brazilian judgements.

Keywords: rights to privacy. Freedom of information right. Right to be forgotten. Public interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1 Conceituação e classificação dos direitos fundamentais.....	13
2.1.1 Conceito.....	13
2.1.2 Classificação.....	14
2.2 Origem dos direitos fundamentais.....	14
2.3 Gerações dos direitos fundamentais.....	16
2.4 Inserção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira.....	17
2.5 Características dos direitos fundamentais.....	18
2.6 Colisão entre os direitos fundamentais.....	20
2.8 Efeitos vinculante e horizontal dos direitos fundamentais.....	21
2.8.1 Destinatários/sujeitos passivos das normas.....	22
2.9 Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.....	23
2.9 Dimensão dos direitos fundamentais.....	25
2.10 Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	26
3 O DIREITO DE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO.....	27
3.1 Conceito e considerações iniciais.....	27
3.2 Limites ao exercício do direito à liberdade de informação.....	28
3.2.1 Veracidade.....	28
3.2.2 Relevância pública.....	28
3.2.3 Forma adequada de divulgação da informação.....	29
3.3 Vedação à censura em tal direito.....	29
3.4 O direito de liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana.....	30
3.5 A diferença entre direito de liberdade de expressão e direito de liberdade de informação.....	31
3.6 Responsabilidade e função social dos meios de comunicação.....	32
3.7 A colisão entre o direito de informação e os direitos da personalidade.....	33
4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	40
4.1 Conceito e breve histórico.....	41

4.2 O reconhecimento do direito ao esquecimento pelo STJ.....	43
4.3 O reconhecimento do direito ao esquecimento na Internet pela Corte europeia.....	46
4.4 O direito ao esquecimento e o direito de liberdade de informação.....	49
5 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema foi induzida pelo fato do recente surgimento do direito ao esquecimento em duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pela edição de enunciado reconhecendo a existência do mesmo no direito brasileiro, realizada pelo Conselho de Justiça Federal na VI Jornada de Direito Civil.

Diante do superinformacionismo da atualidade, se faz necessário realizar a análise de um direito que venha a garantir os direitos fundamentais atribuídos constitucionalmente ao ser humano.

Em contrapartida, existe a necessidade de se garantir o devido exercício do direito de informação, em suas subdivisões que são o direito de informar e o direito de ser informado, prezando pela observância de determinados limites que não adotem a função implícita da censura.

O fato do surgimento de uma nova concepção no cenário das garantias dos direitos fundamentais propicia a investigação do surgimento e cabimento de tal tema.

O não absolutismo dos direitos fundamentais implica na necessidade de uma análise fundamentada da limitação do exercício de alguns direitos, assim como em sua exigência.

A grande incidência de lides judiciais envolvendo um conflito aparente entre os direitos à privacidade e à liberdade informação, exige não só dos doutrinadores a solução de determinados embates, como também de julgadores e legisladores.

As especificidades do direito à privacidade nos leva a racionalizar de forma sistematizada os direitos que o compõe como o direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, em um cotidiano onde diariamente se observa a ameaça ou violação de tais direitos tão relevantes na composição normativa da Constituição Federal de 1988.

Já o direito de liberdade de informação, que já foi tão afrontado historicamente, goza atualmente de liberdade autônoma para com o seu exercício, porém em razão dessa independência, alguns profissionais e meios de comunicação, vem praticando excessos na função informativa o que tem ameaçado em grande parte os direitos embutidos no direito à privacidade, gerando danos e sofrimentos às pessoas objeto de determinadas informações veiculadas.

Nesse cenário, surge o direito ao esquecimento, como preponderante limitador, com o respaldo jurídico das Cortes nacionais, para solucionar tais embates.

Muito se discute sobre as raízes do direito ao esquecimento no mundo jurídico, sendo umas das citações mais conhecidas um fato ocorrido na Alemanha que ficou conhecido como caso Lebach onde um dos condenados após ter cumprido a pena que lhe fora atribuída, requereu perante o judiciário o impedimento da exibição de um programa que narraria o caso, envolvendo seu nome e imagem. O Tribunal Constitucional Federal Alemão deferiu-lhe o pedido, consubstanciando sua decisão no referido direito.

No Brasil tivemos recentemente julgamentos decididos pelo STJ, onde as decisões giraram em torno do reconhecimento desse direito em meio a atividades de veículos de informação televisivos e virtuais.

Em se tratando dos meios virtuais de comunicação, mais especificamente a Internet, não se faz descoberta inovadora o fato da grande frequência de informações transmitidas e vinculadas por esse meio vir a causar transtornos e danos relevantes na vida privada de certos indivíduos. Na visão do caso Xuxa, apreciado também pelo STJ, a Corte entendeu que o Google não poderia ser responsabilizado pelas notícias resultantes dos links encontrados em pesquisas realizadas nesse sítio, tendo em vista que a referida empresa não publica a notícia, apenas serve como meio de pesquisa a possíveis interessados em determinado tema.

Ao contrário desse entendimento, em maio/2013, a Corte Europeia, na análise de um caso semelhante ao Xuxa, entre um espanhol e o Google, entendeu que o referido site é sim responsável pelas indexações provenientes das buscas realizadas e que, portanto, está o mesmo obrigado a eliminar de seus links notícias pretérito que venha a causar danos ao noticiado.

Dentro desse cenário, podemos perceber claramente que existe uma enorme necessidade de controle midiático na divulgação das notícias e que embora ainda não seja um assunto de compreensão esgotada, o direito ao esquecimento veio com o intuito de prestar o devido auxílio e controle a essas mídias, em especial a virtual.

A questão do cabimento e a forma como esse se dá dentro dos casos concretos varia de acordo com a questão e quesitos preponderantes.

Portanto, o grande questionamento que se faz atualmente é o de como o direito ao esquecimento pode realizar esse controle, sem que adote uma postura de censura em relação aos meios de comunicação?

Além da busca dessa compreensão, fica a certeza de que os direitos à privacidade bem como a dignidade da pessoa humana são direitos intrínsecos atribuídos a todos indistintamente que não só devem como precisam estar e se fazer garantidos às pessoas.

A colisão entre direitos fundamentais é uma realidade muito próxima e que pede uma postura analítica e ponderada por parte do julgador.

É o surgimento desses embates que induziu a edição do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que reconhece o direito ao esquecimento dentro da normatização brasileira e o incluindo na tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação.

No campo penal muito se especula sobre o fato desse direito “apagar” a existência da ocorrência do crime, de acordo com o decurso do tempo, ficando assim uma sensação de violação ao direito das pessoas de serem informadas sobre fatos relevantes da sociedade em que vivem.

Com o intuito de amenizar as diversas dúvidas sobre o tema e o estudo mais específico do mesmo, o presente trabalho visa analisar as decisões emitidas diante do conflito de direitos fundamentais, para a correta compreensão da função desse direito e dos limites impostos por esse na liberdade de informação dos meios de comunicação existentes.

Para tanto, serão utilizados o estudo bibliográfico, que será realizado através de livros e decisões judiciais das Cortes nacionais e internacionais. O método de abordagem será o dedutivo, que parte de uma premissa maior com o objetivo de atingir uma conclusão particular.

Como fontes primárias serão utilizadas jurisprudências e artigos escritos em relação ao direito ao esquecimento, bem como doutrina específica tratando dos direitos fundamentais, desde os seus surgimentos até as hipóteses de seus conflitos.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento da democracia como o poder do povo e limitadora do poder estatal, exigiu regras para que esse poder dado pelo povo aos seus governantes obtivesse determinadas limitações, prevendo assim direitos e garantias individuais e coletivas ao cidadão.

Segundo Dimoulis e Martins (2008), o estudo dos Direitos Fundamentais pode ser dividido em três partes:

I – Teoria Geral (ou dogmática geral ou parte geral). Constitui-se da definição dos conceitos básicos e elaboração de métodos de solução de problemas envolvendo a limitação de direitos fundamentais e de harmonização entre direitos fundamentais colidentes.

II – Dogmática especial (parte especial). Constitui-se da análise das dimensões de cada direito constitucionalmente garantido, considerando e avaliando sua concretização legislativa e jurisprudencial.

III – Visão filosófica ou teoria dos direitos fundamentais, que constitui-se do estudo das justificações político-filosóficas e das críticas formuladas por pensadores (juristas ou não) em relação aos direitos fundamentais.

Neste capítulo iremos abordar os assuntos relacionados à primeira divisão desse estudo.

2.1 Conceituação e classificação dos direitos fundamentais

2.1.1 Conceito

A conceituação desses direitos não trata-se de matéria simplificada, tendo em vista que esses encontram suas origens na historicidade humana e suas evoluções de pensamentos.

Porém, fazendo-se a busca de uma forma simplificada e bem resumida, podemos dizer que os direitos fundamentais podem ser definidos como garantias positivadas de proteção dos indivíduos perante o Estado e seus atos.

Constitui ainda um mecanismo inviolável de proteção à dignidade do homem, o que faz com que seja um dever do Estado não só garanti-los como também efetivá-los.

De acordo com Dimoulis e Martins (2008), Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

A Constituição Federal brasileira determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata.

2.1.2 Classificação

Várias são as classificações dos direitos fundamentais, porém destacaremos nesse trabalho as classificações inspiradas na obra de Jellinek, a qual divide esses direitos em três grupos: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação.

Para Novellino (2009), os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado preponderantemente, um dever de abstenção (caráter negativo) no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.

Já os direitos a prestações são dotados de caráter essencialmente positivo, impondo o dever de agir ao Estado. Preconizam a realização de condutas ativas por parte do poder público. Estão englobados aqui o direito a prestações materiais e jurídicas.

Os direitos de participação, segundo Novellino (2009), possuem caráter negativo/positivo e têm por função garantir a participação individual na formação da vontade política da comunidade. O âmbito concreto desta categoria pode variar de acordo com o entendimento de cada autor.

2.2 Origem dos Direitos fundamentais

Alguns autores vislumbram as primeiras manifestações dos direitos fundamentais no direito da Babilônia no ano de 2000 a.c., outros no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e alguns embasam esses direitos na teologia cristã do direito da Europa medieval.

Diante de tantas visões uma coisa é clara: os direitos fundamentais possuem uma origem desenvolvida ao longo da história.

Embora tenhamos a concepção de que os direitos fundamentais obtiveram seu surgimento nas Constituições Republicanas, sua origem vai muito além dessa visão, alcançando a evolução histórica do pensamento do homem.

Observando-se de uma forma restrita, podemos dizer que os direitos fundamentais derivam da constitucionalização. Mas adotando-se uma visão histórica, percebe-se que esses direitos foram originados nas transformações históricas ocorridas ao longo do tempo.

Os primeiros vestígios dos direitos individuais foram criados ainda com o Código de Hamurabi, onde se estabelecia que os governantes deveriam se submeter aos limites impostos pela lei.

Segundo Pfaffenseller (2007), a concepção derivada do Cristianismo, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus, foi um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade entre os homens, apesar de todas as diferenças individuais e grupais. Para explicar tal fenômeno, foi adotada a teoria do estado natural, segundo a qual os homens são livres e iguais e têm direitos a eles inerentes, por natureza. O Direito Natural é anterior e superior à ordenação estatal e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem, pode subtraí-lo.

A confirmação da positivação dos direitos fundamentais começou na Idade Média. Diante do confronto pela reivindicação de poderes entre os reis e o papa, o Rei João da Inglaterra, assinou a Magna Carta em 1215, com o intuito de que cessasse tais embates.

Ainda de acordo com o que diz Pfaffenseller (2007), a Magna Carta não se constituiu essencialmente em uma declaração de direitos, pois se tratava de uma Carta que tão-somente concedia privilégios para os senhores feudais. Entretanto, sua importância para o estudo dos Direitos Fundamentais consiste no fato de que foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Pela primeira vez na história medieval, o rei se achava limitado pelas leis que ele próprio editou. Além disso, a Magna Carta possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesiásticas, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado. Previa também limitações ao poder de tributar, que se achava restrito ao consentimento dos contribuintes, além de lançar as bases do tribunal do júri e o princípio do

paralelismo entre delitos e penas, dentre outros Direitos Fundamentais ainda hoje consagrados.

Porém, entende-se que a declaração de direitos do Homem declarada pela Revolução Francesa foi que realizou grandes transformações na sociedade e na atuação dos Direitos Fundamentais.

Simplificando, podemos dizer que os direitos fundamentais surgiram com o objetivo de restringir a atuação do Estado em favor da liberdade do indivíduo, ampliando assim a autonomia individual em relação à ação estatal.

2.3 Gerações dos Direitos Fundamentais

Baseada na ordem cronológica em que são reconhecidos constitucionalmente, hodiernamente a doutrina estabelece a divisão dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações.

O surgimento gradativo de cada geração não extinguiu as anteriores.

O lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, deu origem à sequência histórica do surgimento dos direitos fundamentais.

Segundo Moraes (2010), os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e político clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta.

Essa primeira geração, conhecida também por alguns doutrinadores como primeira dimensão, engloba os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, estes previstos constitucionalmente no caput do art. 5º. Essa geração tem como titular o indivíduo e está ligada aos direitos civis e políticos.

Já os direitos fundamentais de segunda geração, ou segunda dimensão, conhecidos como direitos de igualdade material, são os direitos sociais, econômicos e culturais, que são vistos como direitos coletivos e que exigem determinada prestação estatal. Esses direitos estão organizados na nossa Constituição no seu art.6º, caput, em um capítulo específico denominado “Dos direitos sociais”, onde estabelece diversos direitos, dentre eles o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à moradia, à previdência social e à segurança.

A terceira geração ou dimensão de direitos restringe-se aos direitos solidariedade ou fraternidade, que dizem respeito ao equilíbrio do meio ambiente, a uma boa qualidade de vida, à paz, ao progresso, à autodeterminação dos povos e a

outros direitos difusos, que visem a proteção ao ser humano, desprendendo-se da visão de um indivíduo e adotando a ideia de coletividade.

A denominação dessas três gerações, liberdade, igualdade e fraternidade, complementam o lema da Revolução Francesa.

Ressalte-se que alguns autores, consideram ainda a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais que estariam ligados à pluralidade, estando inseridos dentro dessa geração os direitos à informação, à democracia e ao pluralismo.

2.4 Inserção dos Direitos Fundamentais na Constituição brasileira:

A preocupação do Brasil com os Direitos Fundamentais está consagrada desde a sua primeira Carta. A Constituição de 1824, trouxe em seu artigo 179 a descrição de vários direitos destinados ao povo. Porém, a grande efetivação dos Direitos Fundamentais se deu apenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que além de prever direitos e garantias individuais, traz também diversos Direitos Fundamentais distribuídos em todo o seu texto.

Em seu título II ela descreve, dividido em cinco capítulos, os Direitos e garantias fundamentais:

1 – Direitos individuais e coletivos:

Previstos no art. 5º, tratam da conceituação de pessoa humana. Exemplos: direito à vida, à segurança, à dignidade, à honra, dentre outros.

2 – Direitos sociais:

Trata da obrigação do Estado de garantir aos indivíduos a efetivação de tais direitos. Seu objetivo é a melhoria de vida da população humilde, para obter assim o alcance de uma igualdade social. São eles: direito à saúde, à educação, ao trabalho e tantos outros relacionados a partir do art. 6º da Constituição.

3 – Direitos de Nacionalidade:

Trata do vínculo de certo indivíduo com determinado Estado, o inserindo assim no conceito de povo, para que dessa forma o mesmo possa gozar da prerrogativa de poder cobrar determinadas ações desse Estado, ao passo que o Estado também pode exigir desse indivíduo o cumprimento dos deveres impostos à coletividade.

4 – Direitos Políticos:

Preconizados no art. 14, tais direitos permitem ao indivíduo exercer sua cidadania, vindo a fazer parte das escolhas e decisões políticas adotadas pelo seu Estado.

5 – Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos:

Elencados no art. 17, tratam da autonomia e liberdade garantida aos partidos políticos, como entes fundamentais para a garantia da efetivação da democracia.

Segundo nossa Constituição, esses direitos são atribuídos às pessoas independentemente da concessão do Estado para isso, devendo cada pessoa exigir o cumprimento destes tanto da sociedade em que vive, quanto do Estado que tem a obrigação de resguardá-los.

2.5 Características dos Direitos Fundamentais:

Trata-se de um tema de vasta discussão no meio jurídico, em razão das divergências existentes entre as interpretações dos doutrinadores.

Relacionaremos, entretanto, as principais características reconhecidas pela jurisprudência e pela interpretação de doutrinas constitucionais. São elas:

1 – A Historicidade: aduz que os direitos fundamentais são criados dentro de um contexto histórico e que uma vez inseridos na Constituição tornam-se Direitos Fundamentais.

2 – A Imprescritibilidade: esses direitos não prescrevem, em outras palavras, não há possibilidade de perdê-los em razão do decurso do tempo. Existem algumas exceções como, por exemplo, o direito à propriedade que em caso de não ser exercida pode vir a ser atingida pela Usucapião.

3 – A Irrenunciabilidade: trata-se de direitos que não podem ser renunciados em nenhuma hipótese. Importante frisar que atualmente o STF vem admitindo a renúncia temporária de alguns desses direitos, por exemplo o direito à privacidade e à intimidade, como é o caso das pessoas que se expõem em programas televisivos denominados de reality shows.

4 – A Inviolabilidade: trata do fato de responsabilização instituída pelos códigos civil, penal e administrativo, caso tais direitos venham a ser descumpridos ou desrespeitados por autoridades ou leis.

5 – A Universalidade: tais direitos atingem a todos, sem distinções, sendo direito de todos gozá-los e exigí-los, tendo em vista que estes estão relacionados com o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

6 – A Concorrência: Os Direitos Fundamentais podem ser exercidos em conjunto com outros direitos, sem prejuízos.

7 – A Efetividade: o Poder Público tem o dever de garantir o devido cumprimento dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando até mesmo do seu poder coercitivo quando esse se fizer necessário.

8 – A Interdependência: trata-se de determinada dependência que um direito fundamental tem de se fazer garantir através de outro direito fundamental.

9 – A Complementaridade: a interpretação desses direitos deve se dar de forma conjunta, com o objetivo de alcançar sua efetivação absoluta.

10 – A Inalienabilidade: tais direitos são intransferíveis e indisponíveis. Essa característica é decorrente da Dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o indivíduo sempre terá tais direitos intrínsecos à sua característica de homem.

11 – A Relatividade: diante dessa característica podemos concluir que os Direitos Fundamentais não são absolutos, devendo esses ser aplicados de acordo com o fato e os limites jurídicos, sendo que estes limites são impostos pelos outros direitos fundamentais. Porém, tal limitação deve obedecer aos preceitos constitucionais, respeitando assim os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De acordo com o entendimento de DIMOULIS e MARTINS (2008), ainda existe outro tipo de limitação aos direitos fundamentais que é a Reserva Legal. Segundo eles a reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito “na forma da lei” (exemplos art. 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada (também denominada de limitada ou relativa) quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizado, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos art. 5º, XII, da CF).

2.6 Os deveres Fundamentais

Além dos direitos destinados aos cidadãos, a Constituição estabelece alguns deveres para as autoridades estatais e para os membros da sociedade.

Dimoulis e Martins (2008) consagram seis grupos de deveres dos direitos fundamentais que podem ser observados pela Constituição.

O primeiro deles é o dever de efetivação, o qual consiste na exigência para que o Estado, principal destinatário, adote medidas adequadas de proteção (caráter positivo).

O segundo trata dos deveres específicos do Estado em relação aos indivíduos, como por exemplo, a assistência judiciária gratuita e a indenização por erro judiciário.

O terceiro está relacionado aos imperativos ou deveres de criminalização do Estado, onde a Constituição determina a tipificação e punição criminal de determinadas condutas exercidas pelo Poder Legislativo.

Já o quarto grupo estabelece os deveres dos cidadãos e da sociedade, como por exemplo o alistamento eleitoral, o voto obrigatório e a educação, como dever do Estado e da família.

O quinto refere-se aos deveres decorrentes do exercício dos direitos, onde a Constituição exige o exercício solidário e em harmonia com os interesses da sociedade, como o direito de propriedade.

E por último, o sexto grupo trata dos deveres implícitos que decorrem dos direitos explicitamente declarados. Esse dever parte da idéia de que todo direito corresponde um dever que o assegura. Esses deveres consistem em uma ação ou omissão por parte do Estado e de particulares.

2.7 Colisão entre Direitos Fundamentais

O que fazer quando dois ou mais direitos chocam-se em determinada situação?

Essa é uma questão que tem demandado bastante atenção da doutrina atual e tem levado à busca de uma compreensão do conteúdo e objetivo dos direitos fundamentais.

Tratando-se desses direitos, deve-se buscar a conciliação entre os direitos conflitantes, aplicando-se cada um no limite de sua extensão e de acordo com o caso concreto, sem excluir o outro, utilizando assim a ponderação.

Mendes e Branco (2011) citam como exemplo uma matéria jornalística sobre a vida de alguém que pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, não se deve considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo o critério de justiça prática.

Os autores concluem o raciocínio, esclarecendo que assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos de sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive de crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que se pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.

Esse juízo de ponderação está ligado diretamente ao princípio da proporcionalidade, o qual aplica o “sacrifício” de um direito para se alcançar a solução de uma contenda em determinada situação.

2.8 Efeitos vinculantes e horizontal dos direitos fundamentais

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal, discorre sobre o efeito imediato dos direitos fundamentais, dizendo que todas as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos independentemente do capítulo ou título da Constituição que os estabelece são direta e imediatamente vinculantes.

Tal dispositivo estabelece que os direitos fundamentais vinculam toda e qualquer autoridade estatal, inclusive o Poder Legislativo que mesmo com o poder de criar normas gerais, não pode durante a criação de uma delas vir a ferir ou

restringir um direito fundamental de forma não permitida pela Constituição, assim como determina que os titulares desses direitos não precisam de autorização ou qualquer determinação estatal para poder gozar ou exigir tais direitos.

Em resumo, tal artigo esclarece que os direitos fundamentais não são normas de eficácia limitada ou deferida. Trata-se de normas que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata, com exceção dos direitos sociais que são pretensões dos indivíduos perante o Estado.

Para exemplificar tal exceção, Dimoulis e Martins (2008) citam o seguro-desemprego que constitui um direito do trabalhador conforme o inciso II do art. 7º da CF. Sem a edição de legislação e a criação de uma estrutura administrativa voltada à sua realização, o direito não pode ser exercido pelo titular. Nesse sentido, revela-se impossível sua “aplicação imediata” na prática. O mesmo ocorre com os direitos difusos que também se encontram insuficientemente delineados no texto constitucional.

Em razão disso o art. 5º, §1º da CF refere-se a normas definidoras de direitos, pois as normas definidoras estabelecem de forma insuficiente um direito, não sendo portanto aplicadas de imediato na realidade social em razão do não conhecimento das hipóteses e condições sobre as quais irá incidir, bem como as formas de seu exercício.

Dimoulis e Martins (2008) esclarece que nesse ponto é necessária particular atenção para não confundir duas situações juridicamente distintas. Por um lado, temos o imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias. Por outro lado, temos o problema das condições impostas para o exercício de um direito ou de uma garantia pelo seu titular. Enquanto o destinatário passivo deve imediatamente se conformar com os mandamentos constitucionais implementando o direito “diretamente aplicável”, o titular do direito, muitas vezes, não pode exercer esse direito de imediato. Isso ocorre quando o próprio texto constitucional estabelece condições e requisitos para o exercício de certos direitos e, em particular, prevê a necessidade de “interposição” do legislador, dispondo, que a lei fixará o salário mínimo ou a duração das férias remuneradas.

Saliente-se que essa situação não retira desses respectivos direitos sua aplicabilidade plena, imediata e irrestrita.

2.8.1 Destinatários/ sujeitos passivos das normas

Iremos tratar aqui dos sujeitos passivos das obrigações decorrentes dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, dos seus destinatários.

A primordial finalidade dos direitos fundamentais é a de limitar o poder do Estado em favor aos indivíduos. O principal destinatário desse dever é o Estado, assim como toda e qualquer entidade ou autoridade que exerça funções em seu nome.

Sabemos, portanto que os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado seja ele dever de abstenção ou dever de prestação.

Porém, fica uma dúvida em relação ao assunto: podem os particulares violar um direito ou garantia fundamental?

A resposta para essa pergunta é negativa. Assim como esses direitos vinculam de forma imediata o Estado, trazem também consequências a outros titulares pela via indireta da solução de conflitos. O Estado possui também o dever de proteger esses direitos em relação a ações advindas de particulares, através de apreciação feita pelo Poder Judiciário. Essa questão dá surgimento a teoria dogmática do efeito horizontal e do dever estatal de tutela.

O comportamento de particulares que venha a agredir uma dessas normas, poderá gerar uma sanção penal, tendo em vista que para que os direitos de cada continuem sendo garantidos não é necessário que se aplique um artigo constitucional que traga especificamente tal ação, bastando para esses casos aplicar a legislação ordinária, seja ela penal, civil, comercial, trabalhista entre outras.

O fato de a Constituição mediante os direitos e garantias fundamentais garantir que nenhuma autoridade estatal venha a desrespeitar qualquer direito do indivíduo, dá origem ao efeito vertical dos direitos fundamentais, que se estabelece nas relações baseadas na desigualdade existente entre indivíduo e Estado, ou seja, inferior e superior, respectivamente.

A problemática de tal tema, reside no alcance e nas consequências desse efeito vertical nas relações entre particulares, que aqui no Brasil fica sob encargo da jurisprudência pátria e da doutrina, tendo em vista que não há previsão constitucional a respeito dessa temática.

Porém, nos últimos anos, teve surgimento o debate sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais, surgida inicialmente na Alemanha e que é objeto de análise no Brasil em relação a sua aplicabilidade.

Segundo Dimoulis e Martins (2008), os doutrinadores e a jurisprudência na Alemanha sustentaram, após a Segunda Guerra Mundial que os direitos fundamentais produzem, além do efeito vertical, um efeito horizontal, mais conhecido na doutrina alemã como *Drittwirkung* que significa literalmente “efeito perante terceiros”, isto é, vinculação de sujeitos de direito além do Estado. Vinculariam, em determinadas situações, os particulares, de forma às vezes direta, às vezes indireta. Além disto, poderiam, segundo este entendimento, ser invocados perante os tribunais para que estes resolvam conflitos havidos entre eles.

O efeito horizontal se mostra significativamente relevante quando observamos, por exemplo, a relação entre uma empresa empregadora e seus empregados. Podemos observar claramente em uma situação como essa a relevante diferença de poder social entre as partes, levando-se em consideração que ambas são sujeitos iguais de direito. Diante de tal situação vislumbramos facilmente o desequilíbrio de forças contidas em tal relação, a ponto de podermos comparar o poder da empresa perante seu empregado, ao poder do Estado perante o indivíduo.

O objetivo do efeito horizontal é estabelecer equilíbrio de forças entre partes conflitantes, titulares de direitos fundamentais que não se encontrem em condições de igualdade. Esse seria um dos argumentos favoráveis ao reconhecimento de tal efeito.

Porém, alguns doutrinadores esclarecem certo problema residente no efeito horizontal relacionado à sua aplicabilidade em casos concretos e em razão da sua apreciação perante o Poder Judiciário.

Inicialmente, a teoria do efeito horizontal obtinha apenas a forma de efeito horizontal direto, que estabelece a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Entretanto, posteriormente considerou-se correto adotar o efeito horizontal indireto.

O efeito horizontal indireto tem como ponto de partida o reconhecimento de um direito geral de liberdade.

De acordo com Novelino (2009), para este modelo os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário

privado como direitos subjetivos. A incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares aniquilaria a autonomia da vontade, causando uma desfiguração do direito privado. Por esta razão, caberia ao legislador a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por meio de uma regulamentação compatível com os valores constitucionais. Nessa concepção, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos por meio de mediação legislativa (efeito irradiador).

Esse modelo é dominante na doutrina alemã e vem sendo adotado pelo Tribunal Constitucional Federal deste país.

2.9 Os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal em seu artigo 1º, III, traz um dos fundamentos do Estado brasileiro, a Dignidade da Pessoa Humana, o qual constitui-se como valor constitucional supremo, onde baseiam-se os direitos fundamentais. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 119):

No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, então não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se.

Trata-se de um valor atribuído a todo ser humano. Porém, existe uma relação de dependência mútua entre a Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais, pois assim como esses direitos surgiram embasados na dignidade humana, a dignidade só poderá estar devidamente garantida através desses direitos.

A exigência de cumprimento desses direitos está consubstanciada no respeito à dignidade da pessoa humana. Essa dignidade é o fundamento dos direitos fundamentais, os quais garantem e estabelecem regras para que o ser humano tenha uma vida digna e livre. Entretanto, nem todos os direitos fundamentais

derivam com a mesma intensidade da dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o direito à vida, a liberdade e a igualdade que se originam de forma direta, sendo conhecida como derivação de 1º grau, tendo os restantes apenas origem indireta ou derivação de 2º grau.

Andrade (apud NOVELINO, 2009) observa que a intenção específica da consagração de um conjunto de direitos fundamentais é explicitar uma ideia de Homem, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Esta se constitui na referência valorativa de todos os direitos fundamentais, delimitando, desse modo, o âmbito de sua matéria. Os direitos fundamentais constituem um sistema estruturado em referência a esse princípio de valor que os fundamenta.

O cumprimento dos direitos fundamentais é uma garantia da observância da dignidade da pessoa humana.

2.10 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais possuem duas dimensões reconhecidas: a subjetiva e a objetiva.

De acordo com Mendes e Branco (2011), a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Simplificando, essa dimensão está expressa quando há a consagração dos direitos fundamentais em normas jurídicas que asseguram direitos subjetivos, onde os titulares obtêm direitos em razão dos deveres impostos aos destinatários.

A dimensão objetiva, definida nas palavras de Mendes e Branco (2011, p.189):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Essa dimensão está inserida nas normas impositivas de deveres ao Estado, sem relação direta com o direito de um titular concreto.

3 O DIREITO DE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

O capítulo de direitos fundamentais na Constituição Federal estabelece liberdades diversas, ao passo que procura garanti-las por meio de normas variadas. A liberdade e a igualdade são elementos primordiais para o conceito de dignidade da pessoa humana, o qual tem papel fundamental no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático é um meio para que essas liberdades sejam garantidas e incentivadas e atua também como instância para solução dos conflitos surgidos entre pretensões em conflito resultantes dessas liberdades.

Porém, essas liberdades possuem alguns limites.

A liberdade de informação que será abordada neste trabalho está inserida dentro do campo da liberdade de comunicação social e possui como uma de suas limitações o direito à privacidade, intimidade e à imagem, que também são valores resguardados pela Constituição Federal de 1988, em seu livro dos direitos fundamentais mais especificamente no inciso X.

No art. 220 da CF estão estabelecidos os limites da liberdade de comunicação, com base no direito à privacidade.

3.1 Conceito e considerações iniciais

A liberdade de informação é um dos direitos fundamentais resguardados constitucionalmente e é tido como uma das mais importantes garantias de uma nação democrática.

O direito de informar é associado principalmente ao direito de Liberdade de Imprensa e comunicação social, tendo em vista que é através desses meios que a informação é propagada.

Nesse trabalho, será abordado diretamente o direito da liberdade de informação como liberdade de informar, dentro dos diversos meios de comunicação existentes atualmente.

É assegurado a todos pela Constituição o direito de acesso à informação, protegendo-se quando necessário ao exercício profissional, o sigilo da fonte, conforme preceitua o art. 5º, XIV da CF.

Entraremos a seguir em um estudo mais específico sobre esse tema.

No atual texto constitucional, a proteção da liberdade de imprensa, onde encontra-se inserida a liberdade de informação, está preceituada nos artigos 5º e a partir do artigo 220.

Novelino (2009), diz que a liberdade de informação abrange o direito de transmitir, do qual decorre a liberdade de imprensa, e receber uma informação, que é um direito reflexo daquele.

Segundo esse autor, todo cidadão é titular do direito de transmitir uma informação. Todavia, em razão da dimensão objetiva deste direito enquanto pressuposto de uma sociedade democrática, o exercício profissional por intermédio dos meios de comunicação tem um valor superior ao do exercício por quem não é profissional.

A liberdade de informação objeto desse trabalho está vinculada ao direito de noticiar uma informação, ou seja, de comunicar um acontecimento a determinados indivíduos, seja de forma escrita ou verbal.

3.2 Limites ao exercício do direito à liberdade de informação

Alguns doutrinadores estabelecem três limites específicos ao exercício deste direito. São eles:

3.2.1 Veracidade

Em razão da velocidade com a qual as informações são transmitidas, há atualmente a necessidade de uma investigação proporcional, onde se adote todos os meios e esforços possíveis para se obter a veracidade da informação. Em caso de equívocos, existe o direito de ratificação, que deverá ser utilizado de maneira rápida.

3.2.2 Relevância Pública

A proteção do direito de liberdade de informação está ligada a informações necessárias à formação da opinião pública, em razão da sua importância dentro do sistema político. Em suma, esse direito gira em torno do entendimento de que a informação a ser publicada deve ser de interesse geral ou relevante para a formação de opinião pública.

Todavia, não é qualquer assunto de interesse público que justificará a divulgação de um fato. Essa liberdade deverá obedecer ao critério de informar casos que contenham alguma relevância social nos acontecimentos explanados, sob pena de atingir a privacidade do noticiado.

Rodrigues e Fermentão (2008), dizem ainda que pode ser geneticamente definido como limite externo ao direito de informação a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, em seus vários desdobramentos, tais como: direito à intimidade, à integridade moral da pessoa, à imagem, à privacidade, à defesa do nome, à honra, ao direito autoral, à inviolabilidade do domicílio e ao segredo (inviolabilidade de comunicações, cartas, provas ilícitas), e tudo mais que tocar ao recato da personalidade, um território que não é dado ao público conhecer sem autorização do titular.

Podemos atribuir ainda ao rol de limitações do direito à informação, as questões que tratam da segurança de Estado. Bem se sabe que as questões com esse conteúdo não podem ser levadas ao conhecimento público, por razão de medida de segurança, tendo como objetivo a garantia da paz e do convívio harmônico social, bem como por motivos de segurança nacional em relação a suas relações externas.

3.2.3 Forma adequada de divulgação da informação

A informação deve ser transmitida de forma adequada para a formação da opinião pública, sendo vedado abordar aspectos não relevantes em relação a esse ponto e sem conteúdo injurioso ou ofensivo às pessoas envolvidas na conduta ou acontecimento informado.

3.3 Vedação à censura em tal direito

Importante frisar que a Constituição Federal, em seu art. 5º, IX, veda a censura administrativa do exercício desse direito. Entretanto, a análise judicial não

faz parte de qualquer vedação instituída pela Carta Maior, tendo em vista que trata-se de mecanismo imprescindível para a solução de conflitos e colisões com outros direitos protegidos constitucionalmente, como por exemplo e não raro, o direito à privacidade.

De acordo com Mendes e Branco (2011), é importante compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. A proibição de censura não obsta, porém, que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou.

Em relação ao aspecto da responsabilidade pelo dano causado a outrem em decorrência de publicação que ofenda o direito do noticiado, a Lei 5250/1967 – Lei da liberdade de manifestação do pensamento e da informação estabelece em seu artigo 12 que:

Art.12: Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Parágrafo Único: São meios de informação e divulgação, para os efeitos deste artigo, os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiodifusão e os serviços noticiosos.

Dessa forma, determinado comportamento que descaracterize a liberdade de informação e viole direito fundamental de outrem, poderá motivar uma pretensão judicial de reparação civil ou criminal.

Alguns doutrinários esclarecem que o constituinte se vale da prerrogativa da intervenção judicial com o intuito de assegurar a inviolabilidade da vida privada e da honra dos indivíduos, sendo que a hipótese de indenização somente faz sentido nos casos em que não houve a possibilidade de impedir a divulgação ou a publicação da matéria que lesou os direitos da personalidade.

3.4 O direito de liberdade de informação e a Dignidade da Pessoa Humana

No passado, a liberdade de imprensa tinha como missão propagar conhecimento, culturas e auxiliar na formação da opinião pública. Atualmente o exercício desse direito vem sendo amplamente questionado em decorrência de alguns fatos que entram em desacordo com a finalidade instituída inicialmente para a imprensa e suas atividades, originando assim a violação de um princípio fundamental como o da Dignidade da Pessoa Humana, em razão da vontade ilimitada de obter “maior visibilidade” em suas notícias.

A Constituição prevê o direito do indivíduo à informação, porém essa garantia não exclui a responsabilidade do divulgador de buscar a veracidade dos fatos antes de veiculá-los, assim como a observância da relevância pública contida em determinado fato.

A Dignidade da Pessoa Humana é um princípio fundamental da ordem constitucionalista brasileira, o qual confere embasamento ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete desta um juízo de valor primordial para a correta compreensão da norma, pois tem a tarefa de guiar toda a normatização jurídica, resguardando ao mesmo tempo o cumprimento dos direitos fundamentais.

Sua aplicação em casos concretos é imprescindível, principalmente quando nos deparamos com casos que afrontam direitos como à vida, à intimidade, à dignidade entre tantos outros direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Todo comportamento que venha a afrontar os valores fundamentais da pessoa, constitui-se em uma verdadeira agressão ao bem da humanidade e deve, portanto, ser objeto de apreciação e adequação por meio do Poder Judiciário, para que este com o poder que lhe é conferido possa vir a garantir o bem que está em ameaça.

3.5 A diferença entre Direito de Liberdade de Expressão e Direito de Liberdade de Informação

Apesar de estarem resguardadas constitucionalmente e intimamente ligadas, a liberdade de expressão e a liberdade de informação possuem grandes distinções entre si, conforme a doutrina e jurisprudência têm esclarecido.

No direito de informação está inserido a publicação de fatos ou dados apurados. Já no direito de expressão estão englobados a divulgação da livre expressão de pensamento artística ou literária.

A liberdade de informação tem o condão de obedecer rigorosamente a busca pela veracidade dos fatos que se pretende divulgar, condição esta que não se aplica ao direito de liberdade de expressão.

Na liberdade de expressão encontramos o direito de dar conhecimento popular a um pensamento próprio do noticiante. Está associada ao pluralismo de pensamentos e ideias.

Segundo Farias (2000), a referida distinção entre liberdade de expressão e direito à informação revela-se de grande importância para a densificação do âmbito de proteção, bem como para a demarcação dos limites e responsabilidades decorrentes do exercício desses direitos fundamentais. Por exemplo, enquanto os fatos são susceptíveis de prova da verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação. Resulta que a liberdade de expressão tem o âmbito de proteção mais amplo do que o direito à informação, vez que aquela não está sujeita, no seu exercício, ao limite interno da veracidade, aplicável a este último.

3.6 Responsabilidade e função social dos meios de comunicação

A comunicação de massa tem tido um grande papel no incentivo às transformações institucionais e sociais dos últimos tempos.

Em razão destas transformações, essa indústria vem adotando o entendimento de que os meios de comunicação não só possuem a função de transmissão e exploração das informações, como também a de influenciar socialmente a opinião dos receptores dessas informações.

Em razão dessa visão, nota-se que os meios de comunicação devem agir de forma responsável tanto em relação à transmissão de informações, quanto na análise das informações que serão passadas ao público.

O exercício de comunicar deve ser um ato dotado de compromisso social e responsabilidade, não podendo de forma alguma estar impregnada de leviandade. Trata-se de um vínculo primordial para o avanço e desenvolvimento da sociedade moderna, não podendo, portanto fugir de sua atribuição conceitual e responsabilidade profissional. Para tanto se faz necessário uma análise prévia da conveniência ou não da publicação da informação que se pretende vincular, da conscientização do nível de interesse público de determinada notícia.

De acordo com Rodrigues e Fermentão (2008), a cada mensagem veiculada estabelece-se o dilema quanto ao interesse público e a conveniência da mensagem ao meio de comunicação que a emitirá, invoca-se, então, o sentido da existência da liberdade de expressão, que é o interesse e preservação da pessoa humana, e é por ela que os meios de comunicação têm o dever e o direito de informar. Mesmo quando se trata da emissão de informação e comunicação, deve-se resguardar os direitos da pessoa humana, mesmo que por meio da função social da propriedade, pois esta exerce, de uma forma ou outra, poder sobre outrem. E os que detêm a propriedade e a informação, somadas a capacidade de comunicar, exerce ainda mais poder sobre outros indivíduos. O fim da empresa, do ponto de vista ético e principiológico, há de ser o de instrumento de aperfeiçoamento humano, mas este fim deve ser atingido de modo específico e adequado a cada organização (instrumento de aperfeiçoamento humano) e a cada atividade lucrativa (por meio de procedimentos próprios).

Ainda segundo Rodrigues e Fermentão (2008), na função social que os meios de comunicação devem buscar, não se pode aceitar que o Estado aja de forma totalitária regulando toda a forma de comunicação a ser exercida pelos meios massivos, pois se assim for o espaço democrático e funcionalista que deve ser o meio de comunicação passa a ser reprimido, tendendo à sacralização de um direito. Como já vem ocorrendo em países reconhecidamente democráticos, fenômeno notado pelo crescimento exponencial dos valores pedidos nas demandas indenizatórias por danos morais e pela excessiva normatização. Desta forma, qualquer tentativa de definir de antemão qual a comunicação socialmente adequada viria em detrimento do próprio bem comum, debilitando, assim, a convivência humana.

3.7 A colisão entre o direito de informação e os direitos da personalidade

Os direitos da personalidade emanam da dignidade da pessoa humana e portanto são primordiais para a vida do ser humano.

Duas características definem esses direitos:

A primeira é o fato destes serem atribuídos à todos os indivíduos indistintamente, assim como ao Estado.

A segunda está ligada à compensação de possíveis violações desses direitos, que não será obrigatoriamente feita através de pecúnia, podendo o agravado ser “ressarcido” através da aquisição do direito de resposta, por exemplo.

A doutrina costuma dividir esses direitos em duas categorias:

A primeira categoria diz respeito aos direitos à integridade física, na qual estão inseridos os direitos à vida, o direito ao corpo e ao cadáver.

Na segunda encontram-se os direitos à integridade moral, onde são vislumbrados os direitos à liberdade, honra, intimidade, vida privada, imagem, ao nome, entre outros.

No presente trabalho, interessa especificamente os direitos que compõem a segunda categoria, mais precisamente os direitos à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade.

Os direitos à vida privada e à intimidade protegem a individualidade das pessoas e garantem o direito do indivíduo de estar só. Esses dois direitos embasam o conceito do direito de privacidade, que estabelece que há fatos da vida de cada indivíduo que devem ser resguardados e afastados do conhecimento alheio, por serem de mais extrema particularidade e por não haver interesse público em tais informações.

Conforme menciona Barroso (2001), ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas.

Outro importante direito que compõe o direito à privacidade é o direito à honra, previsto também constitucionalmente. Através dele é resguardada a dignidade da pessoa, assim como sua reputação. A doutrina, a legislação e a

jurisprudência entendem que esse direito estaria limitado no caso do fato informado em relação a determinada pessoa ser verdadeiro. Porém, existem exceções doutrinárias, assim como legislações internacionais que acatam a proibição da vinculação de fatos verdadeiros que afrontem a honra individual do noticiado, essa proibição é conhecida como “segredo da desonra”. Os fatos inseridos nessa exceção, são os que possuem caráter exclusivamente privado, sem repercussão social e onde se observe claramente a ausência de interesse público em sua vinculação.

Entrado na seara do direito penal, encontramos um conflito existente entre a proteção da honra dos acusados e a divulgação do ato criminoso ou de procedimentos criminais relativo a determinado caso. Esse impasse tem sido analisado atualmente de forma veemente na doutrina e na jurisprudência, tendo sido adotado grande consenso no sentido do entendimento de que a divulgação de tais informações atende diretamente ao interesse público e que em razão disso, não há como se sobrepor à esse interesse o direito à honra do acusado.

Barroso (2001) cita três elementos que norteiam esse raciocínio: o primeiro fala da circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação a cerca deles haver sido obtida lícitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra. O segundo é o fato de que não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade sobre toda sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que é considerada criminosa. O terceiro e último diz que há o interesse público específico na prevenção geral própria do direito penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada, tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores.

Como mais um integrante do direito à privacidade, temos o direito à imagem, que visa proteger as características físicas de uma pessoa, com as quais esta possa ser reconhecida. A divulgação da imagem de um indivíduo dependerá, em regra, de autorização emitida por ele. A violação desse direito vem frequentemente associada à violação do direito à honra, mesmo tratando-se o direito à imagem de direito autônomo.

A jurisprudência e a doutrina estabelecem determinados limites a esse direito, como por exemplo, os julgamentos judiciais que por estarem constitucionalmente

estabelecidos como públicos (salvo exceções), não dá ensejo à alegação de violação ao direito de imagem. Outras limitações seriam a informação sobre conhecimento histórico e científico.

Com tudo o que tratamos nesse capítulo, percebemos que o direito à informação e o direito à privacidade não são direitos absolutos, condição esta prevista na própria Constituição que os estabelece, onde podemos encontrar também suas limitações.

Sabemos que um dos limites estabelecidos ao direito de informação é o interesse público em relação à notícia divulgada. Porém, deve-se ter cautela em relação a esse ponto, pois essa “condição” pode ser utilizada como meio dissimulador da prática de atitudes arbitrárias em que esteja em risco a liberdade individual do noticiado. Entretanto, para que se afaste a proteção instituída por essa condição, por motivo de interesse público ou privado, se faz necessário a busca do judiciário para que este possa solucionar o conflito existente em determinado caso, de acordo com o princípio da ponderação, já explanado anteriormente.

A ponderação deverá estabelecer não só qual vertente ou direito deve se sobrepor em determinado caso concreto, mas também de que forma este direito deve ser sobreposto.

Apesar da visão constitucional sobre determinado conflito, temos também a ótica das normas infraconstitucionais, criadas pelo legislador com o intuito de auxiliar na solução dos “embates” existentes entre o direito de informação e os direitos da personalidade.

Anteriormente, existiam duas normas que possuíam a função de ajudar nesses casos. São elas: o artigo 21 da Lei de Imprensa (Lei 5250/1967) e o artigo 20 do Código Civil.

A Lei de Imprensa traz uma seção que trata dos abusos praticados no exercício da liberdade de informação e de manifestação do pensamento, mais especificamente, do artigo 12 ao artigo 28.

O artigo 17 declara como abusiva a liberdade de informação que ofenda os bons costumes ou a moral pública, instituindo pena de três meses a um ano de detenção, mais multa de um a vinte salários mínimos.

Porém, o artigo 21 é o que nos mostra com maior ênfase o fato da preponderância.

O artigo 21 diz:

Art. 21 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: detenção de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários mínimos da região.

[...]

§2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

Podemos observar que de acordo com tal dispositivo, constitui-se crime de difamação, atribuir a alguém fato verdadeiro que possa ser ofensivo à reputação do indivíduo. Para se comprovar a difamação, se faz necessário que se demonstre a ausência do interesse público em tal informação, levando-se em consideração o dolo em difamar.

Já o parágrafo segundo deste dispositivo, traz a condição da publicação de fato delituoso, quando o condenado já cumpriu sua pena. Verificamos claramente nesse caso a hipótese da excludente do interesse público, já que estão presentes a veracidade dos fatos que se dá em razão de ser um caso apreciado pelo judiciário, bem como a licitude dos meios para a obtenção da informação em razão de serem informações públicas. Diante disso, observamos que neste caso, o afastamento do interesse público seria muito difícil.

Portanto, podemos concluir que ambos os dispositivos, trazem como excludente o interesse público sobre fatos divulgados, sendo que este só poderá ser afastado quando comprovada sua ausência ou o dolo em difamar.

Porém, se faz necessário ressaltar que o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, por entendimento de que esta lei na verdade limita em muitos pontos o direito à liberdade de imprensa, fato atribuído à época em que esta foi criada, em plena Ditadura Militar.

Gervasoni e Dias (2011) diz que uma demonstração da atuação do STF em relação a essa temática foi a declaração de inconstitucionalidade da legislação de imprensa, onde a Corte em questão se posicionou contrária à totalidade de Lei, a qual tem um cunho cerceador da liberdade de imprensa. A decisão da ADPF (Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental) 130-7 oportuniza a utilização da hermenêutica constitucional para solucionar o embate entre liberdade de imprensa e direito à privacidade, de forma a romper com a tradição positivista,

decidindo, sem a necessidade de uma legislação específica da matéria, unicamente com a Constituição.

Tratando agora do Código Civil, seu artigo 20 trata dos direitos da personalidade e tenta solucionar os inúmeros conflitos existentes entre estes e o direito de liberdade de informação. Vejamos:

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.

Analisando o conteúdo de tal artigo, podemos interpretar de forma ampla (incluindo fins jornalísticos), que qualquer informação ou divulgação de imagem de determinado indivíduo a qual possa atingir sua honra, sendo vinculada sem a devida autorização do interessado, pode ser impedida por este.

As únicas exceções trazidas nesse caso são: a autorização do noticiado, ou a necessidade de tal informação para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública.

Tal dispositivo é considerado por alguns doutrinadores como inconstitucional, pelo fato de não levar em consideração o direito à liberdade de informação e expressão. Porém, a maior parte dos estudiosos interpreta tal artigo de forma que o mesmo consegue se adequar à Constituição, esclarecendo que esse dispositivo torna possível a proibição prévia da divulgação da informação, sendo que esta só poderá ser feita quando for possível o afastamento do interesse público, que é garantido constitucionalmente.

Em suma, podemos dizer que quando se trata de fatos que tenham relevância e interesse público e que possuam grande influência para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública, não se faz necessária autorização do noticiado para a divulgação de tal notícia. Porém, se forem afastados tais pressupostos, em especial o interesse público, devidamente comprovado, a vinculação das notícias fica subordinada à uma autorização especial e específica do indivíduo ligado ao fato.

O controle da colisão desses conflitos não pode ser resumido utilizando-se a hierarquia, a temporalidade ou a especialização. Para isso se faz necessário que o

juiz recorra à ponderação das normas e valores, agregando a isso a análise das pretensões envolvidas no caso concreto, tentando preservar ao máximo cada uma delas, decidindo em situações limites qual direito poderá prevalecer e qual será “sacrificado”, devendo elaborar fundamentação plausível com o intuito de esclarecer seu entendimento.

Os direitos à personalidade surgem da dignidade da pessoa humana e possuem autonomia normativa.

Já o direito de liberdade de informação está relacionado ao direito da liberdade de vincular ou divulgar informações de fatos, assim como tem relação com o direito de quem recebe essas informações, de ser informado.

Na colisão entre esses dois direitos, possuem grande relevância para a ponderação da solução do caso a veracidade da notícia, a licitude da forma utilizada para colher a informação, a personalidade pública ou privada da pessoa noticiada e a mais invocada que é o interesse público em relação à informação veiculada.

A lei infraconstitucional pode auxiliar na resolução de um conflito entre o direito da personalidade e o direito à liberdade de informação, oferecendo hipóteses para que o juiz possa compor sua linha de raciocínio, mas nunca poderá essa lei estabelecer de pronto qual dos direitos deverá prevalecer sobre o outro. Essa é uma decisão cabível apenas ao juiz da demanda suscitada.

Na hipótese de uso do artigo 20 do Código Civil, o intérprete deve aplicá-lo ao caso concreto desde que o utilize dentro do entendimento constitucional, para que sua decisão possa ser tida como válida.

Podemos dizer que, de acordo com a doutrina e legislação, podem ser veiculadas matérias nas quais se divulgue o nome ou imagem da pessoa envolvida, desde que possua sua autorização, sendo que em caso de interesse público não se faz necessária essa autorização, como por exemplo em casos de crimes cometidos que possuam grande mobilização pública.

De acordo com Nobre Júnior (2009), diante da colisão entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, a relevância do postulado democrático acarreta, em linha de princípio, a preponderância da primeira, especialmente contra a crítica política, valendo salientar que o Supremo Tribunal Federal respalda a proibição de notícias que envolvam objeto considerado constitucionalmente ilícito, de que é exemplo transcrição de interceptação telefônica ilícita e da prática de racismo, sem embargo de legar amplitude à restrição decorrente da preservação do direito à

imagem, ao visualizar ofensa deste pela simples reprodução não consentida da imagem de seu titular, ainda que não tenha havido propósito depreciativo.

Portanto, podemos observar que o Supremo Tribunal Federal possui um entendimento de que mesmo que não haja intensão depreciativa na divulgação de uma informação que vincule a imagem de determinada pessoa, se esta for realizada sem o consentimento da pessoa envolvida, poderá ser considerado como violação do direito à imagem.

Segundo Vianna (2013), em suma, se a liberdade de expressão (onde está inserida a liberdade de informação) estiver em confronto com direito fundamental, o caso deverá ser dirimido à luz do princípio da proporcionalidade, mediante os elementos que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita), os quais irão franquear a solução jurídica e constitucional que deve imperar no episódio. Isto não implica em dizer, em contrapartida, que um bem jurídico que prevaleceu em determinado caso sempre irá prevalecer. Muito ao contrário disso, a solução de cada caso levará em conta suas especificidades, tomando-se por base as diretrizes jurídicas antes apontadas.

Cumpra salientar que cabe ao julgador de tais conflitos, seja ele órgão colegiado ou indivíduo, adequar as normas existentes e suas interpretações, ao cenário atual, ou seja, ao momento atribuído ao fato concreto. A hermenêutica jurídica tem papel importante nessas decisões, exatamente pelo fato de auxiliar na interpretação dessas normas de acordo com o momento vivido pela sociedade.

Por fim, Gervasoni e Dias (2011) esclarecem que nesse contexto, o conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de imprensa e privacidade somente pode ser decidido pelo judiciário, pois a ponderação dos interesses envolvidos não pode ser engessada; sendo assim, a flexibilidade necessária encontra-se na interpretação, a qual é proporcionada pelos Tribunais Constitucionais. Especificamente em relação ao caso brasileiro, vislumbra-se uma preocupação com a liberdade de imprensa, tendo em vista o seu papel democrático, informativo e até mesmo educativo, pois os meios de comunicação alcançam quase a totalidade da população.

Embora sofra pressões de órgãos da imprensa, o STF vem decidindo tais conflitos com autonomia e a observância cabível a cada caso, sem manter rotineiramente a prevalência do mesmo direito em detrimento do outro e sem se deixar influenciar pelas opiniões emitidas por tais órgãos. A solução dada é

analisada de acordo com as relevâncias de cada caso, fazendo assim com que se sobressaia em cada caso o direito mais eminente no mesmo.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com a expansão e velocidade tomada hodiernamente pelas informações, principalmente com o avanço tecnológico, a divulgação de informações e fatos tomou uma proporção gigantesca no mundo atual.

Junto com esse avanço dos meios de informação, foi possível observar o grande crescimento das demandas judiciais, tendo como principal fator a violação de alguns direitos da personalidade e a ameaça à dignidade da pessoa humana.

Diante de tal contexto, o direito ao esquecimento vem tomando grande relevância atualmente, principalmente após o reconhecimento desse direito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, salientando-se que aqui no Brasil esse direito já foi reconhecido em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O direito ao esquecimento aquece ainda mais o embate entre o direito de informação e o direito à privacidade. Porém, como já foi explanado neste trabalho, sabemos que não existe direito absoluto.

Alguns críticos utilizam o argumento que o impedimento ou a retirada de determinada notícia vinculada seria um tipo de censura aplicada ao direito da informação, porém a análise dessa questão vai muito além da crítica.

Brito (2014) entende que o equilíbrio entre os direitos individuais não é injusto pra nenhum dos dois lados. Há quem tenha o interesse e o direito de lembrar, mas há quem tenha o interesse em se fazer esquecido. Por isso afirmamos que o que vai legitimar a lembrança dos fatos é o seu interesse público ou a necessidade histórica do fato, que deverão ser analisados isoladamente, sem que se arrepiem os cabelos com medo da censura.

4.1 Conceito e breve histórico

O direito ao esquecimento, resumidamente, é o direito dado a determinada pessoa de impedir a divulgação de fato que a envolva, mesmo que esse seja verídico, e que venha a lhe causar algum tipo de dano ou sofrimento.

É também conhecido como “direito de ser deixado em paz” ou ainda “direito de estar só”.

Esse direito possui embasamento constitucional, levando-se em consideração que o mesmo é uma espécie de garantidor do direito à privacidade, intimidade e honra, sendo ainda que muitos autores o reconhecem ainda como derivado da dignidade da pessoa humana.

Vejamos o entendimento de Daniel Buscar (2013):

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.

Foi reconhecido no Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em março de 2013, onde se estabeleceu que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Tal enunciado embora não possua força cogente, é bastante utilizado como argumentos por profissionais do direito e relevante fonte de pesquisas jurídicas.

Conforme esclarece Portela (2014), o debate acerca deste tema iniciou-se na Alemanha quando um dos condenados por crime de homicídio contra quatro soldados do Exército daquele país, prestes a ser liberado após cumprimento da pena que lhe foi aplicada, ajuizou ação para impedir a veiculação de documentário sobre o delito e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento que ficou conhecido como caso Lebach, conferiu-lhe a proteção pretendida com base no referido direito.

O caso em tela, ocorreu na Alemanha em 1969 e trata do assassinato brutal de quatro soldados do exército desse país, sendo que um quinto ficou gravemente ferido, para a efetivação de um furto de armamentos e munições. Dois dos acusados foram condenados à prisão perpétua, enquanto o terceiro acusado que participou apenas do planejamento do crime foi condenado a seis anos de prisão.

O argumento do pedido do autor da ação, era a ressocialização do criminoso, que seria exposto novamente a um julgamento de um caso no qual já tinha sido condenado e cumprido tal pena, sendo que o julgamento que se originaria do

documentário não seria mais o judicial, mas sim o da sociedade ou da opinião pública.

Oliva et. al. (2014) citam ainda que, seguindo a mesma linha do exemplo acima, ainda na Alemanha, interessa destacar o caso de Wolfgang Werlê, no qual, em breve escorço, foi analisado pedido, tendo como paradigma a decisão proferida no caso Lebach, que buscava a exclusão de qualquer informação relativa ao autor da ação do site wikipédia. A pretensão relacionava-se ao fato de que o autor, na década de 1990, fora condenado pelo homicídio de um famoso ator alemão. O ocorrido atingiu grande repercussão nacional e foi, posteriormente, narrado nas páginas da wikipédia.

Utilizou-se como fundamentação também a ressocialização do condenado, tendo em vista que na data da demanda o mesmo já encontrava-se solto, tendo cumprido sua pena de forma integral.

O Tribunal de Hamburgo reconheceu a tese autoral, condenando o site à retirada do nome do autor das publicações, sob pena de multa estipulada no valor de 5.100,00 euros.

4.2 O reconhecimento do direito ao esquecimento pelo STJ

Mendes e Branco (2011) afirmam que, se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Essa visão, no entanto, não é adotada somente na esfera criminal embora o surgimento do direito ao esquecimento tenha se dado em tal divisão do direito.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já teve em sua apreciação casos em que esse direito foi invocado, os quais obtiveram posição fundamentada desta Corte.

Em 2013 dois casos de grande conhecimento foram objeto de análise pelo STJ sobe o prisma do direito ao esquecimento.

O primeiro trata-se do Resp. 1.334.097, onde foi reconhecido o direito ao esquecimento em favor de um acusado que fora absolvido no caso da “Chacina da Candelária”, quando este obteve o direito de proibir a vinculação de um programa de TV que trataria do caso, de citar seu nome ou associar sua pessoa a tal

acontecimento. Vejamos parte do entendimento dessa Corte no julgamento do presente caso:

No caso concreto, a despeito de a chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

Nesse cenário, o STJ reconheceu esse direito ao autor sob o prisma de que o programa poderia ter narrado o fato sem a necessidade de expor o nome e fotografia do indivíduo, bem como o entendimento de que se um réu condenado, após cumprir sua pena tem o direito, depois de decorrido determinado tempo, de obter a exclusão de seu nome do registro de condenações no Instituto de Identificação, avalie o direito que não possui um acusado que fora absolvido de determinado crime.

O segundo caso é do Resp. 1.335.153, referente ao caso “Aída Curi”, onde os familiares da vítima pediam indenização em face da rede Globo de Televisão, por esta ter colocado no ar um programa investigativo tratando do caso, sob o argumento de que este fato teria trazido de volta à família sentimentos de sofrimento e angústia. Apesar de levarem em consideração o sofrimento da família, os Ministros não acolheram tal pedido, sob a fundamentação de que o transcurso do tempo fez com que diminuísse o efeito do fato na honra e dignidade dos familiares da vítima.

O embasamento para tal decisão se deu com o fato da Turma julgadora entender que além de ser um fato de interesse público, o mesmo não poderia ser narrado sem que fosse mencionado o nome ou imagem da vítima, conforme se verifica em trecho do acórdão transcrito a seguir:

[...] o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. REsp.1.335.153 (rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 28.05.2013, DJE 10.09.2013)

Em ambos os casos o relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão.

Segundo Oliva et. al. (2014, p.341), do julgamento desses dois casos pode-se auferir três pontos teóricos sobre o direito ao esquecimento:

- I – o STJ reconhece a possibilidade jurídica do direito ao esquecimento, alinhando-se a jurisprudência estrangeira, mormente na Europa e nos Estados Unidos. O fundamento maior do direito ao esquecimento, nos dois casos, é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da C.F./1988), materializada nos direitos da personalidade, e concretizados na regenerabilidade e ressocialização dos titulares. Ademais, admite-se que o conflito está entre o legítimo interesse de “querer ocultar-se” e de outro, o também legítimo interesse de se “fazer revelar” (REsp 1.334.097, p.23; REsp 1.335.153, p.16). Socorre-se do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJP/STJ (REsp 1.334.097, p.24-25; REsp 1.335.153, p.17), ressalta as ilações de Paulo José da Costa Júnior sobre o direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (...) e pauta-se na afirmação de François Ost de que o reconhecimento jurisprudencial do direito ao esquecimento exsurge como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito da vida privada (REsp 1.334.097, p.55; REsp 1.335.153, p. 31-32);
- II – a contemporaneidade/atualidade é decisiva para definir a mediação entre a prevalência do direito de informar ou do direito ao esquecimento. Há de se elevar a liberdade de imprensa e a relevância da historicidade da notícia, mas retratar contínua, ampla, irrestrita e indefinidamente no tempo um crime e as pessoas nele envolvidas pode significar um abuso contra a dignidade da pessoa humana;
- III – a titularidade do direito ao esquecimento é extensível a todos os envolvidos no fato. Nos casos debatidos, que versavam sobre crimes, foram cancelados como titulares: condenados, absolvidos, vítimas e familiares.

Diante de tais considerações, percebe-se que a fundamentação base utilizada é a dignidade da pessoa humana, que origina os direitos da personalidade, assim como a previsão constitucional da regenerabilidade da pessoa humana.

Outro caso de grande dimensão julgado pelo STJ é o referente à apresentadora Xuxa Meneghel, REsp 1.316.921, no qual a autora pedia a retirada da associação de seu nome às palavras “pornografia”, “pedofilia” e “sexo no site de buscas do Google, em decorrência de um filme gravado em 1982 pela apresentadora, onde a mesma mantinha relação sexual com um garoto de 12 anos”.

A famosa conseguiu obter o reconhecimento de seu pedido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém o STJ reformou tal decisão sob o entendimento de que o site não poderia ser responsabilizado pelo conteúdo resultante da busca, tendo em vista que o mesmo atua apenas como ferramenta de pesquisa. Vejamos parte da decisão:

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

Esta posição do STJ foi seguida e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal recentemente. O processo teve como relator o Ministro Celso de Mello.

A decisão referente a este caso foge à regra da análise do direito ao esquecimento dos casos anteriores, adotada pelo STJ, levando-se em consideração que tal associação traz constrangimento e atinge diretamente a honra da autora.

De acordo com Oliva et. al. (2014), analisando o precedente lançado nesse caso em concreto, apesar de inegavelmente possível, nota-se um distanciamento do tratamento da matéria. Em que pese adentrar no *meritum causae*, a Corte não reconheceu o direito ao esquecimento exigível dos serviços de busca na Internet, representando, assim, inestimável “perda de chance” ao desenvolvimento desse direito.

4.3 O reconhecimento do direito ao esquecimento na Internet pela Corte Europeia

Em maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu uma decisão histórica em relação ao tema do direito ao esquecimento.

De acordo com o entendimento desta Corte, os sites de busca e pesquisa da Internet podem sofrer determinações para retirada de links que remetam-se a notícias que possam vir a ameaçar o direito à privacidade dos indivíduos.

De acordo com tal decisão, a pessoa que se sentir ameaçada ou atingida poderá solicitar a retirada de determinada referência à informação, diretamente do site de busca, sem que seja necessário requerer previamente ao próprio vinculador da informação na internet.

Tal decisão sofre várias e duras críticas, com alegações de que trata-se de censura imposta aos meios de comunicação virtual ou que essa atitude aumenta demasiadamente os custos das empresas responsáveis por sites de busca, visto que as mesmas terão que ampliar seu quadro de funcionários para poder realizar de forma efetiva o controle das informações e ainda que o Google poderia acabar com suas atividades na Espanha ou em países europeus para poder fugir da decisão.

Por outro lado, essa posição do Tribunal foi motivo de grandes comemorações para os estudiosos da proteção dos direitos individuais na internet, que a interpretam como um grande avanço em relação a esses direitos.

A verdade é que a decisão representa uma enorme evolução na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos perante os veículos de comunicação da rede mundial de computadores, pois o que visa se resguardar aqui é a dignidade das pessoas que são expostas descontroladamente e diariamente em sites. Não há um impedimento à liberdade de informação, mas sim um controle em relação à vinculação dessas informações.

O Tribunal de Justiça da União Europeia chegou a esse entendimento em virtude de uma ação movida pelo espanhol Mario Costeja González em face do Google e do jornal La Vanguardia, alegando que ao inserir seu nome no referido site de buscas, obtinha como resultado dois links do jornal requerido que remetiam a uma notícia de venda de um imóvel em seu nome, em hasta pública, que teria sido penhorado em decorrência de uma dívida previdenciária. Requereu a supressão de seu nome da notícia por parte do jornal e pediu ainda que o Google não fizesse qualquer associação do seu nome a tal notícia em caso de pesquisas realizadas. Fundamentou tais pedidos na comunicação de que o processo relativo a penhora do imóvel tinha sido resolvido há muito tempo e que portanto a notícia não teria mais vínculo algum com seu nome.

A Agência de Proteção de Dados Espanhola, que foi o primeiro órgão julgador, indeferiu o pedido referente ao jornal com o entendimento de que a informação era lícita e tinha a finalidade de dar conhecimento do leilão com o intuito de agregar uma grande demanda de pessoas para participar do mesmo. Com relação ao pedido do Google, este foi deferido pela AEPD com a argumentação de que embora as informações fossem lícitas, elas eram também pessoais e a indicação dessas por meio da busca originada pelo nome do autor, ameaça a dignidade da pessoa humana.

O Google por sua vez resolveu judicializar tal questão perante a Audiência Nacional, que viu a necessidade de realizar consulta prévia ao TJUE, levando-se em consideração que a análise de tal caso só se daria com a interpretação dos dispositivos da Diretiva 95/46. O site de buscas alegou que não poderia ser responsabilizado por informações obtidas em resultados de pesquisas pelo fato de não terem controle sobre tais notícias.

Diante de tal caso, o TJUE decidiu que o site de busca pode e deve realizar a retirada de links que associe o nome de determinada pessoa a uma possível notícia que possua informações sobre esse indivíduo e que o pedido dessa exclusão pode ser feita diretamente ao site de buscas, sem a necessidade de solicitação ao site que contenha a informação. O fato de ser lícita não exclui o operador de buscas da internet de suas obrigações para com a indicação de notícias, sendo o mesmo responsável pelos dados que indica, tendo em vista que a Diretiva 95/46 trata da proteção de dados pessoais e da proteção do direito à privacidade.

Reinaldo Filho (2014) esclarece que a Corte lembrou que o artigo 12, alínea “a” da Diretiva 95/46, assegura à pessoa titular dos dados o direito de obter do responsável pelo tratamento a retificação ou eliminação dos que forem coletados em desconformidade com suas disposições, sobretudo quando incompletos ou inexatos. Em sentido idêntico, o artigo 14, parágrafo primeiro, alínea “a” do mesmo diploma, reconhece à pessoa o direito de se opor, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que seus dados pessoais sejam objeto de um tratamento específico. Em vista dessas disposições, e tendo antes reconhecido que, no que concerne à indexação dos resultados de pesquisa, o responsável por esse tipo de tratamento é o operador do motor de busca, qualquer queixa contra essa atividade deve a ele ser dirigida. Na qualidade de responsável pelo tratamento de dados, o operador do motor de pesquisa deve examinar adequadamente se o requerente tem razão, à luz das disposições das normas de proteção à privacidade contidas na Diretiva e, se for o caso, pôr termo ao tratamento dos dados ou realizar a devida retificação. A Corte também indicou que, quando acontece de o responsável pelo tratamento de dados (no caso, o operador do motor de busca) não dar seguimento ao pedido de retificação ou suspensão do tratamento, aí o interessado pode submeter o caso à autoridade nacional de proteção de dados pessoais ou aos tribunais. Dependendo da natureza das informações em causa e do interesse público nelas, a autoridade nacional ou o tribunal pode determinar que o operador do motor de busca realize a supressão de ligações (links) da lista de resultados referentes a uma pessoa.

O Google atualmente cumpre com a determinação da Corte Europeia. Criou um sistema para remover resultados de pesquisas que vão de encontro ao estabelecido por esta Corte. Nesse sistema existe um formulário que deve ser

preenchido pela pessoa interessada no qual esta solicita a eliminação de resultados de buscas que cite seu nome.

Importante frisar que o Google já realizava esse controle de pesquisas, através de um acordo firmado com alguns países, dentre eles os EUA, para a proteção de direitos autorais.

Os demais sites de buscas também estão em processo de adequação à determinada decisão.

Por fim, Reinaldo Filho (2014) salienta que o padrão decisório da corte europeia tende a se expandir globalmente. O tribunal germinou um precedente jurisprudencial que não vai ficar limitado às nações integrantes do bloco europeu. A decisão, é claro, não é obrigatória além das fronteiras dos países membros da EU, mas a tendência é que os motores de busca passem a permitir que qualquer cidadão, em qualquer país, possa requisitar a desindexação de notícias referentes à sua pessoa. Para o Google, como operador de um sistema de buscas líder na Internet, faz senso estabelecer uma política de bloqueio de resultados de pesquisa para demonstrar sua preocupação com a privacidade dos usuários, independentemente da nacionalidade do requerente ou do seu local de residência. Se isso não ocorrer voluntariamente, será resultado de futuras decisões de cortes judiciais de países não integrantes da UE. Canadá e Japão estão prestes a julgar casos semelhantes ao que gerou o precedente europeu. É previsível que suas Cortes judiciais sigam o mesmo padrão. O pronunciamento da corte europeia tem verdadeiro valor universal, na medida em que criou um autêntico e consistente direito de cidadania digital, ao submeter a atividade dos motores de busca na Internet ao devido equilíbrio entre o direito público de conhecimento e distribuição de informação e o direito dos indivíduos de controle sobre seus dados pessoais.

Portanto, nada impede que futuramente o Brasil possa aderir a esse entendimento e aplicar a decisão da Corte Europeia aos diversos casos que surgem diariamente no judiciário brasileiro. Embora atualmente o entendimento das nossas Cortes sejam divergentes do da Corte Europeia, como comprova o julgamento do caso “Xuxa”, entende-se que a adequação e a aceitação ao raciocínio europeu possa vir a ser aplicado no Brasil em virtude da grande garantia que essa decisão traz à dignidade humana que é um fundamento do Estado Democrático de Direito o qual pertencemos, sendo, portanto um valor superior ao direito de informação.

4.4 O Direito ao Esquecimento e o Direito de Liberdade e Informação

Como já foi dito, a Constituição Federal de 1988 traz as garantias a intimidade que assim como o direito de informação, deve ser aplicado de forma proporcional e ponderada.

Os julgamentos proferidos pelo STJ nos casos *Aída Curi* e *Candelária*, mostram claramente a ponderação entre esses dois direitos, quando no primeiro caso a Corte embasou sua decisão no argumento de que se tratava de um caso histórico e de domínio público e que por este fato não havia possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, no segundo o argumento já foi o de protetividade da imagem do acusado que fora absolvido.

Da mesma forma vimos que se caso a publicação não possua interesse público ou for ilícita, não há motivos relevantes para que esta permaneça sendo divulgada.

Em se tratando do entendimento da Corte Europeia observou-se que foi considerado de pronto o fato da vida privada, bem como o decurso do tempo que abrandou o interesse público da questão suscitada.

Diante desse cenário, uma indagação persiste: qual será o interesse público justificativo da permanência de informações pessoais em veículos de divulgação de informações eletrônicos ou não?

No geral, entende-se que as pessoas singulares possuem um direito mais amplo que as pessoas públicas, pelo fato de que o simples agir das pessoas públicas geram interesse ao público, o que dá ensejo ao detrimento do direito à vida privada em face do direito de acesso às informações.

Dessa forma, jornalistas e sociedade possuem uma legitimidade maior em dirigir opiniões e posicionamentos em relação a ocupantes de cargos públicos, sendo punível nesses casos apenas se comprovadamente se mostrar o fato inverídico ou dotado de má fé, com o intuito de atingir diretamente a honra do noticiado.

Nesse cenário, podemos expandir esse entendimento aos famosos ou artistas, cuja profissão expõe sua intimidade em um patamar maior que a de pessoas comuns. Entretanto, nesse caso existe uma limitação. A invasão na vida privada dessas pessoas só é permitida até o ponto ligado à sua profissão, que é o

ponto em que se visualiza o interesse público, ou seja, o fato que esteja expressamente ligado à profissão escolhida pelo agente.

No caso em que pessoas comuns realizem atos de interesse público, que não lhe leve nenhum sofrimento ou embaraços, como por exemplo, salvamentos e atos de honestidade, a divulgação das informações não enfrenta qualquer óbice ou limitação, pois também é considerada pública.

Por fim, enquadra-se nesse entendimento a opinião de consumidores em relação a serviços ou produtos que lhe sejam oferecidos por empresas, sob a compreensão de que essas opiniões interessam aos demais consumidores. Porém, frise-se aqui que as críticas feitas devem obedecer a uma certa moderação, visto que as pessoas jurídicas também são protegidas pelo direito da personalidade e podem vir a serem indenizadas moralmente.

O Código Civil de 2002, não menciona de forma direta o Direito ao Esquecimento, porém assegura a vida privada que de acordo com este diploma é inviolável e que caso não seja autorizada, a exposição e/ou utilização da imagem de determinada pessoa poderá ser proibida, caso esta assim requeira.

Mendes e Branco (2011), evidenciam que se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.

Conforme entendimento de Gervasoni e Dias (2011), o direito à privacidade é o limite traçado pelos seres humanos para uma exposição de seus interesses e informações, visando impedir que estranhos invadam tal espaço. Ainda que haja conceituação acerca da privacidade, existe relevante densidade em seu âmago, fato justificável diante de uma de suas características, a mutabilidade, visto que há variação desse conceito no tempo e espaço, devido às convenções culturais que se estabelecem.

Segundo alguns estudiosos, o Direito ao Esquecimento surge com mais força nos dias atuais para servir como controle do “superinformacionismo”, como tem sido denominado pela doutrina o excesso informativo nos meios de comunicação,

principalmente na Internet. A ideia inicial é a de que as informações não podem permanecer publicadas indefinidamente, sem limite temporal, pois um fato que no passado possa ter sido irrelevante, atualmente com toda a tecnologia que o mundo da notícia possui pode vir a se tornar um grande transtorno íntimo e pessoal à pessoa noticiada, mesmo que esse fato seja verídico.

O Enunciado 531 aprovado na VI Jornada de Direito Civil auxilia muito na compreensão e percepção de tal tema e em seu avanço no direito brasileiro.

Não podemos atribuir esse direito a uma forma de censura, pelo fato de que o mesmo não se constitui em afronta ao direito de informação, mas sim faz ele o papel de guardião da dignidade da pessoa humana e do direito à vida privada em face aos abusos muitas vezes praticados nos meios informativos que não se atentam apenas ao caráter relevante e de interesse público na divulgação de fatos. Portanto, o Direito ao esquecimento se enquadraria como um limitador do direito de Liberdade de Informação, relevando-se a ideia de que este último não pode ameaçar direitos pertinentes à intimidade e privacidade de cada indivíduo, sob pena de gerar danos a serem ressarcidos pelo veículo disseminador da notícia.

Diante do entendimento de Mendes e Branco (2011), se se admite a liberdade de expressão dos jornalistas em face do próprio veículo de comunicação, podem-se antever transtornos à viabilidade financeira da empresa de notícias, uma vez que, nos termos da Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.” A empresa teria de suportar as indenizações que o exercício equívoco da liberdade de expressão por um dos seus funcionários ensejasse.

Importante acrescentar ainda o entendimento de Moraes (2014), que diz que pela tutela do Direito ao esquecimento, notícias sobre fatos pretéritos seriam consideradas ilícitas por descumprir um requisito legitimador de seu exercício e, como consequência, gerariam um dano ao promover uma interferência na esfera privada do indivíduo, influenciando no exercício de sua vida social.

Ainda segundo Moraes (2014), assim sendo, a propagação de fato pretérito teria promovido dano na vida íntima do autor, esfera essa igualmente atuante como limitadora do exercício da liberdade de informação. Isso porque, a preservação dos direitos da personalidade como requisito para o exercício da liberdade de expressão, por sua vez, resta consignada igualmente na ceara da restrição positivada, da qual

se destaca o artigo 220 da Lei Maior, que, ao proclamar que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, anunciou também, no §1º, que a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social poderá ser limitada quando o ato incorrer no disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV da Constituição Federal.

Importante se faz ressaltar que a aplicação do Direito ao Esquecimento não pode ser feita de forma simplificada, mas sim dentro de uma análise contextual detalhada de cada caso concreto, onde não possa ser vislumbrado o interesse público na informação veiculada, assim como quando o fato histórico não venha a ser de grande relevância para a sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar todo raciocínio em torno do direito ao esquecimento. Muito pelo contrário, o objetivo é o de colaborar com uma melhor compreensão de determinado tema, explanando de forma objetiva sua inserção no meio jurídico, como garantidor e fruto do direito à privacidade e da dignidade da pessoa humana.

O Direito ao Esquecimento teve surgimento no direito brasileiro através do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que embora não possua força normativa, atua como um tipo de regulamentação da existência desse direito no Brasil, bem como de três decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, onde pudemos observar os pressupostos normativos que enquadram o reconhecimento desse direito, quais sejam, informação com ausência ou insuficiência de interesse público e/ou notícia pretérita que vincule o nome e imagem de determinado indivíduo e que venha a causar transtornos ou danos ao mesmo.

A crítica ao direito ao esquecimento é fator presente em qualquer estudo ou discussão sobre o tema, tendo como argumento mais enfático a hipótese do mesmo servir de censura aos meios de comunicação e conseqüentemente ao direito de liberdade de informação, entretanto esse direito não tem o condão de obstruir o exercício dessa liberdade, mas sim o de garantir que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida privada de cada pessoa não seja ameaçado pelos excessos ocorridos não raramente nos meios de divulgação informativa, exercendo portanto o papel de limitador do direito de liberdade de informação.

O direito de liberdade de informação é parte componente do direito de liberdade de expressão, embora os dois possuam denominações diferentes. Engloba o direito de informar e de ser informado, este último atribuído a sociedade em geral, onde se encontra compreendido o fator do interesse público na divulgação da notícia, que é um dos limitadores do direito de informação.

O direito à privacidade tem sua origem na dignidade da pessoa humana e engloba os direitos à imagem, honra, vida privada dentre outros, que caso venha a ser violado ou ameaçado, poderá dar ensejo a compensação moral pelos danos advindos dessa violação.

Sob o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, entende-se que em caso de confronto entre dois ou mais direitos fundamentais, o julgador deverá utilizar-se do princípio da proporcionalidade ou ponderação, para decidir em determinado caso concreto qual dos direitos em conflito deverá se sobrepor ao outro naquele momento, sendo que essa análise deve ser feita com base na análise individual de cada caso, para que dessa forma ambas as partes envolvidas possa ter seu direito reconhecido, mesmo que este tenha que se submeter ao outro, fato que será decidido pelo julgador em decisão fundamentada.

Nos casos não raros, em que se confrontam o direito à privacidade e o direito de liberdade de informação, se faz necessário o entendimento de que um não possui mais autonomia que outro, mas que ambos possuem limitações que serão observadas e que darão ensejo à decisão que será proferida. Por se tratar de matéria mais aprofundada, considera-se que tal decisão cabe ao judiciário.

Nas decisões ocorridas no Brasil nos casos em que o direito ao esquecimento foi invocado, é bastante perceptível que o embasamento das decisões foi concentrado no fator do interesse público e da historicidade do fato em questão, embora no último denominado como “caso Xuxa”, observamos que por se tratar de fato inserido na Internet, a compreensão das Cortes foi um tanto divergente dos casos julgados relativos à mídia televisiva.

No plano virtual, mais precisamente no campo dos sites de busca componentes da Internet, a Corte Europeia recentemente reconheceu a existência do direito ao esquecimento, onde estabeleceu que o provedor de buscas é que deverá ser responsabilizado em caso de notícia que venha a ameaçar a vida privada de determinado indivíduo, lhe causando sofrimento, e que portanto o próprio site de buscas é responsável por apagar links que remetam o pesquisador a notícias pretéritas sobre determinada pessoa, sendo que esta lhe fará o pedido através de formulário a ser preenchido com a solicitação da retirada, sem que para isso seja necessário que o pedido seja realizado ao administrador da página que possui originalmente a notícia.

No “caso Xuxa” que engloba o direito de informação no campo virtual, o STJ e STF entenderam que o Google não poderia ser responsabilizado, tendo em vista que não é o mesmo que publica a notícia, sendo apenas um instrumento de buscas que indica links. Para essas Cortes apenas o site onde consta a notícia propriamente dita é que poderia ser responsabilizado, sendo que se trata de uma

tarefa nada fácil, levando-se em consideração que a disseminação das informações por vias virtuais acontece com uma rapidez incontrolável.

Embora seja plenamente perceptível a divergência de entendimento entre a Corte europeia e a Corte brasileira, os doutrinadores entendem que é plenamente possível que em breve o Brasil esteja acompanhando o entendimento da Corte estrangeira, visto que assim como aqui, lá se visa proteger os direitos à privacidade e à dignidade da pessoa humana, fazendo o controle do direito de informação através do direito ao esquecimento, seja aos meios escritos, televisivos ou virtuais.

Saliente-se ainda que no meio informativo da Internet, várias são as notícias em que não se vislumbra o interesse público, mas apenas o do sensacionalismo que agrega lucros significativos à determinada empresa, sem que essa leve em consideração as limitações existentes para o exercício de sua atividade.

Importante frisar que a responsabilização feita pelo Código Civil ao meio de notícia que vincule notícia difamatória ou inverídica, alcançará não somente o escritor de tal notícia, como também o proprietário da empresa de comunicação onde o jornalista trabalha.

O fator da historicidade não se refere simples e puramente ao decurso do tempo do acontecido para o que foi divulgado, o STJ entende que esse tempo despendido entre o fato e a notícia, deve ser o suficiente para que o mesmo, embora seja de relevância pública, tenha tido seu efeito de dor ou sofrimento atenuado nas pessoas diretamente ligadas ao fato noticiado, como se observa no “caso Aída Curi.”

Embora a discussão sobre o direito ao esquecimento tenha aumentado relevantemente nos últimos anos no Brasil, os estudiosos entendem que tal direito tem raízes bem antigas na normatização brasileira, como por exemplo, na seara do direito penal, onde o condenado tendo cumprido a totalidade da pena que lhe foi atribuída, após alguns anos tem o fato criminoso excluído dos sistemas de segurança nacional, podendo ser novamente considerado como possuidor de bons antecedentes. Percebe-se, portanto aqui que o fato é “esquecido” para que outro direito constitucionalmente garantido possa ser exercido, que é o direito de ressocialização do indivíduo.

Essa relação com o direito criminal é reconhecida pelo STJ no campo do direito ao esquecimento, na hipótese de quando um acusado de determinado ato criminoso venha a ser absolvido pelo julgador, como observamos no julgamento do “caso Candelária”, onde o acusado já absolvido teve seu direito ao esquecimento

garantido por tal Corte, impedindo assim a divulgação de seu nome e imagem em matéria televisiva sobre o caso. Um fator importante para tal decisão, foi o fato de que o indivíduo já absolvido pelo judiciário, seria novamente julgado, só que agora pela sociedade, atitude essa que dificultaria demasiadamente sua reabilitação no meio social.

Portanto, o direito ao esquecimento tem papel preponderante na garantia da dignidade da pessoa humana, sendo um limitador dos abusos praticados pelos que exercem o direito à liberdade de informação nos meios de comunicação.

Por fim, cumpre ressaltar que para que esse direito seja reconhecido faz-se necessário a análise dos pressupostos estabelecidos como limitativos a cada direito, dentro de cada caso, para que dessa forma possa se garantir o equilíbrio da aplicabilidade de cada direito conflitante, garantindo assim a harmonia na resolução dos mais diversos embates jurídicos.

REFERÊNCIAS

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. **Migalhas**, 3 out. 2001. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01>. Acesso em 11 set. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº1.335.153-RJ. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em <<http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi>. Acesso em set. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº1.334.097-RJ. Recorrente: Globo Comunicações e participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi>. Acesso em set. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº1.316.921-RJ. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi>. Acesso em set. 2014.

BRASIL. **Vade Mecum**: Revista dos Tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRITO, Auriney. Você já conhece o “direito ao esquecimento?”. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 19, jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29652>>. Acesso em 7 ago. 2014.

BUSCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Civilística**, ano 2, n.3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10>>. Acesso em 8 set. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 de out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2195>.> Acesso em: 11 de set. 2014.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe de Veiga Dias. Liberdade de imprensa versus privacidade: a hermenêutica e o papel da jurisdição constitucional na harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais no contexto do estado democrático de direito. In: **Constitucionalismo contemporâneo**. Desafios modernos. Org. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis. Curitiba: Multideia, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: 2010.

MORAES, Ana Carolina Marinho de. O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história. 2014. p.20. Monografia (bacharelado) – **Universidade Federal de Santa Catarina**. Florianópolis, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. **Revista Conselho da Justiça Federal**, Brasília, ano XIII, n. 45, p. 4-13, abr./jun.2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article>>. Acesso em 12 set. 2014

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo. Método, 2009.

OLIVA, Afonso Carvalho de. et al. O Direito ao Esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito das Comunicações**, v.7, n.4, p. 337-353, jan-jun 2014.

PAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica Palácio do Planalto Presidência da República**, ano 9, n. 85, jun/jul 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica>. Acesso em 3 set. 2014.

PORTELA, Airton. O direito ao esquecimento: possibilidades e ponderações. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 19, n. 3989, 3 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29211>>. Acesso em 7 ago.2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. A remoção dos resultados de pesquisa (indexação) dos motores de busca na internet (1ª parte). A repercussão da decisão do Tribunal de Justiça da União Européia. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 19, n. 4039, 23 jul. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30429>>. Acesso em 7 ago. 2014.

RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direitos da Personalidade como limitadores dos direitos de informação e de Comunicação Social. **Revista Jurídica Cesumar**. Ano 8, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periódicos/index.php/revjuridica/article>>. Acesso em 4 set. 2014.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 18, n. 3641, 20 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24266>.> Acesso em 12 set. 2014.